

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA**

YESICA MILENA ALZATE ARNERA



**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DERECHO
2020**

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA**

Presentado por:

YESICA MILENA ALZATE ARNERA

Trabajo presentado para optar al título de abogada

Asesor:

Jose Luis González Jaramillo

Abogado

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Medellín
2020

Tabla de contenido

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL	
MÉDICA.....	5
Introducción	6
CAPÍTULO 1	8
Responsabilidad civil médica	8
1.1. La responsabilidad civil	8
1.2. Responsabilidad civil médica	10
1.2.1. Elementos de la responsabilidad civil médica	11
1.2.1.1. El daño o perjuicio	11
1.2.1.2. La culpa	12
1.2.1.3. El nexo de causalidad	15
CAPÍTULO 2	17
La prueba pericial en la responsabilidad civil médica.....	17
2.1. Ciencia y proceso.....	17
2.1.1. El caso <i>Daubert</i>	18
2.2. Sobre la prueba pericial	19
2.3. La prueba pericial en la responsabilidad médica	21
2.3.1. Prueba pericial en el CGP	23
2.3.2. Naturaleza, procedencia y calidad del perito	23
2.3.3. Dictamen a instancia del juez u oficio	25
2.3.4. Dictamen rendido por entidades y dependencias oficiales	26
2.3.5. Decreto, práctica y contradicción de la prueba	26
2.3.6. Valoración de la prueba	27
CAPÍTULO 3	30
Valoración judicial en la prueba pericial	30
3.1. Valoración probatoria: sistemas de valoración probatoria	30
3.1.1. Tarifa legal o prueba tasada	30
3.1.2. Libre convicción	31
3.1.3. Sana crítica	32
3.1.3.1. Principios de la lógica	33
3.1.3.2. Máximas de la experiencia	33
3.1.3.3. Conocimientos científicos afianzados	34
CAPITULO 4	36
La prueba pericial en la Corte Suprema de Justicia	36

4.1. Postura de la Corte Suprema de Justicia frente al uso de literatura científica para valorar la prueba pericial	36
4.2. Regulación de la actividad probatoria	42
4.2.1. Licitud y constitucionalidad de la prueba	42
4.2.2. Debido proceso probatorio (derecho de contradicción y defensa)	43
4.2.3. Requisitos del dictamen pericial (artículo 226 del CGP)	46
4.3. Conocimiento privado del juez y contradicción probatoria	48
4.4. Sana crítica y científicidad de la prueba	51
4.4.1. Conocimientos científicos afianzados en la teoría de la sana crítica	51
4.4.2. Cientificidad de la prueba: buena o mala ciencia	56
Conclusiones	58
Bibliografía	59

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Resumen

La prueba pericial en los procesos de responsabilidad civil médica es uno de los medios probatorios al que se acude generalmente para introducir el conocimiento científico al proceso como elemento para fallar, por lo que el legislador estableció en el Código General del Proceso (CGP) el marco normativo para regular, no solo su aspecto formal y legal, sino también epistemológico, con el fin de garantizar el uso adecuado de la ciencia en el proceso “buena ciencia”. Sin embargo, actualmente se plantea el debate acerca de si le es dado al juez hacer uso directo del conocimiento científico para fallar asuntos de responsabilidad civil médica mediante la referencia y uso de la literatura científica especializada en campos de la medicina; posición que ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia apelando a cierto entendimiento del principio de la sana crítica, lo cual merece reparos porque puede suponer la introducción del conocimiento privado del juez, el desconocimiento del principio de necesidad de la prueba, la violación de las garantías del debido proceso probatorio, y demás al uso de “mala ciencia” - *junk science*- al interior del proceso jurisdiccional.

Palabras claves: Prueba pericial, responsabilidad civil médica, literatura científica, ciencia, conocimiento privado del juez, debido proceso, junk science.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Introducción

La responsabilidad en el ámbito del ejercicio de la medicina es uno de los campos en los que la ciencia tiene mayor incidencia y en nuestro país ha adquirido mayor relevancia hasta hace un par de décadas (Rojas Salgado, 2015, pág. 19). Actualmente, las demandas por negligencias médicas no son solo en contra de los profesionales en salud sino, también, de los establecimientos hospitalarios dando lugar a un complejo ámbito litigioso principalmente frente a la forma en la que ingresa el conocimiento científico al proceso. La medicina puede considerarse como una ciencia que reviste distintas complejidades, por tanto, dentro de un litigio por el acto médico, por regla general es indispensable acudir a la prueba pericial como uno de los caminos por los cuales habitualmente se allega el conocimiento científico al proceso. La importancia de este medio probatorio en el ámbito de la responsabilidad médica radica principalmente en que, para ser valorada la conducta del profesional en la salud y establecer si esta cumple con los estándares establecidos en la *lex artis*, necesariamente se necesita de la presencia de un experto que indique si se adecúa o no a la ciencia médica.

Sin embargo, este medio de prueba ha suscitado problemáticas en la práctica judicial frente a la valoración que los jueces deben realizar sobre el mismo de cara a verificar la verdad de los hechos. A pesar de que los jueces en sus decisiones tradicionalmente utilizan nociones científicas para interpretar y reconstruir los acontecimientos, el progreso científico y tecnológico de los últimos años ha hecho que los jueces estén más a menudo en disputas relacionadas con la aplicación de procedimientos científicos en el ámbito legal, lo cual genera importantes interrogantes sobre la forma en la que el juzgador adquiere o se ilustra sobre el saber científico médico.

Actualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, ha aceptado paulatinamente que los jueces incorporen en sus fallos disquisiciones teóricas a partir de literatura científica no decretada como medio de prueba oportunamente, para realizar la valoración probatoria del dictamen pericial. Lo anterior, encuentra fundamento en lo que recientemente se ha denominado conocimiento científico afianzado como elemento integrador del sistema de

valoración de la sana crítica, es decir, literatura científica que es considerada como criterio hermenéutico para valorar el acervo probatorio.

Sin embargo, será objeto del presente trabajo indagar por los alcances probatorios de la tesis que actualmente cobra fuerza en la Corte Suprema de Justicia, la cual ha avalado que literatura científica que no fue pedida o aportada por las partes, teniendo en cuenta las reglas sobre decreto, práctica, contradicción y valoración de los medios de prueba según las normas del CGP, podría generarse un desconocimiento o quebrantamiento de las reglas probatorias que rigen la actividad judicial al igual que, del carácter epistemológico de la prueba lo cual garantiza el ingreso de buena ciencia al proceso.

Para evidenciar lo anterior, se abordará el trabajo en cuatro capítulos. El primero corresponde al régimen general de responsabilidad civil médica en Colombia; el segundo, abordará los aspectos generales de la prueba pericial en la responsabilidad médica al igual que su regulación en el Código General del Proceso (CGP); el tercero, corresponde a la valoración de la prueba pericial y los sistemas de valoración probatoria y en el cuarto, se evalúa la forma en la que la Corte Suprema de Justicia realiza la valoración de la prueba pericial y sus consecuencias.

CAPÍTULO 1

Responsabilidad civil médica

1.1 Responsabilidad civil

La responsabilidad civil es una de las principales fuentes de las obligaciones y es entendida como la obligación que tiene quien ha causado un perjuicio a otro, de reparar las consecuencias que se hayan generado. Es decir, la deuda de reparación que pesa sobre el autor, en beneficio de la víctima de tal perjuicio (Tamayo Lobana, 1998, pág. 209) y, de la cual, se han hecho dos grandes distinciones: la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La primera, surge como consecuencia de la violación de una relación jurídica denominada contrato, válidamente celebrado entre las partes y donde una incumple la obligación contraída bien sea por ejecución imperfecta, tardía, parcial o total de las obligaciones contenidas en el contrato celebrado por las partes y por tanto, presupone la existencia de unos elementos tales como la existencia de un contrato válidamente celebrado por las partes, el incumplimiento del contrato y un perjuicio ocasionado por la conducta contractual (Rojas Salgado, 2015, págs. 67-68).

La segunda, consiste en la obligación de asumir la reparación de los daños que se hayan generado con ocasión de un hecho ilícito y la configuran elementos tales como: la capacidad delictual (hecho o la omisión dañina), el dolo o la culpa (actuación ejecutada con o sin intención por la persona capaz); el daño (elemento generador de la responsabilidad civil y menoscabo o detrimento que sufre la víctima) y por último, el nexo causal (relación o vínculo de causa a efecto entre el daño y el hecho o culpa) (Rojas Salgado, 2015, pág. 68). Es importante resaltar que, sin vínculo o relación de causalidad es imposible atribuir responsabilidad.

Cuando de responsabilidad en sentido general se habla, debe tenerse en cuenta que sus elementos esenciales se circunscriben a los que tradicionalmente se han entendido como hecho, daño y causalidad entre uno y otro elemento (Corte Suprema de Justicia, G.J. T. CLXXXIV, 1986, pág. 387). Si bien la culpa ha sido y sigue siendo un pilar fundamental en la responsabilidad civil, es importante tener presente que existen dos distinciones que actualmente sirven de fundamento a la responsabilidad: *el riesgo y la culpa* (Tamayo Lombana, 2009, pág. 47).

De esta distinción resulta la responsabilidad objetiva y subjetiva. La primera, prescinde del elemento culpa, este elemento carece de incidencia en la responsabilidad y, por tanto, basta el daño y la imputabilidad causal del agente para que éste comprometa su responsabilidad (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 229). La segunda, se basa en el elemento culpa, por tanto, nadie podrá comprometer su responsabilidad sino bajo el supuesto de que ha cometido una culpa generadora de un perjuicio a otro (Tamayo Lombana, 2009, pág. 47). Este tipo de responsabilidad tiene la particularidad de que en algunos casos, tal culpa se presume y por consiguiente, invierte la carga de la prueba, es decir, deberá demostrar el demandado la ausencia de la culpa demostrando que actuó con prudencia y diligencia o mediante la prueba de una causa extraña, y en otros, se regirá por la regla general, en la cual la carga de la prueba recae sobre el actor (culpa probada), tal como ocurre en las obligaciones de medios (Tamayo Lombana, 2009, pág. 48).

Así mismo, se destaca la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, clasificación que tiene enorme trascendencia en la responsabilidad civil, tanto en la contractual como la extracontractual, y de forma especial en la responsabilidad médica. La obligación de medios, también conocida como obligación de prudencia y diligencia, es aquella que impone la obligación al deudor de emplear y colocar a disposición del acreedor los medios de que dispone, y de observar especial diligencia y cuidado con miras a alcanzar dicho fin, pero sin comprometerse o asegurar un resultado (Tamayo Lombana, 2009, pág. 38). Por consiguiente, se entiende que el deudor cumplió con su obligación cuando puso todos los medios del caso y actuó con diligencia y prudencia.

Por el contrario, en la obligación de resultado, también llamada determinada o específica, el deudor se compromete a producir un resultado a favor del acreedor (Tamayo Lombana, 2009, pág. 39). De igual modo, es deudor de una obligación de resultado quien se obliga a la entrega de un cuerpo cierto o una suma de dinero (Tamayo Lombana, 2009, pág. 39). Por tanto, si el deudor no obtiene dicho resultado se entenderá que incumplió, lo anterior, como consecuencia de que tal resultado había sido garantizado.

Según que la obligación sea de medios o de resultado, las nociones de la culpa y de la carga de la prueba presenta importantes diferencias: si la obligación es de medios, para atribuir responsabilidad habrá que probarse su culpa (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 34). La obligación de medios impone la aplicación del principio tradicional y general del derecho de acuerdo con el cual la carga de la prueba le corresponde al actor (Tamayo Lombana, 2009, pág. 40). En

cambio, si la obligación es de resultado, se presume la culpa del demandado y como consecuencia, se invierte la carga de la prueba (Tamayo Lombana, 2009, pág. 40). En tales condiciones, le corresponderá al deudor justificar su incumplimiento, y, por tanto, deberá probar que algún fenómeno no imputable a él le impidió cumplir y al acreedor, le bastará probar la existencia de la obligación (Tamayo Lombana, 2009, pág. 40).

1.2 Responsabilidad civil médica

La responsabilidad civil médica es una especie de responsabilidad civil, caracterizada por una actividad profesional que permite a las víctimas obtener una indemnización de perjuicios por los daños causados en la ejecución de un acto médico (Pizarro Wilson, 2018, pág. 25). Por tanto, es propia de la actuación de los médicos o profesionales de la salud, así como, también relativa a las negligencias que ocurran en centros hospitalarios o clínicas privadas, las cuales responden de forma directa por la causación del daño a la víctima (Pizarro Wilson, 2018, pág. 25)

La obligación de los médicos, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, consiste en aplicar a quienes los consultan o a quienes deben someterse a su actuar profesional, todos los medios que la ciencia pone a su disposición para superar los problemas que afectan la salud, o para disminuir los efectos negativos que tales problemas generan, tratando siempre de mejorar las condiciones y salvaguardar su vida (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 6143). Por ello se ha dicho que los médicos contraen obligaciones de medio, es decir, solo pueden comprometerse a poner a disposición del enfermo todo lo necesario para lograr su curación y mejoría (Corte Suprema de Justicia, G.J. T. CLXXXIV, 1986, pág. 386) y su responsabilidad se ceñirá a la ejecución de estos medios pero no a los resultados obtenidos, por tanto, el médico se compromete no a curar, sino a intentar curar y para lograr este cometido se obliga a utilizar todos aquellos elementos que conozca de la ciencia médica de acuerdo a las circunstancias de un paciente concreto y a continuar su tratamiento dentro de esos límites y condiciones (Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Civil, exp. N° 05001 31 03 007 2008 00264 01)

Ahora bien, teniendo en cuenta que, por regla general la obligación de los médicos es de medios y no de resultado, para poder deducir su responsabilidad deberá probar la parte actora que la actuación del profesional de la salud fue descuidada o negligente, es decir, deberá probar su culpa, además de los demás elementos de la responsabilidad civil (Yespes Restrepo, 1996, pág.

106). Con todo, es claro entonces que las acciones indemnizatorias que van dirigidas frente al proceder de un profesional de la salud o entidad que preste tales servicios, están delimitadas por el principio probatorio que establece el artículo 167 del Código General de Proceso.

1.2.1. Elementos de la responsabilidad médica

Tanto la responsabilidad civil médica de origen contractual como extracontractual, está subordinada a tres elementos comunes que son: el daño o perjuicio, la culpa o conducta del médico y la relación de causalidad entre estos dos.

1.2.1.1. El daño o perjuicio

La primera condición para que se configure la responsabilidad médica es el daño, elemento de la responsabilidad civil que constituye la fuente de la relación obligacional de indemnización. Para que exista responsabilidad civil contractual o extracontractual es preciso que el paciente haya sufrido un daño, toda vez que, el simple hecho del comportamiento culposo por sí solo no genera responsabilidad civil (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 247), por tanto, el daño es el presupuesto de la responsabilidad civil y no de la ilicitud. Respecto de la causación del daño o perjuicio en la actividad médica, la mala prestación del servicio puede ocasionar daños al sistema orgánico y psíquico, agravación del estado patológico y en algunos eventos ocasionar la muerte (Yepes Restrepo, 1996, pág. 60).

El daño civilmente indemnizable es entendido como el menoscabo de las facultades jurídicas de una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial y este a su vez, es indemnizable, cuando es causado de forma ilícita (Tamayo Jaramillo, 1986, pág. 247). Este ha sido considerado como principal elemento en la teoría de responsabilidad civil, en primer lugar, el mismo postulado del *neminem laedere* lo consagra y, en segundo lugar, constituye el punto de partida para calcular el monto de la indemnización dineraria y puede ser causado existiendo o no vínculo contractual entre la víctima y el responsable (Yepes Restrepo, 1996, pág. 58).

Se ha afirmado que el perjuicio debe ser directo, es decir, debe presentarse como una consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación contractual o extracontractual. Así mismo, el daño debe ser actual y cierto, por tanto, debe existir al momento de formular la demanda o ser futuro pero cierto (Tamayo Lombana, 2009, pág. 62). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que:

“El perjuicio es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna (...). Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales del derecho procesal, es el demandante en acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar de forma plena y completa la existencia de un daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de abril de 1947. Gaceta Judicial LXII n°. 2046 - 2047, pág. 131 – 137).

Conforme a lo anterior, para que pueda declararse responsabilidad de un profesional de la salud, se requiere entonces que estén acreditados el daño, la relación de causalidad y el fundamento por el cual se considera que el hallado responsable debe reparar o indemnizar, por lo que, es posible acreditar la existencia de la relación causal del daño y el agente pero no el fundamento del deber de reparar, entendido como la razón que habilita desplazar el daño o perjuicio al patrimonio del autor para que pueda ser reparado, la culpa (Rojas Salgado, 2015, pág. 193). Por último, se tiene que no todo daño da lugar indemnización, toda vez que afirmar la existencia del daño no necesariamente supone la lesión de los bienes individuales¹, lo importante es el perjuicio sufrido a causa de ese hecho.

El daño puede ser causado por uno o varios titulares de intereses, por lo cual a cada uno le asiste la obligación del resarcimiento del detrimento y por tanto, tiene interés legítimo de reclamar la indemnización todo sujeto o grupo de sujetos a quien se causa un daño, no obstante, un sujeto estará también legitimado para reclamar reparación no solo por su propio daño sino también del ocasionado a otro, por ejemplo, por la muerte de la víctima, hipótesis en la cual adquieren legitimación para reclamar indemnización por vulneración de sus derechos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp N°. 11001-3103-018-1999-00533-01.)

1.2.1.2 La culpa o conducta del médico

En lo que respecta al segundo elemento de imputación de responsabilidad, la culpa o conducta del médico, ha sido entendida como la actuación voluntaria no ajustada a la *lex artis* por una falta de cuidado o negligencia (Rojas Salgado, 2015, pág. 69). Esta conducta puede ser entonces un hecho positivo (acción por comisión) o un hecho negativo (acción por omisión). Así, la conducta del médico puede comprometer su responsabilidad cuando niega la asistencia a un

¹ Para el profesor francés Francis- Paul Bénéoit, es necesario realizar una distinción entre daño y perjuicio. Por consiguiente, el daño es toda afrenta que se realiza a la integridad de una persona y el perjuicio, lo constituye el conjunto de elementos que se derivan como las diversas consecuencias del daño para la víctima de este, por tanto, es una noción subjetiva (Tamayo Lombana, 1998, pág. 62).

paciente y será por un hecho negativo o por un hecho positivo, cuando el médico cumple mal su trabajo por impericia o imprudencia que causa un daño al paciente (Yepes Restrepo, 1996, pág.53).

Referente al campo médico, la culpa se ha definido como la conducta que el profesional médico comete infringiendo las normas que regulan el funcionamiento de esta, también llamada *lex artis* (Rojas Salgado, 2015, pág. 69). Según ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil², el médico no responde por fuera de la imprudencia o negligencia sino cuando según las reglas establecidas por la práctica de su arte u oficio, tuvo la imprudencia, falta de atención o negligencia que le son imputables y que exponen un desconocimiento cierto de sus deberes. La expresión *lex artis*, literalmente, “ley del arte”, ha sido empleada como criterio de valoración sobre la conducta ejecutada por un profesional para verificar si se ajusta o no a lo que debe hacerse (Martínez Calcerrada, 1999, pág. 34).

Por ende, si la actuación se adecua a las reglas técnicas puede hablarse de un “buen profesional”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de la profesión (Herrera Ramírez, 2008, pág. 205). El término de *lex artis* se ha utilizado en las profesiones que requieren de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos, entre ellas se encuentra la medicina, la cual debido a su complejidad y diversidad de circunstancias concurrentes en la actividad médica han arrojado una multiplicidad de reglas técnicas que regulan el ejercicio de la profesión, tanto que se ha hablado de que “para cada acto, una ley” (Herrera Ramírez, 2008, pág. 205). Hoy por hoy, la medicina va más allá de la simple costumbre pues son los protocolos de cómo debe comportarse el médico, conforme a la ciencia médica, lo que permite dotar de contenido a la *lex artis* (Pizarro Wilson, 2018, pág. 49).

Pero, si por el contrario la actuación del médico no es ajustada a las reglas técnicas que rigen su actividad, se entenderá entonces que el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de *malpraxis*. Este término refiere una ruptura con las reglas técnicas, una desviación o viciamiento del acto médico (Herrera Ramírez, 2008, pág. 207).

Sin duda, la *lex artis* constituye un parámetro cambiante, en constante evolución, que depende a la época de ejecución del acto médico y, por tanto, las especificidades de cada supuesto influyen, de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso (Pizarro Wilson, 2018, pág. 52). Lo anterior requiere una apreciación abstracta con referencia a la conducta que

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 05 de marzo de 1940. Gaceta Judicial XLX, pág. 116 y ss.

pudo haber asumido el buen profesional de la misma disciplina, bajo idénticas condiciones, pues si bien se ha precisado que la responsabilidad del médico no es de resultado, este sí debe obrar con diligencia y cuidado, poniendo a disposición del paciente todos sus conocimientos para conseguir un resultado idóneo (Rojas Salgado, 2015, pág 70).

No debe pasarse por alto que, el tipo de cuidado e idoneidad varía y aumenta cuando se trata de un especialista en cualquier rama de la medicina, toda vez que debido a su aptitud y conocimiento está sin duda en mejores condiciones de prever y advertir un peligro potencial para el paciente debiendo entonces tomar mayores precauciones para evitarlo (Rojas Salgado, 2015, pág 70). En todas las acciones en que participa, su conducta se valora desde el punto de vista de un profesional prudente, diligente, perito en su especialidad y que, por consiguiente, actúa observando los reglamentos que le son exigibles (Pizarro Wilson, 2018, pág. 49)

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el régimen aplicable a los profesionales de la salud, lo siguiente:

“(…) para el juzgamiento de los profesionales en el ámbito de la ‘responsabilidad civil’, por regla general, ha de tomarse en cuenta la ‘responsabilidad subjetiva’ basada en la culpa o negligencia, constituyendo la *lex artis* parámetro preponderante para su determinación, en armonía con los ‘deberes médicos’(…) son partes de un sistema de responsabilidad civil asentado sobre la culpa” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 01 de diciembre de 2011, exp. 1999-00797-01).

Así pues, la culpa médica está compuesta por la imprudencia, la impericia, la negligencia o el incumplimiento de las disposiciones legales que rigen el ejercicio de la medicina en Colombia. La **imprudencia** médica se presenta como una conducta temeraria que se realiza a pesar de haberse podido prever un resultado adverso que ocasiona un daño al paciente (Herrera Ramírez, 2009, pág. 127). Con respecto a esto, el resultado dañoso será objetivamente previsible si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante (Yepes Restrepo, 1996, pág. 55) y, por tanto, la imprudencia constituye una actitud injustificada y apresurada que carece de juicio previo necesario para prever los resultados de la acción.

Se habla de **impericia** cuando falta la capacidad, habilidad, conocimiento y experiencia de quien realiza un tratamiento médico y, por tanto, consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica (Herrera Ramírez, 2009, pág. 126). El profesional que ejerce cualquier arte u oficio está obligado a actualizarse y poseer los conocimientos teóricos respecto a la actividad y a encontrarse en condiciones suficientes para el desempeño de la misma (Yepes Restrepo, 1996, pág. 54). La **negligencia** es una conducta omisiva que se presenta en aquellos

casos en los cuales el médico no realiza lo que debe hacer, pudiéndolo realizar (Rojas Salgado, 2015, pág. 71) y, por tanto, ocasiona un daño. Por último, referente a la conducta del médico dentro de su actividad, puede ser también dolosa, es decir, cuando en dicha conducta se atenta consciente y voluntariamente contra la salud del paciente.

1.2.1.3. El nexo de causalidad

El tercer elemento de la responsabilidad civil es el nexo causal que debe existir entre la conducta llevada a cabo por el profesional de la salud y el daño o perjuicio ocasionado a la víctima. Este establecimiento de relación causa-efecto se logra a través de la prueba de la relación de causalidad en la que se han expuesto dos teorías: (i) la equivalencia de las condiciones, indica que todas las causas que contribuyen en la producción del resultado dañoso se consideran jurídicamente causantes del mismo y (ii) la teoría de la causalidad adecuada, en la que el daño se tiene causado por el hecho que normalmente ha debido producirlo y ha reemplazado la teoría de la equivalencia de las condiciones (Rojas Salgado, 2015, pág. 209).

La teoría de la equivalencia de las condiciones considera que, para ser tenido como causa de un daño, un hecho debe ser la condición necesaria de dicho daño. Se entiende por ello la *conditio sine qua non*, es decir, aquella sin la cual el daño no se habría podido producir. Este nexo es de vital importancia toda vez que nadie debe responder por ningún daño si no fue consecuencia de su conducta y, por tanto, en materia de responsabilidad médica, el daño en la salud del paciente debe ser consecuencia de la conducta del facultativo para que pueda predicarse su responsabilidad (Yepes Restrepo, 1996, pág. 63).

La Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que:

“Enfocando el asunto desde el punto de vista de los elementos integrantes de la responsabilidad, puede sentarse como regla general que en los litigios sobre responsabilidad médica debe establecerse la relación de causalidad entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. (...) Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o, en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquella”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 05 de marzo de 1940. Gaceta Judicial XLX, pág. 116 y ss.

Por tanto, sin nexo de causalidad entra la conducta del profesional y el daño, no es posible atribuir responsabilidad médica, toda vez que, el daño pudo generarse bien sea por un riesgo inherente del mismo o por cualquier acontecimiento no imputable al galeno.

De tal suerte que, debido a que en materia de responsabilidad civil médica se juzgan hechos, conductas, procedimientos y decisiones que tienen un alto componente científico y saber especializado, los jueces deben contar así mismo con conocimientos que les permitan analizar tales circunstancias, lo cual supone dicho conocimiento sea arrimado al proceso mediante los mecanismos probatorios que dispone la ley procesal como la posibilidad de integrar al proceso testigos técnicos estudiosos en una materia para que aporten su saber al órgano judicial³ y de gran importancia, la prueba pericial como el instrumentos legal y científico más adecuado para permitir al juzgador la comprensión, análisis y valoración de los hechos puestos en consideración por las partes que acuden al proceso, y por eso es fundamental analizar el régimen legal de este medio de prueba para así advertir su incidencia en la responsabilidad civil médica, como se pasa a mostrar.

³ En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante auto interlocutorio define al testigo experto o técnico como aquella persona que posee, como el perito, un conocimiento especializado sobre una ciencia, una técnica, un arte, un oficio, una afición o un idioma, pero no ha sido designado para realizar prueba pericial dentro del proceso. Se le permite opinar y su declaración puede ser usada en la controversia probatoria para contradecir o aún para impugnar otros testimonios (Tribunal Superior del distrito judicial de Cúcuta, Sala Penal. Sentencia del 29 de junio de 2012, exp. N° 01494 de 2012).

CAPITULO 2

La prueba pericial en la responsabilidad civil médica

2.1. Ciencia y proceso

La relación entre ciencia y derecho ha tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba a pesar de que el empleo de la ciencia en el proceso judicial no es una novedad, su uso siempre ha estado presente y su complejidad ha estado ligada principalmente a la aparición de diferentes métodos de investigación científica que pretenden ser catalogados como conocimientos científicos y que traen consigo problemáticas, tales como el papel que desempeña la ciencia en la comprobación de los hechos en un juicio, el carácter epistemológico de la misma y la determinación de su valor probatorio (Taruffo M. , 2008, págs. 279- 281).

Lo anterior ha evidenciado un aspecto importante y es la preocupación por encontrar una línea que permita distinguir a la ciencia (buena o real) de otras cuestiones (ciencia basura o mala ciencia) (Vásquez Rojas M. d., 2015, pág. 87), incluso, porque la implementación de un método científico, válido y correcto en sí mismo puede generar resultados carentes de valor no solo probatorio sino también cognoscitivo, debido a que pueden ser utilizados de modo erróneo cuando se derivan de éstas conclusiones equivocadas que pueden ocasionar la manipulación o el mal uso de datos científicos que sean de difícil interpretación (Taruffo M. , 2008, pág. 283). De igual modo, no todo conocimiento puede ser catalogado como científico, y es allí donde presenta mayor complejidad en el proceso judicial, principalmente porque no todo conocimiento por ser presentado como científico, por sí solo, debe ser atendible y usado como prueba (Taruffo M. , 2008, pág. 282). Actualmente, el espectro de lo considerado como ciencia y susceptible de ser fuente de prueba ha cambiado para incluir, no solo las ciencias duras como lo son la química, física, biología, etc., sino también para incluir las llamadas ciencias sociales como psicología, psiquiatría, economía, etc., y por tanto, cada vez son más las cuestiones susceptibles de ser objeto de pruebas periciales (Taruffo M. , 2008, pág. 98).

Por ende, es necesario distinguir entre la buena ciencia que permite un criterio de fiabilidad y validez y *junk science* o mala ciencia para fundamentar un fallo, sobre todo frente al aumento de la utilización de la ciencia en las últimas décadas en los sistemas procesales que implica problemas nuevos y aumentan la importancia de aquellos planteados con anterioridad en el campo de la ciencia y el proceso judicial (Taruffo M. , 2008, pág. 97). El término *junk science*

es utilizado para diferenciar lo que doctrinariamente se conoce como buena ciencia -la cual goza de consenso y *peer review*- de aquella que presenta un espejismo de la ciencia real, muy parecida en la forma, pero sustancialmente diferente (Vásquez Rojas M. d., 2015, pág. 99).

Sin embargo, el problema de *junk science* realmente no es un problema científico pues ésta simplemente no es ciencia, por tanto, es un problema más de carácter procesal, debido a que es a través de los mecanismos procesales que se permite su entrada al proceso civil y es allí donde se plantea la discusión entre buena o mala ciencia (Taruffo M. , 2008, pág. 283). Esta discusión se planteó principalmente en Estados Unidos, sobre la fiabilidad de las pruebas científicas a partir del famoso caso *Daubert*, donde se presentaron numerosos cuestionamientos frente a los criterios de admisión utilizado en las pruebas periciales, evidenciando que el uso de las pruebas científicas es un aspecto del proceso civil complejo y delicado.

2.1.1. El caso Daubert

El fallo sobre el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* proferido en 1993 por la Suprema Corte de Estados Unidos abordó las principales problemáticas frente al control y fiabilidad de las pruebas periciales y su uso en juicio. A través de éste se establecieron algunos criterios que el juez debe aplicar, a modo de filtro para hacer una selección preliminar de las pruebas periciales con el objetivo de admitir la introducción al proceso de solo ciencia válida (Taruffo M. , 2008, pág. 99). Esto debido al problema que representó para el sistema judicial norteamericano la introducción de *junk science* al proceso judicial, por lo que no era el primer caso presentado ante la Corte solicitando pronunciarse sobre la contradicción en los criterios empleados para valorar la admisibilidad de las pruebas periciales, sin embargo, sí fue a partir del caso *Daubert* donde ésta se pronunció al respecto (Vásquez Rojas M. d., 2015, pág. 99).

En la motivación de la misma, el juez Blackum realizó un tratado epistemológico donde estableció cuatro criterios a los que el juez debe acudir para admitir o excluir los medios de prueba científicos presentados por las partes, los cuales son (i) la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica investigativa en la que fundamenta la prueba, (ii) el porcentaje de error potencial o conocido y el cumplimiento de los estándares correspondientes en la técnica empleada, (iii) la publicación en revistas en las que estén sometidas al control de otros expertos, de la teoría o técnica utilizada o también llamado *peer review* y (iv) la existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada, así mismo, la necesidad de que

dicho conocimiento científico sea relevante y útil para decidir sobre los hechos del caso (Taruffo M. , 2008, pág. 283).

Estos criterios de admisibilidad contribuyeron a la modificación de la regla 702 de *las Federal Rules of Evidence* que, aunque no estableció específicamente los mismos criterios enunciados anteriormente, incorporó algunas cuestiones con el fin de garantizar que esta información solo llegue al proceso bajo datos suficientes, producto de principios y métodos fiables, resaltando así la importancia de establecer criterios para la “buena ciencia” y la necesidad de impedir que “*junk science*” o “mala ciencia” ingrese al proceso (Taruffo M. , 2008, pág. 284). Es así como el fallo *Daubert* estableció los lineamientos para seleccionar lo que es buena ciencia y mala ciencia, pretendiendo así dejar por fuera del ámbito judicial el uso de conocimientos que pretenden adquirir estándar de científico, pero que no corresponden a los parámetros de validez científica.

Sin duda, el caso *Daubert* y la doctrina formulada acerca de la buena o mala ciencia resulta relevante para el sistema jurídico colombiano frente a la adquisición de buena ciencia en el proceso, principalmente en el ámbito de la responsabilidad médica, donde es bastante común y muchas veces necesario que las partes en juicio con el fin de probar los hechos acudan al conocimiento científico que generalmente, se ingresa es a través de la prueba pericial, y que según se verá más adelante, no sólo es propuesta por las partes como respaldo de sus posiciones, sino que adquiere relevancia a partir de los usos que recientemente está haciendo la Corte Suprema de literatura científica para fallar en materia de responsabilidad médica. Por tanto, se realizará un acercamiento a este medio de prueba y su regulación en el Código General del Proceso (CGP), para mostrar que los criterios de buena ciencia no son ajenos a la legislación local y que se identifican en algunos de los requisitos del art. 226 del CGP.

2.2. Sobre la prueba pericial

La “prueba pericial”, o también denominada, “prueba de peritos”, “peritaje”, “informe pericial”, “reconocimiento pericial”, “dictamen pericial”, “pericia”, etc., es el medio por el cual se realiza el ofrecimiento de información especializada, científica, técnica o artística, con el fin de contribuir a la correcta toma de decisiones sobre los hechos que interesan en un proceso judicial y adquirir certeza sobre ellos (Vásquez Rojas M. d., 2014, pág. 19) (Abel Lluch & Picó i Junoy, 2009, pág. 48).

En el ordenamiento jurídico colombiano y en la mayoría de los sistemas jurídicos, la forma de traer información experta o especializada al proceso es mediante un tercero ajeno a la causa, es decir, sin ninguna vinculación con las partes, debido a su formación profesional, conocimientos o experiencia (Vásquez Rojas M. d., 2014, pág. 19). Dentro de los medios de prueba, la prueba pericial, se distingue del resto de los medios de prueba por ser el medio más común de acercar este conocimiento al órgano jurisdiccional y por ser a través de esta, que se intenta lograr una convicción del juzgador respecto de los hechos técnicamente complejos, o sobre aspectos especializados de hechos determinados, debiendo el juzgador realizar su valoración de acuerdo a la sana crítica (Martorelli, 2017, pág. 131).

Así, el núcleo de la prueba pericial es, precisamente, la información que brinda el experto y que se pretende usar para la correcta determinación de la premisa fáctica (Vásquez Rojas M. d., 2014, pág. 20). En el mismo sentido, otros autores señalan que, se trata de una actividad de personas especialmente calificadas, con relación a los hechos también especiales, que están supeditados a la adquisición de una capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta verificación con causas y efectos o, simplemente, para su apreciación (Acuña Gamba, 2015, pág. 167). Por lo anterior, la prueba pericial se ha convertido en un medio probatorio, donde sin duda, el juez encuentra en muchas ocasiones su mayor grado de convicción cuando carece de los conocimientos técnicos necesarios para decidir (Aguirrezabal Grünstein, 2012, pág. 336).

Por otro lado, la asignación de los peritos ha sido una de las cuestiones que más se ha debatido, concretamente sobre la posibilidad de la asignación judicial o si bien es más oportuno la asignación de peritos de parte, lo anterior debido a la desconfianza que presentan los peritos llevados por las partes sobre su imparcialidad. Si bien una de las críticas enfocadas a los peritos de parte es la posibilidad de parcialidad con el fin de contribuir a las pretensiones de la parte contratante, los peritos judiciales poco se escapan de esta crítica, pues tampoco se conoce su imparcialidad sobre la prueba y más si responde a la pretensión personal del juez en la búsqueda de la verdad de los hechos que aducen las partes (Nieva Fenoll, 2010, pág. 288). Por tanto, la forma en la que se regula el peritaje dependerá de la ideología del cuerpo normativo que lo consagra, si bajo la concepción de peritaje de parte, donde es a la parte a quien le corresponde probar los hechos en que sostienen la *causa petendi* o bajo la concepción del juez activo en el proceso a quien le corresponde su impulso y verificación los hechos que aducen las partes (Cruz Tejada, 2014, pág. 286).

Este medio de prueba, hablando principalmente de procesos de corte dispositivo, cumple una función esencialmente informativa en el proceso (Flores Prada, 2005, pág. 143). A través del perito, como se ha reiterado anteriormente, el juez recibe el conocimiento, entendidas como máximas de experiencia técnicas o en su caso, los resultados de su aplicación objeto de debate (Flores Prada, 2005, pág. 143). Además de esta función probatoria de la pericia, el perito desempeña en el proceso una esencial función, además de subsumir los hechos en las máximas de experiencia que él incorpora, permite suplir la falta de conocimientos especializados del juzgador (Garcíandia González, 1999, pág. 186). La verdadera singularidad de la pericia, recae entonces en el tipo de información que se le suministra al juez, la cual solo puede ser aportada por quienes disponen de los conocimientos técnicos, artísticos o científicos necesarios (Flores Prada, 2005, pág. 145).

Imperativo es tener en cuenta que la información aportada por los peritos no puede desconocer los hechos objeto de prueba en cuanto es necesaria para valorarlos y que, la finalidad de la pericia no difiere de la que persigue en conjunto la actividad probatoria frente al convencimiento del juez con los hechos que pretenden hacer valer las partes, por tanto, la distribución de los papeles que deben desarrollar las partes y el juez responde necesariamente a la separación entre ambas funciones: a las partes le corresponde la iniciativa de la actividad probatoria, mientras que al juez le corresponde el control de dicha actividad (Flores Prada, 2005, pág. 147).

2.3. Sobre la prueba pericial en la responsabilidad civil médica

Según lo que se viene planteando, uno de los campos científicos que tiene incidencia en el proceso es el de la responsabilidad civil médica por cuanto es común que ante la jurisdicción se ventilen demandas donde se pretende que se declare responsable a profesionales en la salud o empresas que prestan tales servicios, por una mala praxis, y ello teniendo en cuenta que actualmente la medicina puede considerarse como una ciencia que reviste y abarca distintas complejidades, por tanto, dentro de un litigio por el acto médico, por regla general, será indispensable la prueba pericial como uno de los caminos por los cuales habitualmente se ingresa el conocimiento científico al proceso, es decir, se plantea un escenario acerca del uso de la ciencia en el proceso para tomar una decisión (Soba Bracesco, 2014, pág. 227) y se realiza un acercamiento- probatorio- a una ciencia “desconocida” por parte de los jueces, en la que, la actual regulación procesal ha implementado el dictamen judicial de parte, que si bien no

determina el éxito del proceso para estas, sí puede tenerse como un acercamiento a la “litis” (Aranda Camacho, 2013, pág. 273).

La importancia de este medio probatorio en los temas de responsabilidad médica radica principalmente en que, para que la conducta del galeno pueda ser valorada y establecer si esta cumple con los estándares establecidos en la *lex artis*, necesariamente se requiere de un experto que, en calidad de perito, pueda proporcionar elementos para determinar si el médico actuó o no conforme a lo que indica la ciencia médica (Solórzano Garavito, 2011, pág. 2). En este sentido, la ciencia cumple un rol trascendental en la acreditación del nexo de causalidad en los procesos de responsabilidad civil entre el daño o perjuicio y la conducta del galeno (Soba Bracesco, 2014, pág. 229).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha resaltado que, en los casos de responsabilidad médica, la prueba pericial resulta importante, máxime cuando se presenta como el medio probatorio que brinda mayor poder de persuasión cuando se trata de fundar las causas que produjeron los daños o la muerte de una persona por la acción de otras⁴. Así mismo, señala el valor demostrativo de la prueba pericial, debido a que en muchos casos la causa determinante de un daño bien sea, el deceso de una persona, no están bajo el dominio de los sentidos comunes de las personas y que, en otros casos, estas causas son ajenas al conocimiento general de las gentes, el medio más idóneo es la prueba pericial⁵. Por tanto, indica que, la prudencia advierte la necesidad de recurrir a los científicos para que éstos, sean quienes expliquen las causas que originan el daño.

Por lo anterior, la Corte ha referido que cuando en el proceso jurisdiccional se tratan asuntos especializados, técnicos y científicos, con el fin de orientar la labor de búsqueda de la verdad como base de la decisión judicial, no puede ser el sentido común o las apreciaciones del hombre medio las que determinen dicha búsqueda, dado que estas en modo alguno lograrían proporcionar los elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que, sin lugar a duda la prueba pericial ocupa un papel central en la responsabilidad civil médica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6878). Por tanto, el entorno del ejercicio de la profesión médica es tan especializado, que un juez difícilmente podrá

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de mayo de 1990. (Mp. Eduardo García Sarmiento), pág. 16.

⁵ *Ibidem*.

conocer o determinar sin una prueba pericial: (i) los hechos y las causas que producen un determinado daño dentro del margen del acto médico, (ii) su relación o no con el acto médico y, (iii) si su conducta incurre en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, de ahí que para suplir tales carencias se acuda a dicho medio de prueba.

2.3.1. Prueba pericial en el CGP

2.3.1.1. Naturaleza, procedencia y calidad del perito

El CGP contempla la pericia como un medio de prueba, con características particulares y con todo un régimen de aporte, decreto, práctica y valoración, procedente para verificar los hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El CGP establece el sistema de prueba pericial de parte, propio de un sistema adversarial y que traslada a las partes la responsabilidad de aportar la experticia con la demanda, la contestación de la demanda o en su defecto, realizando la debida enunciación y solicitud de plazo para poder ser aportada posteriormente dentro del término conferido por el juez (Lopez Blanco, 2019, pág. 360). Igualmente, restringe a un solo dictamen por hecho o materia y a un solo perito por dictamen (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 253).

Así mismo, esta legislación entiende que el perito al firmar la experticia indica que lo hace bajo la gravedad de juramento y que su opinión es imparcial producto de su real convicción profesional. También indica que se debe adjuntar los documentos que acrediten los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, sus fundamentos técnicos y científicos que dan lugar a sus conclusiones (Agudelo Mejía, 2016: 164- 165).

Es necesario resaltar que en sistemas en los que se consagra la prueba pericial de parte, se presentan principalmente problemáticas frente a los peritos y la tendencia de este a promover la causa de una de las partes, bien sea por un sesgo consciente (con el pago que realizan las partes), inconsciente (necesidad de hacer algo a favor de quien les contrata) o por selección (selección de peritos con carácter de defensores más que educadores del juez) (Ruiz Jaramillo, 2017, págs. 253-254). Sin embargo, tal y como lo resalta Ruiz Jaramillo, el CGP establece dos posibilidades que permiten, en gran medida, superar estas problemáticas: con la prueba de oficio o perito de juez, por un lado, y con unos condicionamientos de admisibilidad de la prueba que inciden en la valoración probatoria de la prueba pericial y que le permiten al juez realizar un control sobre estos sesgos, por otro.

Es así como, el artículo 226 del CGP establece unos lineamientos que son aplicables tanto en el momento de decidir sobre la admisibilidad del medio de prueba y quien lo rinde como en la valoración al momento de decidir, lo anterior, como consecuencia de tomar la pericia como medio de prueba, es decir, su valoración se realiza no solo sobre el perito sino también sobre su conocimiento (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 488). Algunas de esas reglas suponen una exigencia al perito de la lista de publicaciones realizadas en el tema en los últimos diez años; y de los dictámenes elaborados en los últimos cuatro años. Así mismo, deberá informar si las partes o sus apoderados, lo han designado como perito en otros procesos anteriores o en curso y el objeto de la materia. Igualmente, deberá indicar si el método de investigación utilizado difiere del implementado en los anteriores peritajes y de su actuar profesional, en ambos casos si es diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

A pesar de que el CGP estableció los anteriores requisitos, la norma no estableció ninguna consecuencia jurídica por el incumplimiento de alguna de estas, por tanto, no se estableció si estos condicionamientos se deben exigir al momento de la admisibilidad probatoria o si son valorados en el momento de la sentencia (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 256). De igual modo, de estas reglas en torno a la prueba pericial no se estableció diferenciación entre cuales debían ser presupuestos necesarios para su admisibilidad y cuáles debían ser tenidos en cuenta por el juzgador como criterio orientador de la valoración de la prueba pericial, siendo todos mencionados indistintamente y dejando a criterio del juez el momento procesal oportuno para su aplicación.

Por otro lado, resulta relevante el problema de asegurar *ex ante*, es decir, en el momento de la admisión de la prueba, la adquisición de buena ciencia en el proceso y para esto, el legislador estableció los anteriores requisitos que tienen una doble finalidad en el proceso civil, por un lado, garantizan la legalidad y licitud de la prueba y, por otro, realizan un control con el fin de evaluar y asegurar la epistemología de la prueba. Así, estos requisitos garantizan la licitud y legalidad de la prueba y también el derecho a presentar y contradecir la prueba, pues permite a las partes su participación en la producción de la prueba y el derecho de contraprobar, así mismo, correlativo al principio de publicidad, permite a las partes conocer quiénes son los peritos que elaboran la experticia, su experiencia y pericia en la materia, asegurando así el debido proceso.

De igual modo, estos requisitos realizan también un control sobre la cientificidad y la forma en la que estas pruebas deben ser presentadas con el fin de garantizar su capacidad científica y técnica fiable, que van desde la calidad del sujeto que realiza el dictamen, el método de investigación empleado y sus conclusiones según se desprende del citado artículo 226. Lo anterior responde a la necesidad de tener mayor control sobre el tipo de información que ingresa al proceso, más concretamente, un control preliminar de estas pruebas con el fin de aceptar solo aquellas ciencias válidas (Taruffo M. , 2008, pág. 99), por lo que el artículo en comento establece mecanismos formales y materiales para el ingreso de información científica o especializada al proceso.

De tal suerte que estas reglas permiten controlar los conceptos emitidos por los expertos frente a lo que declaran en las pruebas periciales con respecto al pensamiento que exponen en artículos de revistas o en diferentes procesos y en el ejercicio habitual de su profesión, así mismo, su relación con el abogado y la misma parte o en aspectos frente a la fiabilidad de las técnicas o instrumentos utilizados por el perito (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 497).

El impacto de la ciencia en toda actividad probatoria debe ir acompañada de un control judicial con base en los requisitos de legalidad y cientificidad de la prueba pericial, es por esto que, a través de los requisitos establecidos en el artículo 226 del CGP, se busca que el juzgador acuda al uso de información fiable y relevante para la determinación racional de las premisas fácticas y, responde, por tanto, a un objetivo epistemológico compartido con todos los sistemas jurídicos: establecer controles a través de los cuales se busca tener mayor probabilidad de acierto en la decisión frente a la cientificidad de la prueba pericial, incluir aquello que es científico y excluir aquello que no lo es (Vásquez Rojas M. d., 2014, pág. 66).

2.3.1.2. Dictamen a instancia del juez u oficio

Aspecto fundamental por resaltar es que el CGP no abandona por completo el dictamen judicial, toda vez que lo limita exclusivamente a las hipótesis de prueba de oficio y amparo de pobreza, con el fin de hacer efectiva la igualdad real entre las partes (Álvarez Gómez, 2017, pág. 277).

Así como lo establece el artículo 169 del CGP, las pruebas pueden ser decretadas de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, y es por ello que, atendiendo a las garantías procesales como el derecho a la prueba e igualdad de las partes, le corresponde al juez encontrar la verdad dentro del mismo haciendo

uso de sus poderes oficiosos, tal es el caso del decreto de la prueba de oficio. Es importante precisar que, la prueba pericial en el marco del Código de Procedimiento Civil, estaba delimitada por un modelo inquisitivo, de corte continental, donde el perito que ha de rendir la experticia es nombrado por el juez a partir de una lista de auxiliares de la justicia que no respondían a la pericia de parte.

Este tipo de dictamen pericial, permite realizar una comparación entre el sistema de perito de parte con el del juez, por tanto, constituye una herramienta importante para el juez resolver situaciones contradictorias y complejas en los dictámenes presentados por las partes, proporcionando así mejores elementos para que el juez tenga una mejor comprensión de los hechos y para sopesar los dictámenes ofrecidos por las partes⁶ (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 255).

2.3.1.3. Dictamen rendido por entidades y dependencias oficiales

El artículo 234 del CGP dispone que el juez podrá de oficio o a petición de parte recurrir a los servicios de entidades y dependencias oficiales con el fin de realizar peritaciones que versen sobre temas propios de la actividad que estas desarrollan. Este dictamen es emitido por personas jurídicas, fundamentalmente instituciones de indiscutible naturaleza jurídica pericial (Abel Lluch & Picó i Junoy, 2009, pág. 42). Es también conocida como peritación oficial y no es más que un dictamen con auxiliar calificado: las entidades públicas; y responde a la posibilidad de aprovechar el conocimiento de dichas entidades, pero no escapa de las reglas generales de la prueba pericial, por tanto, suponen el mismo trámite del dictamen pericial (Álvarez Gómez, 2017, pág. 318).

2.3.1.4. Decreto, práctica y contradicción de la prueba

Establece el Código General del Proceso que, después del estudio enfocado a confirmar la procedencia, admisibilidad y utilidad de esta sobre los postulados y puntos que son objeto de la pericia, el juez deberá decretar la prueba. Es importante resaltar que toda prueba admisible debe ser relevante y conducente para el proceso, y dichos elementos no se establecen en sí mismos

⁶ Frente al esquema adversarial de aportación de la pericia por las partes, una de sus críticas gira en torno a la asimetría de la información, debido a que la parte que no cuente con los suficientes recursos económicos para sufragar los gastos que implica el acceso a estos servicios de profesionales con conocimientos especializados, evidentemente estará en desventaja frente a la parte procesal que sí cuenta con ellos. Aunque el CGP establece la posibilidad de acceder a la experticia bien sea de oficio por el juez o a petición de parte “amparado por pobre”, la posibilidad de que el experto que rinda la experticia cumpla con un perfil profesional idóneo para realizarla, son bajas, principalmente porque este cargo no es de forzosa aceptación por parte del perito (Cruz Tejada, 2014, págs. 243-302).

sino en función de su relación y pertinencia frente a los hechos a determinar y por tanto, es relacional con los hechos objeto de prueba según las pretensiones y excepciones formuladas por las partes (Vásquez Rojas M. d., 2014, pág. 12).

Uno de los escenarios más importantes para la prueba pericial es el desarrollo de su práctica y contradicción dentro del trámite judicial. A pesar de que el CGP ha establecido el derecho de contradicción de forma mixta, porque comprende una fase inicial obligatoria por fuera de audiencia y una fase complementaria bien sea en audiencia, o de forma escrita con la solicitud de aclaración o complementación del mismo según algunas normas especiales (Álvarez Gómez, 2017, pág. 295), la forma principal en la cual se ha diseñado el derecho de contradicción de la prueba pericial ha sido mediante i) la citación a la audiencia de pruebas que realiza el juez de oficio o la contraparte al experto que rindió la pericia para realizar un interrogatorio a fondo sobre su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen (Lopez Blanco, 2019, pág. 377), y ii) mediante el aporte de un dictamen pericial también de parte orientado a contradecir el dictamen ofrecido por la contraparte. Ahora bien, el principio de contradicción debe entenderse no solo como una garantía de las partes para cuestionar las pruebas que presentan la contra parte en el proceso y controlar así mismo, el razonamiento del juez, sino también como una herramienta cognoscitiva del juzgador (Vásquez Rojas M. d., 2014, pág. 16).

Por ende, en la oportunidad para la práctica de la prueba es el momento o estudio procesal donde el juez puede obtener más información sobre lo que ha sido presentada inicialmente, de allí, es importante tener presente que el CGP tiene una particularidad, en aras de garantizar el derecho de contradicción, prevé la asistencia del perito a la audiencia como fundamental, ya que de lo contrario el dictamen no tendrá valor. Precisamente, es aquí donde cobra mayor importancia el posible conocimiento experto del que pueda disponer el juez. Es importante destacar que, en el interrogatorio realizado al perito se pueden realizar preguntas insinuanes, en consideración a que el profesional experto posee un mayor grado de conocimiento científico que una persona del común, por tanto, podrá desempeñarse dentro de preguntas de esta naturaleza frente a las posibles falacias que pueda adolecer la prueba pericial (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 259).

2.3.1.5. Valoración de la prueba

En el sistema colombiano la oportunidad procesal para asignar valor a un medio de prueba o para su valoración es el ejercicio argumentativo y motivado mediante el cual el juzgador expide la sentencia. Considerada como el acto procesal en el que el juez realiza las inferencias

probatorias a partir de las pruebas allegadas legal y oportunamente al proceso y precisamente, en la valoración de la prueba, existe un campo muy amplio para el conocimiento del mundo por parte del juez aunque para ello existan reglas legales tendientes a limitar tal amplitud (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 489). Sobre las reglas que remiten a este conocimiento de la vida o del mundo por parte del juzgador y que buscan racionalizarlo, se encuentra la exigencia que contempla el CGP en su artículo 176 de valoración conforme a las reglas de la sana crítica y el respeto de la buena fe en el dominio del proceso judicial (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 490). Así, en el método o regla legal para valorar las pruebas, entre ellas el dictamen pericial, existe un imperativo para el juzgador según el cual debe atender a las reglas de la sana crítica, e incorporar el estudio y contextualización de esta conforme a las máximas de la experiencia, el cual se ha constituido en un aspecto central de la valoración de la prueba y de ello debe el juez dar cuenta en el acto definitivo de resolución de proceso.

Al respecto si bien dichos imperativos legales son comunes a todos los medios de prueba, cuando se trata del dictamen pericial el juez debe tener presente las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia verificando a su vez la solidez, precisión y calidad de los fundamentos, así como la idoneidad y el comportamiento del perito en la audiencia y su relación con las otras pruebas (Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, 2016, pág. 173).

Es importante resaltar que, frente a la prueba pericial, se crea una dependencia epistémica toda vez que el juzgador no percibe directamente tal objeto y se escapa de su experiencia inmediata y si bien es cierto que otros tipos de pruebas también poseen una dependencia epistémica, lo que diferencia la prueba pericial es que, normalmente el contenido de esta escapa de la experiencia del juez (Vásquez Rojas M. d., 2014, pág. 29) y ello puede llevar a algunos problemas a la hora de asignarle valor a la declaración que hace el experto y que tiene como base el estatus que adquiere el conocimiento del perito como infalible o irrefutable en un escenario donde el juez no posee tal conocimiento (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 498). En primer lugar, se presenta la falacia de la autoridad o también llamado *peritus in arte credendu*, en la que el juez toma como indiscutible el juicio del experto debido a su reputación o posición institucional, permitiéndole al perito realizar conclusiones que le corresponde al juez realizar y por tanto, olvidando que la importancia de este radica como autoridad teórica en la transmisión del conocimiento para el proceso y no en su capacidad para hacer conclusiones sobre los hechos (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 498).

En segundo lugar, se presenta el problema del juez *peritus peritorum* y se da como una infracción o trasgresión a la prohibición del conocimiento privado del juez como prueba en la valoración del juzgador, en contravía de las reglas probatorias en la que el conocimiento para condenar solo puede estar fundado en las pruebas debatidas en juicio (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 498). Sin embargo, a pesar de que el juez acuda a las máximas de la experiencia para crear su juicio, este no puede integrar *motu proprio* el conocimiento científico, toda vez que, solo puede ingresarse al proceso a través de los medios de pruebas (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 500). Por último, es importante resaltar que, frente a la valoración de la prueba pericial en el régimen procesal colombiano, los criterios de valoración de la sana crítica o las máximas de la experiencia frente a fiabilidad del conocimiento, el juez debe realizar un ejercicio propio de adecuación en los controles de admisibilidad que tienen relación directa con la credibilidad del perito, interrogatorios e intervenciones con sus potestades oficiosas, controlando la calidad de conocimiento experto que ingresa al proceso y asegurando, la garantía de la contradicción (Ruiz Jaramillo, 2015, pág. 508).

Lo anterior, evidencia la complejidad a la que se enfrenta el juzgador y las partes al momento de enfrentar la valoración de las pruebas periciales, más concretamente sobre aquellas que incorporan conocimiento científico al proceso y, por tanto, se hace necesario realizar un acercamiento a los sistemas de valoración judicial de la prueba, principalmente, sobre el sistema de valoración probatoria que se enmarca el sistema judicial colombiano para determinar las reglas de valoración que debe regir la prueba pericial, los cuales se abordan a continuación.

CAPÍTULO 3

Valoración judicial en la prueba pericial

3.1. Valoración probatoria: Sistemas de valoración probatoria

La valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de la información aportada al proceso a través de los medios de prueba (Gascon Abellan, 2012, pág. 9). Esta comprende la segunda fase de apreciación probatoria, asignando a cada medio de prueba el valor que le corresponde, como también su valor probatorio en conjunto (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 342). Más exactamente, consistirá entonces en evaluar si las hipótesis expuestas pueden aceptarse como verdaderas.

El artículo 164 del CGP, estipula la exigencia al juzgador de fundamentar las decisiones en las pruebas que han sido allegadas de forma oportuna y regular al proceso y, por tanto, se hace necesario establecer métodos por medio de los cuales se pueda efectuar una adecuada valoración de los instrumentos de prueba, pues esta actividad de tal trascendencia para la administración de justicia en un estado de derecho no puede quedar al antojo o arbitrio del juzgador, toda vez que se correría el riesgo de alterar la seguridad jurídica (García García & Vicuña de la Rosa, 2014, pág. 48).

La teoría general de la prueba ha presentado históricamente varios sistemas de valoración de la prueba que aplican la mayoría de los ordenamientos occidentales como:

3.1.1. Tarifa legal o valor tasado

En la tarifa legal de carácter probatorio la eficacia está predeterminada por la ley. Este sistema, en principio, estaba pensado como un conjunto cerrado y completo de reglas jurídicas capaces de abarcar cualquier aspecto de la prueba de los hechos en juicio (Taruffo, año pág. 22). Este sistema sometió a la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, a pesar de considerarse un avance en su época, porque significó una regulación normativa más o menos minuciosa en las civilizaciones occidentales, hoy no encuentra justificación (Devis Echandía, 1981, pág. 27). La tarifa legal o valor tasado opera en el sentido de excluir o limitar la valoración discrecional que el juzgador pueda realizar en el momento de determinar el hecho. Por tanto, consiste en la producción de reglas de forma general y abstracta por parte del legislador, que predeterminan

el valor que debe atribuírsele a cada tipo de prueba para resolver un caso en concreto (Taruffo M. , 2005, pág. 387).

Este sistema conduce a la mecanización de la función del juez y por tanto, a la búsqueda de la verdad como una simple apariencia formal, obligándole al juzgador a aceptar soluciones en contra del convencimiento lógico razonado (Devis Echandía, 1981, pág. 66). Así, el sistema de prueba legal se reduce, pues deja de ser un “sistema” para convertirse en reglas legales, en la medida en que son incorporadas a las leyes escritas (Taruffo M. , 2005, pág. 391) y es que, el hecho de que las leyes exigieran pruebas precisas propició que los jueces prescindieran de la valoración de la prueba y uso abusivo de la carga de la prueba (Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán, & Giannini, *Contra la carga de prueba*, 2019, pág. 32).

3.1.2. Libre convicción probatoria

El sistema de la prueba libre o libre convicción, según lo expresado por Taruffo, presupone la ausencia de reglas legales e implica determinar la eficacia de cada prueba para la verificación de un hecho en cada caso concreto; este sistema de valoración probatoria no predetermina criterios; por el contrario, permite la discrecionalidad y flexibilidad del juzgador, basado principalmente en presupuestos de la razón (Taruffo M. , 2005, pág. 308). El surgimiento de este principio pone en crisis el sistema de la prueba legal e incorpora únicamente una certeza moral en el juzgador, por tanto, no requiere motivación de su decisión (Peña Ayazo, 2008, pág. 45). Así mismo, decae la utilidad de la carga de la prueba, pues ya no importa propiamente quién debe probar un hecho, sino lo que se pretende es la averiguación del hecho con independencia de quien aporte la prueba (Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán, & Giannini, *Contra la carga de prueba*, 2019, pág. 35).

La libertad de convicción, para Taruffo, es un sinónimo de discrecionalidad incontrolada, la falta de criterios racionales que establezcan un límite a la valoración irracional de la prueba abre la brecha al subjetivismo para la formulación del juicio de hecho, así, este tipo de valoración permite el empleo de cualquier racionalidad, bien sea lógica, científica o de sentido común donde el único elemento de juicio es la falta de criterios para el arribo de la decisión judicial; y, por ende, legitima la arbitrariedad subjetiva del juez o una discrecionalidad de que no se conocen presupuestos (Taruffo M. , 2005, pág. 309).

Sin embargo, autores como Devis Echandía, considera que solo existen dos sistemas de valoración probatoria: la tarifa legal y la libre convicción, mejor entendida como sana crítica, pues la libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la sana crítica, es decir, siempre debe existir un convencimiento racional por parte del juez (Devis Echandía, 1981, pág. 68).

3.1.3. Teoría de la sana crítica

Este sistema es denominado la categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, por tanto, constituye un sistema de valoración mixto: sin la excesiva rigidez del primero y sin la excesiva incertidumbre que generaba el segundo (Couture, 1958, pág. 270). El concepto de sana crítica comenzó a adquirir forma con la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, nominalmente, pero la idea ya había sido incorporada en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 (Benfeld Escobar, 2018, pág. 156).

Esta surge como un sistema de valoración probatorio que establecía criterios de ponderación de la prueba y, por tanto, no podía ser reducida a las ideas de íntima convicción o libre valoración de la prueba (Benfeld Escobar, 2018, pág. 156). Estas reglas han sido entendidas como las reglas del correcto entendimiento humano, en las que interfiere las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez; unas y otras contribuyen a que el juzgador pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y un conocimiento experimental de las cosas (Couture, 1958, pág. 271). Así, el juez al realizar la valoración probatoria no puede atender solo a su libre razonar, discrecional y arbitrariamente, pues el modelo de la sana crítica derivaría en un sistema de libre convicción (González Castillo, 2006, pág. 95).

La noción de sana crítica no siempre ha sido entendida de la misma manera, en ella se han incorporado una serie de nociones que van desde la concepción expuesta por Couture al incorporar la lógica con las reglas de la experiencia hasta su identificación con principios y conocimientos de naturaleza científica (Benfeld Escobar, 2018, pág. 158). Actualmente, la noción de la sana crítica, ha sido entendida como aquel sistema de valoración probatoria, donde el juez puede apreciar libremente la prueba atendiendo a criterios objetivos y sujeto a parámetros racionales como los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, debiendo así fundamentar su valoración exponiendo las razones de apreciación probatoria (Maturana Baeza, 2014, pág. 107).

3.1.3.1. Principios de la lógica

Los principios de la lógica han sido definidos como la ciencia del pensamiento formalmente correcto por cuanto instituyen los límites del razonamiento, es decir, no regula la introducción de información al proceso de análisis del caso, sino que vela por la corrección comunicativa de lo que puede ser pensado (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 682). Por tanto, las reglas de la lógica son los conocimientos intrínsecamente universales que deben siempre aplicarse en el curso del desarrollo proceso (Taruffo M. , 2005, pág. 311).

La demostración lógica requiere axiomas (proposiciones básicas obvias que pueden afirmarse sin demostración) y reglas de inferencia que permiten la obtención lógica de verdades a partir de otras verdades, entre ellas se encuentra, generalmente, (i) el principio de identidad, donde una cosa sólo puede ser igual a sí misma; (ii) de no contradicción, una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí; (iii) de razón suficiente, en la cual las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia y (iv) del tercero excluido, el cual afirma que entre dos enunciados contradictorios uno de ellos debe ser verdadero, necesariamente, debe haber una verdadera y otra falsa (García García & Vicuña de la Rosa, 2014, pág. 49).

Es decir que, a partir de las inferencias que se pueden extraer lógicamente de las premisas utilizadas, su valoración podrá contener la suficiente coherencia interna y permite arribar a la verdad de los hechos. Lo cierto es que, el razonamiento lógico se funda precisamente, en principios lógicos que gobiernan el desarrollo del pensamiento, determinando su estructura y garantizando la producción de la verdad formal del proceso cognoscitivo, para llegar a la verdad material de los hechos (Barrios González, 2018, pág. 17)

3.1.3.2. Máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia son entendidas como las definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, procedentes de la experiencia, pero desligados a los hechos en concreto que se juzgan en el proceso (Stein, 1999, pág. 27). Estas máximas han sido consideradas útiles para la valoración probatoria pues responde al conocimiento consolidado dentro de un grupo humano en un momento y lugar determinado, que permite reconstruir y equiparar las situaciones en las que se encuentren sujetos particulares por otros integrantes del grupo, es decir, su conocimiento es público debido a que se encuentra difundido entre los miembros de

la comunidad y su valor o significado puede ser abiertamente comunicado (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 691).

Dentro de las máximas de la experiencia es posible encontrar ciertos elementos que son comunes a ésta, independiente de la definición en la que se enmarque, por un lado, las máximas de la experiencia son juicios o valoraciones que no están, como se mencionó anteriormente, supeditados los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general y por otro, son razonamientos inductivos acreditados en la regularidad o normalidad de la vida (González Castillo, 2006, pág. 97).

Sin embargo, es necesario precisar que aunque el sistema jurídico colombiano incorporó las máximas de la experiencia como regla integradora de la sana crítica, éstas no son exclusivas de dicho sistema, pues también se integró en el sistema continental de la libre apreciación de la prueba, en las que las máximas de la experiencia se enmarcan dentro del conocimiento privado del juez (Barrios González, 2018, pág. 40). Esta distinción toma mayor importancia frente al uso y contenido de las máximas de la experiencia, principalmente frente a la línea difusa entre lo que se considera máxima de la experiencia y experiencia personal del juzgador, pues su principal característica gira en torno a que las máximas de la experiencia son valores de conocimiento general y no particular (Barrios González, 2018, pág. 41).

Ahora bien, las máximas de la experiencia constituyen entonces valores aproximados por lo que de ninguna manera pueden reemplazar, suplir o sustituir la prueba, sino que se presentan como un elemento esclarecedor en la tarea interpretativa del juzgador (Barrios González, 2018, pág. 41).

3.1.3.3. Conocimientos científicos afianzados

Se ha definido como conocimiento científicamente afianzado aquellos discursos que son formulados por un grupo de expertos que gozan de prestigio social y que se delimitan en ciertas áreas del conocimiento (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 685). Los saberes descubiertos o elaborados por los científicos han sido denominados como “conocimientos científicos” para diferenciarlos cualitativamente de otros saberes, en razón a quién accedió y la forma en la que fueron adquiridos o los modos en los que fueron fijados, por tanto, no todos los conocimientos determinados a través del método científico se encuentran afianzados (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 686).

Esta categoría ha sido incluida dentro de las reglas de la sana crítica para permitir al juzgador acudir a la ciencia con el fin de valorar las pruebas que ingresan al proceso conocimiento científico, sin embargo, de la misma no se encuentra mayor desarrollo doctrinal sino jurisprudencial.

Por su parte, la jurisprudencia nacional parece compartir las ideas expuestas anteriormente frente a la conformación de las reglas de la sana crítica, es decir, como un sistema racional de ponderación de la prueba que exige al órgano decisor una justificación de valoración en términos de los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados generalmente aceptados por la comunidad científica, sin embargo, lo anterior ha representado un problema sustantivo y metodológico.

Estas cuestiones se relacionan con el carácter indeterminado del concepto y de la interpretación que debe realizarse de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En lo concerniente a la lógica, existe un consenso más bien generalizado, sin mucha crítica frente a los principios lógicos de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, al igual, que las máximas de la experiencia, refieren a juicios hipotéticos de contenido general, y a su vez siguen encontrando su punto de partida en las obras de Stein y Walter (Benfeld Escobar, 2018, pág. 161). Finalmente, frente a los llamados conocimientos científicos afianzados, ha sido objeto de reflexión en los últimos años, no solo frente al contenido conceptual de los mismos sino también frente al quebrantamiento mismo del objetivo de la sana crítica y es la apreciación racional de los medios de prueba.

Esta discusión se enmarca, principalmente, en el registro de la fundamentación de las sentencias, específicamente sobre los medios de prueba que permiten la introducción del conocimiento científico al proceso como la prueba pericial, por tanto, para los objetivos del presente trabajo es fundamental realizar un acercamiento a las consecuencias derivadas de la posibilidad de integrar en la teoría de la sana crítica el conocimiento científico afianzado para valorar la prueba pericial en los procesos de responsabilidad médica, principalmente frente al interrogante ¿Puede el juez al valorar la prueba pericial, citar y hacer uso de literatura científica para fundar sus fallos?

CAPÍTULO 4

LA PRUEBA PERICIAL EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La postura actual de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil médica ha avalado el uso por parte del juez, de literatura científica como criterio hermenéutico para valorar las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, entre ellas, naturalmente, la prueba pericial, lo que no deja de ser objeto de serios cuestionamientos frente a i) las consecuencias que dicha postura puede generar con relación a la inclusión de las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados dentro de las reglas de la teoría de la sana crítica; y ii) frente a la inobservancia del respeto elemental de las reglas probatorias que rigen la actividad judicial y que, por consiguiente, conlleva a la vulneración de derechos, tal es el caso del conocimiento que no ha sido objeto de aporte y escrutinio adversarial por las partes, y en tal sentido podría generar un escenario de introducción de conocimiento privado cuando el juzgador echa mano de literatura científica para valorar la prueba pericial y, en último término, para decidir.

Por tanto, se realizará en primer lugar, un acercamiento jurisprudencial que dé cuenta de la actual postura de la Corte Suprema de Justicia acerca de la posibilidad para que el juez acuda a los conocimientos científicos afianzados como criterio hermenéutico y elemento integrador de la teoría de la sana crítica para valorar las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Posteriormente, se realizará un análisis sobre las implicaciones que conlleva la tesis de la Corte Suprema según la cual es admisible la inclusión de las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados dentro de las reglas de la teoría de la sana crítica y lo que podría suponer un conocimiento privado del juez, y, por último, evidenciar que su uso constituye una completa infracción de las reglas probatorias que rigen la actividad judicial y que, por consiguiente, conlleva una eventual transgresión del debido proceso en aspectos de contradicción de la prueba y por tanto del derecho fundamental de defensa en juicio.

4.1. Postura de la Corte Suprema de Justicia frente al uso de literatura científica para valorar la prueba pericial

En materia de responsabilidad médica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los pasos de lo que ya se venía presentando en el Consejo de Estado, ha acogido paulatinamente la postura de incorporar el uso de la literatura como conocimiento científico afianzado dentro del marco de la teoría de la sana crítica. Esta postura fue acogida principalmente, y en primer lugar, por el Consejo de Estado a través de varias sentencias cuyo

ponente fue el magistrado Enrique Gil Botero, la cual luego se consolidó en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014⁷, con magistrada ponente Stella Conto Díaz del Castillo, y aunque este trabajo se centra en la responsabilidad civil y en la tesis de la Corte Suprema sobre el uso de la literatura científica, es de suma importancia hacer una referencia elemental a las sentencias del Consejo de Estado, toda vez que fue en esta jurisdicción donde se acudió por primera vez al uso de la misma y a partir de allí, la Corte Suprema de Justicia decidió acudir a su implementación y, por consiguiente, acogerse a esta postura que ya había hecho carrera en el máximo órgano de lo contencioso administrativo.

Para esto, la Sala de lo Contencioso Administrativo toma en consideración literatura científica para realizar un análisis de valoración probatoria frente a los testimonios, historia clínica y pruebas periciales con el fin de inferir de los medios de prueba el estado de salud de los demandantes y ello mediante el prisma que le provee la literatura introducida como criterio interpretativo. Así mismo, señala que el dictamen científico, sometido a la variación del paso del tiempo y la variación del estado anímico de los demandantes, resulta insuficiente para derivar de este las correspondientes conclusiones sobre los hechos probados. Por tanto, acude a literatura científica para realizar la valoración probatoria para calcular la indemnización del daño moral, señalando:

“En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 23001-23-31-000-2001-00278-01, pág. 27)

En esta misma sentencia, en numerosas ocasiones acude la Sala a citar literatura científica en materia de ginecología, operatoria obstétrica, al igual que a guías de vigilancia perinatal para valorar la prueba pericial allegada al proceso, principalmente en asuntos relacionados con la atención de partos, así, el Consejo de Estado echa mano de la literatura médica con el fin de acreditar la concreción del perjuicio moral en los demandantes, lo cual le permite, expone la Sala, llegar a conclusiones fiables sobre la naturaleza e intensidad de la perturbación psíquica,

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804) (Mp. Stella Conto Díaz del Castillo)

lo que significa que con literatura especializada se ocupa de analizar la declaración sobre el estado de salud de los demandantes, y finalmente, lo toma como criterio para proferir una sentencia condenatoria.

Posteriormente, la Corte Suprema de justicia en Sala de Casación Civil, comienza a integrar de forma paulatina dicha postura a partir del año 2016⁸. En dicho fallo cuando la Corte entra a valorar los medios de prueba aportados en la instancia por las partes (historia clínica, testimonios y prueba pericial), decide que según los hechos objeto del proceso la atención médica que se le brindó al paciente, fue inadecuado desde la buena praxis médica y llega a esta conclusión través de una amplia búsqueda y referencias al material científico disponible en la literatura médica, aduciendo que, según los estándares científicos de esa época, “(..) debían ser conocidos por el personal médico porque estaban al alcance de cualquier persona que se propusiera a consultarlos, tal como lo evidencia la abundante bibliografía que existe al respecto desde finales del siglo pasado”.

Así, la Corte Suprema de Justicia acude a literatura científica como manuales de diagnósticos y tratamientos quirúrgicos, guías para manejo de urgencias, guías para manejo de alteraciones gastrointestinales, literatura referente al manejo del plastrón y el absceso apendicular en la infancia y concretamente, manejo de plastrón apendicular, absceso apendicular o masa apendicular y su tratamiento, manejo de emergencias médicas abdominales y manuales de cirugía general.

Por tanto, al momento de realizar la valoración de la sintomatología de la paciente, la Corte acude al uso exhaustivo de diferentes autores, aduciendo que esta literatura, a criterio de los citados autores, es clara, copiosa y uniforme, estando al alcance de cualquier persona de mediana capacidad intelectual que desee consultarla y aunque, refiere que no es jurídicamente admisible ni conveniente en la práctica que los jueces se inmiscuyan en la indicación de los procedimientos que deban o no llevar a cabo los profesionales de la medicina, ya que no es su labor ni su ámbito de conocimiento, para los efectos de elaborar un juicio de reproche culpabilístico, refiere que es necesario que los jueces entren a realizar valoraciones frente al estado actual de la medicina y los compare con el actuar de los galenos, pues a través de estas

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de septiembre de 2016, exp. N° 13925-2016, (Mp. Ariel Salazar Ramírez).

comparaciones se permitirá concluir si se actuó conforme se le es exigible jurídicamente, por tanto, es enfática en reiterar que dichos estándares debían ser medidos con la literatura médica descrita⁹.

Posteriormente, mediante sentencia del 28 de junio de 2017¹⁰, procede la Corte a realizar un análisis frente a los cargos de casación los cuales se concretan en el quebrantamiento de la valoración en conjunto de las pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De tal suerte que en este fallo la Corte se ocupa ampliamente de analizar uno de los puntos clave frente al uso y referencia de literatura científica, esto es, el concepto de sana crítica y su alcance específicamente para definir si el conocimiento científico hace parte de esta como criterio para la valoración de los medios de prueba.

En este sentido, para la Corte el criterio de valoración racional de las pruebas que impone a los jueces la obligación de motivar razonadamente su decisión sobre los hechos supone que las sentencias deben estar constituidas por un razonamiento lógico que permita la demostración de los hechos. Así, el juez toma sus decisiones en materia probatoria en varios momentos procesales, siendo el más importante la valoración razonada de los medios de prueba que se hace en la sentencia “de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, es decir, la fase de apreciar la prueba en su materialidad, de forma individual y conjunta. Señala la Corte que, la sana crítica es entendida como un parámetro de valoración racional de todas las pruebas, tal y como lo consagra el artículo 176 de Código General del Proceso, e incluye, a criterio de esta jurisprudencia, i) las reglas de la lógica, ii) las máximas de la experiencia; iii) las leyes y conceptos científicos afianzados y iv) los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidas por los distintos ámbitos profesionales, a las que está sujeta la actividad probatoria del juzgador y sus conclusiones sobre los hechos que interesan al proceso. Así, señala la corte que la sana crítica:

“(…) no es ni puede ser medio de prueba, pues su función radica en servir de marco de referencia (hermenéutico) para la valoración razonada de las pruebas, es decir que contribuye a la conformación del contexto de significado que permite al juez interpretar

⁹ Frente a la sentencia el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, realiza una aclaración de voto en el que precisa que difiere en torno a la fundamentación de la sentencia, resaltando los problemas probatorios que surgen con la incorporación inopinada de estudios científicos o de la realización de análisis sobre las diversas posturas sobre la *lex artis* de la ciencia que aplican los profesionales en determinada área, sobre todo frente a la utilización como medios de convicción que no fueron sometidos a contradicción, otorgándoles valor más allá de la que pueda provenir del dictamen de expertos.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, ep. N° 193-2017 (Mp. Ariel Salazar Ramírez).

la información contenida en los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso. Por ello no se producen, practican, valoran o controvierten como se hace con los medios de prueba; aunque las partes tienen la posibilidad de aportar todos los elementos de prueba legalmente admisibles para aclararlas, explicarlas, ampliarlas o limitar su aplicación.”

De igual forma es de interés resaltar lo que la Corte entiende como conocimiento científico afianzado como elemento integrador de la sana crítica. Este conocimiento es definido como las teorías, hipótesis o explicaciones formuladas por la comunidad científica, que encuentran respaldo en las evidencias de sus experimentos e investigaciones. Estas, según expone esta Corporación, generalmente se encuentran publicadas en textos académicos, revistas indexadas, artículos especializados, simposios o memorias de conferencias, entendidas como literatura científica. De igual modo, este conocimiento científico avanza sin ser estático ni infalible, pero ofrecen razones objetivas para la elaboración de hipótesis.

Frente a lo anterior, resalta que:

“(…) el conocimiento científico afianzado, como parte de las reglas de la sana crítica, tiene la misma implicación que consultar una enciclopedia, un libro de texto especializado, o un diccionario con el fin de desentrañar el significado de los conceptos generales que permiten comprender y valorar la información suministrada por los medios de prueba. De hecho, si la técnica probatoria permite y exige valorar las pruebas de acuerdo con las máximas de la experiencia común, con mucha más razón es posible analizar las probanzas según los dictados del conocimiento científico afianzado, sin el cual muchas veces no será posible saber si el órgano de prueba brinda o no una información que corresponde a la realidad.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, ep. N° 193-2017, pág. 23)

Así concluye que, el correcto entendimiento del significado de las “reglas de la sana crítica” es, entonces, una pauta que permite detectar por parte de los jueces los errores en los que se pueden incurrir en el momento de la apreciación probatoria a la luz de sus sesgos cognitivos o prejuicios sociales de cara a los enunciados fácticos y la realidad del litigio, y, por tanto, los conceptos emitidos en pruebas periciales o expertos deben ser apreciados singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Sin embargo, en sentencia del 15 de noviembre de 2017¹¹, mediante sentencia de tutela contra providencia la Corte en Sala de Casación Civil, ampara los derechos fundamentales frente al

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 2017, exp. N° 18982-2017 (Mp. Luis Alonso Rico Puerta). Es importante mencionar que, le correspondió conocer sobre la impugnación del fallo de tutela a la Sala de Casación Laboral, en la que concluye que la

reclamo de la protección del debido proceso, defensa, igualdad, acceso a la administración de justicia y buena fe constitucional legal, presuntamente vulnerados por el Tribunal Superior de Riohacha toda vez que este para revocar una sentencia de primera instancia, por un equivocado entendimiento de la atención médica prestada por los galenos, determinó la responsabilidad a partir de literatura consultada en internet, y sin darle valor probatorio a los dictámenes periciales rendidos por perito y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, desplazando estas pruebas, mediante una literatura médica que no fue sometida a contradicción y la cual interpretan erróneamente y sin formación en las ciencias de la salud por parte de dicho Tribunal.

Frente a lo anterior, la Sala concluye, distando del marco jurisprudencial que venía adoptando, que el Tribunal accionado soportó protagónicamente su sentencia en información que claramente no puede constituir un medio de prueba y además pretermitió efectuar la valoración de todos los medios allegados al proceso, toda vez que, en la motivación de la decisión se evidencia una completa desatención al principio de necesidad de la prueba, conforme la cual toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas allegadas de forma regular y oportunamente al proceso. Señala que, permitirlo implica la proscripción de suplir el convencimiento que debe arrojar los medios de prueba y de convicción allegados al proceso, con el conocimiento privado y personal del fallador.

Así mismo señala que:

“(…) el tratamiento probatorio dado a la literatura aludida condujo a desatender el principio de unidad, el cual exige que «Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos», situando en el Juez la concreta labor adicional de exponer «siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba» (artículos 176 C.G.P. y 187 C.P.C.).”

(…) Es ineludible destacar que aunque la motivación de la sentencia cuestionada refirió a algunos mecanismos de convicción del plenario, terminó cimentando el veredicto en una preponderante estimación de literatura médica obtenida, previo «recorrido por las distintas páginas de internet que están disponibles y traen los conceptos del parto humano (…)», desconociendo que tal revisión bibliográfica sólo es admisible como «criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo» (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 2017, exp. N° 18982-2017).

sentencia proferida por el Tribunal de Riohacha está acorde a la valoración racional de las pruebas y a las máximas de la experiencia por tanto revoca el fallo proferido por la Sala de Casación Civil.

De lo anterior, se destaca que actualmente la Corte Suprema de Justicia debate dicha postura, pero de manera mayoritaria comparte la Sala la posibilidad de adoptarla frente a la responsabilidad civil médica, principalmente, al considerar que el conocimiento científico afianzado es un elemento integrador de la sana crítica, por tanto, a continuación se presentará un análisis frente a la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso por la incorporación de literatura científica pues su uso constituye una completa infracción de las reglas probatorias que rigen la actividad judicial.

4.2. Reglas probatorias que rigen la actividad judicial

4.2.1. Licitud y constitucionalidad de la prueba

La licitud de la prueba es considerada como el juicio que resulta de evaluar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales del debido proceso sin la afectación de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, por tanto, el incumplimiento de dichos presupuestos derivan un juicio negativo de ilicitud de la prueba (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 309). Así, el artículo 29 de la Constitución Política consagra que es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso, esta norma constitucional es genérica, por tanto, abarca todo tipo de prueba y no solamente la prueba en sí, sino también la fuente (Parra Quijano, 1996, pág. 26). Esta nulidad comprende, tanto la llamada prueba ilícita, bien sea porque su violación haya sido para conseguir la fuente o el medio probatorio, como la prueba ilegal, es decir, aquella que viola una norma legal y es obtenida de forma irregular desde el punto de vista procesal (Parra Quijano, 1996, pág. 26).

El concepto de debido proceso posee dos dimensiones: en sentido formal y sentido sustantivo. Frente al debido proceso sustantivo se refiere a los condicionamientos que recaen sobre la validez de las actuaciones probatorias que afectan derechos fundamentales y en su aspecto formal, corresponde al concepto tradicional de legalidad y constitucionalidad del juez y de las formas procesales (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 310). Lo anterior se deriva de la interpretación sistemática del artículo 29 de la Constitución Política, el cual establece las garantías propias de cada proceso, como lo son, la defensa y legalidad, el derecho constitucional a la presentación y contradicción de la prueba, al igual que del debido proceso (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 310). Frente a lo anterior, el tratamiento probatorio dado a la literatura científica por parte de la Corte Suprema de Justicia desatiende el principio de licitud y legalidad de la prueba, pues su ilicitud radica fundamentalmente en la violación de los presupuestos que se desprenden del debido

proceso constitucional, frente a la incorporación de literatura científica que llega al proceso como medio de convicción para juzgar, esta no se somete a ninguno de los análisis críticos a las que se somete las pruebas técnicas de rigor, es decir, llegan al proceso como fuente de prueba transformada en medio probatorio.

Estas fuentes de prueba, generalmente, deben ser conducidos al proceso a través de los medios de prueba, los cuales constituyen un medio de conocimiento empírico sobre los hechos por lo que, solo pueden allegarse al proceso y sustentar una decisión judicial si surten la configuración legal de los medios de prueba, es decir, si garantizan el respeto elemental de los derechos fundamentales, la defensa y legalidad, el derecho constitucional a la presentación y contradicción de la prueba, al igual que del debido proceso.

De igual modo, acudir a la inclusión de literatura científica por parte del juzgador al proceso desconoce el debido proceso de las partes, pues éstas tienen derecho a que sus fuentes de prueba se lleven al proceso a través de los medios de prueba, así mismo, el derecho a que los medios de prueba que sirven de convencimiento y sustento de la decisión judicial se hayan admitido y practicado dentro de la actividad probatoria debidamente (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 8), evitando, por consiguiente, un eventual sorprendimiento probatorio por parte del juzgador en el momento de la valoración probatoria.

Por consiguiente, es importante resaltar que los presupuestos de validez formal y material a las que están supeditados el legislador y los jueces en la regulación de la actividad probatoria en el proceso civil, gira en torno a la necesidad de impedir la arbitrariedad de las autoridades y la confiabilidad de la prueba (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 314). Estos presupuestos, como bien se mencionaron anteriormente, radica en el respeto del debido proceso probatorio, especialmente del derecho de contradicción y defensa como se estudian a continuación.

4.2.2. Debido proceso probatorio (derecho de contradicción y defensa)

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el debido proceso como un derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata, derecho que ha sido entendido como el “fundamento de la legalidad dirigido a controlar las posibles arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades como consecuencia del ejercicio del poder del Estado, privilegiando así

el respeto por los derechos y obligaciones de los ciudadanos o de quienes son parte en un proceso o en una actuación administrativa”¹².

La jurisprudencia ha sostenido que este derecho encuentra a su vez su definición en un conjunto de diversas garantías previstas en el ordenamiento jurídico que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales de los sujetos procesales frente a las autoridades judiciales y las partes¹³.

Dentro del derecho fundamental al debido proceso se acogen las garantías del derecho probatorio, este ha abarcado no solo al derecho a la prueba sino también al derecho de presentar y contradecir la prueba, así lo ha reiterado la Corte Constitucional mediante numerosas providencias¹⁴, por medio de las cuales establece que se trata de un derecho fundamental que hace parte del debido proceso (Ruiz Jaramillo, 2017, págs. 10-12). La Corte Constitucional en sentencia C 1270 de 2000, consagra un debido proceso probatorio, que incluye los siguientes derechos: (i) el derecho para presentar y solicitar pruebas (ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra, (iii) el derecho a la publicidad de la prueba (así se asegura) el derecho de contradicción, (iv) el derecho de la regularidad de la prueba, derivando como consecuencia la nulidad de la misma obtenida con violación al debido proceso, (v) el derecho a que se practiquen de oficio las pruebas necesarias para asegurar la realización y efectividad de los derechos y por último, (vi) el derecho a que se valoren por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

Señala además que, a través del derecho de publicidad de la prueba, el derecho de participación de las partes en la producción de la prueba y el derecho de contraprobar y a presentar argumentos en contra de las pruebas que fueron allegadas en su contra se garantiza el ejercicio del derecho de contradicción probatoria (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-797, 2006), el cual además es una garantía jurídica universal, imperativa y que hace parte del Derecho Internacional (Camargo, 2010, pág. 25).

¹² Sentencia T 578 de 2010

¹³ Sentencias T 007 de 1993, T 001 de 1993, T 467 de 1995, T 416 de 1998, T 068 de 2005, C 383 de 2000, T 945 de 2001, T 925 de 2008

¹⁴ Sentencia T 393 de 1994, T 006 de 1995, C 038 de 1996, 1099 de 2003, C 537 de 2011, C 034 de 2014.

De modo tal que la parte contra la que se aduce un medio de prueba tiene el derecho de controvertirla tanto en la oportunidad para aportar pruebas encaminadas a refutar como en la etapa de su respectiva práctica, y es por ello que es garantía fundamental que se dé la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que debe llevarse a conocimiento y audiencia de todas las partes, ligado intrínsecamente con los principios de unidad y comunidad de la prueba (Devis Echandía, 1981, pág. 36), y además la doctrina más autorizada exige la contradicción de la prueba como requisito para su validez y autoridad (Devis Echandía, 1981, pág. 37). Por tanto, es necesario que las partes tengan la posibilidad de contradecirla, es decir, de contraprobar para que se lleve a cabo el debido proceso probatorio y no se afecte la constitucionalidad de la sentencia misma.

Así mismo el derecho a la publicidad de la prueba, por medio del cual se asegura el derecho de contradicción, unidad y comunidad, de lealtad e igualdad de oportunidad con respecto a las pruebas judiciales, no solo significa que debe asegurarse a las partes la posibilidad de conocerlas, objetarlas, discutir las sino también conocer las conclusiones del juez sobre la prueba, principalmente frente a la motivación de las sentencias y con la publicidad del proceso en general (Devis Echandía, 1981, pág. 38).

Ahora bien, frente a la posibilidad de incorporar literatura científica al proceso, es imperativo precisar la función que la misma desempeña en la valoración probatoria del juzgador y si realmente la convierte como prueba dentro de la sentencia a través de la cual conlleva a la transgresión de derechos antes mencionados.

Estos autores de informes, artículos o literatura científica a la que acude la Corte Suprema de Justicia, se convierten en autoridad sin conocer las partes quienes son, su experiencia y pericia en la materia para el juzgador edificar las sentencias. Así mismo, desconoce los principios del debido proceso probatorio toda vez que, esta literatura científica llega al proceso como fuente de verdad para valorar las pruebas allegadas al proceso, sin ser pedidos por las partes, ni ser decretados, ni practicados en las oportunidades procesales, así como también es elegida a discreción por el juez, quien por las mismas razones no está en condiciones de determinar si es una fuente autorizada o no, mayoritaria, irrelevante, avanzada, relegada, superada, rebatida, etc., es decir, hacer juicios sobre la seriedad y vigencia de la fuente misma.

Sí de la búsqueda de la verdad se trata, permitir que las partes conozcan dicha literatura y conocimientos científicos afianzados posibilita que las partes puedan realizar la contradicción de la misma e incluso, los peritos y testigos técnicos a lo largo del proceso puedan refutar con su criterio de científicidad y pericia este conocimiento afianzado, lo que en todo caso podría plantearse como una posibilidad para que mínimamente se garantice la contradicción, o cuando menos, que el juez acuda a fuentes que hayan sido mencionadas o referenciadas por las partes mismas en el dictamen que se aporta por escrito en la etapa de aportación de pruebas por las partes.

En tercer lugar, acoger la postura de la Corte Suprema de Justicia desborda por completo las funciones del juez y de las garantías procesales, toda vez que al ser éste quien inicia una búsqueda de material bibliográfico que pueda considerar asertivo para el proceso, se constituye en fuente de prueba o en investigador de otras fuentes para fundamentar sus fallos, no de conocimientos generalizados del hombre medio sino en conocimientos altamente tecnificados como lo es la medicina, que por regla general, ingresa al proceso a través de la prueba pericial bajo un marco normativo establecido desde el artículo 226 al 235 del CGP y que, por consiguiente, garantizan el debido proceso probatorio y la fiabilidad del conocimiento científico que pretende ingresar al proceso, principalmente frente al carácter epistemológico que conlleva el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 226 del CGP, como se procede a analizar.

4.2.3. Requisitos del dictamen pericial (artículo 226 del CGP)

El artículo 226 del CGP, como bien se mencionó anteriormente, tiene una doble finalidad pues además de garantizar la legalidad y licitud de la prueba, estos requisitos garantizan su dimensión epistemológica, es decir, los extremos que deberá apreciar el juez con el fin de garantizar la fiabilidad del conocimiento científico que ingresa al proceso.

Estos requisitos, si bien se encuentran en el marco de regulación probatoria de la prueba pericial, apuntan directamente a garantizar que esta información solo llegue al proceso bajo estándares suficientes y principios y métodos fiables que permitan realizar un filtro sobre la necesidad de impedir que “*junk science*” o “mala ciencia” ingrese al proceso, por lo mismo, esta regulación establecida abarca no solo la pericia en concreto sino también aspectos como el sujeto que rinde la experticia, la metodología investigativa y sus conclusiones; por lo que, siempre que se pretenda el ingreso de ciencia o conocimientos especializados al proceso se

debe acudir a los medios probatorios dispuestos para esto, como la prueba pericial, con el fin de garantizar que la misma surta todas las etapas probatorias que permitan realizar un control y filtro sobre la información allegada, específicamente su científicidad.

Por ende, la introducción del conocimiento científico al proceso a través de esta literatura con presunto criterio científico por parte del juez desconoce el carácter epistemológico de la prueba, al igual que su fiabilidad pues desatiende los estándares que como mínimo, estableció el legislador para tener mayor aproximación al ingreso de buena ciencia. Entre los requisitos establecidos encaminados a verificar la científicidad de la prueba encontramos aquellos que recaen sobre el sujeto, como el deber de aportar con la pericia los documentos que acrediten la idoneidad y experiencia del perito, al igual que de su formación profesional. Así mismo, la lista de los casos en los que ha sido designado como perito en los últimos cuatro años, donde se deberá indicar la materia y datos procesales de los procesos en los que participó, la lista de publicaciones referentes a la materia objeto del peritaje realizadas en los últimos diez años, al igual, que el deber de indicar si se encuentra inmerso en las causales de exclusión de los auxiliares de justicia y si ha realizado peritaciones para la misma parte procesal, todos los cuales se pasan por alto cuando se introduce directamente la literatura por el juzgador a la hora de fallar, lo que ha sido aceptado por la Corte Suprema según se mostró líneas arriba.

A través de estos requisitos se evalúa principalmente la idoneidad del perito y la capacidad técnica y científica del mismo al momento de ingresar conocimiento científico al proceso, lo cual es desconocido por la Corte Suprema de Justicia debido a que ésta literatura no surte ningún control frente al perfil profesional de los autores, pues es solo a través de estos requisitos del CGP que surge la necesidad de evaluar según los datos suministrados y documentación allegada, que el perito cuente con la suficiente formación no solo profesional sino también de su ejercicio práctico para el manejo del conocimiento especializado que es objeto de prueba. Así mismo, su control es realizado por las partes procesales al ejercer su derecho de contradicción con el fin de desvirtuar la idoneidad del perito, caso que no es posible con la literatura científica en la que las partes desconocen por completo si sus autores poseen la idoneidad necesaria para evaluar la conducta médica juzgada.

Frente a los requisitos dirigidos a constatar el método y conclusiones que, de igual modo, desatiende la Corte Suprema de Justicia, se tiene que el CGP establece el deber del perito de indicar si el método de investigación (exámenes, experimentos e investigaciones)

implementado difiere del utilizado en los anteriores peritajes y de su actuar profesional, en ambos casos si es diferente, deberá explicar la justificación de la variación. Así mismo, señala que todo dictamen pericial deberá ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, en el que se deberá explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artístico de sus conclusiones. Por tanto, deberá adjuntar los documentos e información utilizada para realizar el dictamen.

Estos requisitos garantizan que la obtención de la información se realice a través de métodos científicos adecuados y usados generalmente en la comunidad científica, por tanto, contribuyen a dejar por fuera del ámbito judicial el uso de conocimientos que pretenden adquirir estándar de científico, pero que no corresponden a los parámetros de validez científica, por ende, de la literatura científica a la que acude el juez no se conoce cuáles fueron los métodos de investigación que permiten arribar a las conclusiones que en ella se plasman, así mismo, no se conoce si es aceptada por la comunidad científica en general o si, de lo contrario, desatiende los métodos de investigación realizadas en el actuar profesional sin una justificación de su variación.

Por tanto, esta literatura científica llega al proceso desatendiendo no solo los requisitos epistemológicos que consagra el CGP sino también, desplaza el principio de necesidad de la prueba, pues la forma en la que el juez fundamenta su decisión es a través de su conocimiento privado dejando de lado la necesidad de conexión entre la prueba y el fundamento de sus decisiones como se refiere a continuación.

4.3. Conocimiento privado del juez y principio de necesidad de la prueba

El CGP consagra en su artículo 164 la necesidad de que, todas las decisiones sobre los hechos relacionadas con el objeto del litigio deben fundarse en las pruebas allegadas e incorporadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si este tiene facultades oficiosas (Devis Echandía, 1981, pág. 31). De ahí que, epistemológica y jurídicamente posea un aspecto esencial, establecer las conexiones entra la prueba y la justificación del conocimiento allegado, en tanto la prueba es el fundamento de las decisiones de los jueces (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 71). Este principio, consagra la prohibición que el funcionario pueda suplir dicho conocimiento con el personal o privado que tenga sobre ellos, toda vez que sería desconocer la contradicción y publicidad indiscutiblemente necesaria para la validez de todo medio probatorio y el derecho de defensa (Devis Echandía, 1981, pág. 31).

Si bien es cierto, que el juez usa sus conocimientos propios sobre las generalizaciones del conocimiento humano por medio de la integración de las máximas de la experiencia¹⁵ a su decisión (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 71), no hay que pasar por alto que esto procede, no porque el juez lo conozca privadamente, sino porque pertenece al conocimiento público, es decir, es de conocimiento general para el medio social y la cual, es conocida no solo por el juzgador sino también por las partes (Devis Echandía, 1981, pág. 32). Incluso, si es necesario acudir a dicho conocimiento privado, el juez necesariamente deberá decretar oficiosamente pruebas con el fin de acreditarlos, esto en congruencia con el principio de necesidad de la prueba y demás reglas probatorias, toda vez que al decretarse oficiosamente estas pruebas se garantiza no solo la iniciativa probatoria del juez sino también el ejercicio del derecho de defensa y contradicción de las partes (Devis Echandía, 1981, pág. 32).

Ahora bien, si se realiza un análisis frente al uso de los conocimientos científicos afianzados, concretamente frente al uso de literatura científica para valorar las pruebas allegadas al proceso, impone sobre el fallador la necesidad de realizar una investigación en todos los ámbitos del conocimiento para determinar cuáles son los presupuestos que rigen en materias científicas, que indudablemente se escapan del conocimiento de un hombre promedio en general. Por tanto, propender porque los jueces realicen estudios especializados para el caso, desconoce este principio, principalmente porque el fallo no se apoyará entonces en los medios probatorios allegados al proceso, sino en la búsqueda que de forma intuitiva adelanta el fallador, sin que existan elementos que acrediten su pertinencia o corrección.

Estas máximas, bien sean biológica, médica, física o química son completamente ajenas del conocimiento en general y más si se entiende que el área de la medicina es tan amplia, especializada y delicada, que no es lo mismo las capacidades técnicas y científicas de un profesional, por ejemplo, médico general a un médico especialista o incluso subespecialista, a pesar de que estos tienen conocimientos básicos en medicina: el ejercicio de una especialidad a otra hace que varíe no solo el conocimiento científico sino también su práctica clínica, ambas son distintas pues no poseen la misma pericia. Aunque esta literatura científica se encuentre disponible, como lo refiere la Corte en textos académicos, revistas indexadas, artículos especializados, simposios o memorias de conferencias y de fácil acceso para la población, esto

¹⁵ Estas entendidas como generalizaciones del conocimiento humano.

no significa que su contenido es de comprensión general, ni mucho menos se conoce si realmente refiere un conocimiento fundado y cuál es su validez que con pretensión científica son incorporados por el fallador para que sea aplicable o extrapolable de un caso a otro.

Frente a lo anterior, señala al respecto autores como Ruiz Jaramillo:

“Esta proscripción del conocimiento privado del juez también se fundamenta en el hecho de que el conocimiento no es un mero sistema de proposiciones lógicas al que puede accederse con independencia de los sujetos fuente” (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 72).

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, en sala de Casación Penal¹⁶ al referirse al principio de necesidad de la prueba ha señalado que,

“El conocimiento privado del juez o de los demás sujetos procesales no tiene efectos probatorios. El juez no puede ostentar simultáneamente con su labor juzgadora la calidad de testigo. La decisión judicial sólo puede pronunciarse sobre lo probado en el curso de la actuación. La evaluación de pruebas inexistentes vulnera este principio y constituye una irregularidad sustancial generadora de nulidad (artículo 457 inciso 1º). El falso juicio de existencia al valorar la prueba viola este principio y da lugar a casación (art. 181 numeral. 3º). Este principio está íntimamente ligado al de legalidad. Cumple con la necesidad, la prueba practicada legalmente o de manera regular, esto es, por el sujeto competente, cuando su objeto es pertinente, el procedimiento o rito de su aducción es el previsto en la ley y la valoración se produce libremente [...] (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. No. 29.221 de 2009).”

Finalmente se puede señalar que los principios de imparcialidad, limitan las actividades investigativa y probatoria del juez, de tal forma que le está vedado iniciar tareas propias de las

¹⁶ En esta revisión de la jurisprudencia más relevante, es necesario mencionar el salvamento de voto del magistrado Bustos Ramírez a la sentencia de once (11) de abril de 2012, en la cual se analizó la absolución de un médico cirujano por el delito de lesiones personales culposas. En esa decisión, según el magistrado que salvó el voto, la Corte sorprendió a la defensa al dejar de lado los precisos términos de la acusación, abandonar el contenido de la pericia científica y acudir a las manifestaciones de legos en la materia, con base en documentos de apariencia científica que no fueron materia de controversia durante la investigación o el juzgamiento. Como resultado de lo anterior, la Corporación afirmó que el yerro del galeno se presentó en el procedimiento quirúrgico y que dicho desacierto causó las lesiones en la paciente (Calderon & Jiménez, 2016, pág. 169).

Agrega que su mayor preocupación radica en que, a su modo de ver: “A partir de ahora va a generarse de manera equivocada, por ende, nociva para la funcionalidad del modelo de procesamiento penal, en el sentido que los jueces se hallan facultados por el ordenamiento para prescindir de la pericia científica y realizar sus propias averiguaciones sobre el estado de la ciencia de cuyo conocimiento ordinario carecen y, a partir de allí, supliendo a los doctos en la materia, expresar particulares criterios sobre un caso concreto, a la mejor manera de aquello que se ha convenido en denominar “el conocimiento privado de juez” [...] (Calderon & Jiménez, 2016, pág. 169).

Y, a renglón seguido, apunta: “Por ello llama la atención que en la decisión se afirme que el médico procesado ha debido realizar la cirugía de tal o cual modo, o aplicar determinados procedimientos, o recetar un específico medicamento porque así aparece en alguna literatura consultada a propósito de la decisión, sin posibilidad alguna de permitir la controversia de las partes, pues no puede olvidarse que aún en el caso del dictamen pericial, la ley les confiere la oportunidad de pedir aclaración o incluso de presentar objeción por error grave u ostensible [...]” (Calderon & Jiménez, 2016, pág. 170).

partes como las de investigar o procurar, por su propia iniciativa, elementos probatorios sobre el caso, a fin de obtener el conocimiento requerido para decidir (Cafferata Nudes, 2000, pág. 31). Por tanto, su conocimiento privado o de los demás sujetos procesales no puede tener efectos probatorios, toda vez que lo reprochable no es tenerlos sino, más bien, el de utilizarlo al momento de fundamentar sus fallos.

Así, se puede concluir que estas pesquisas se enmarcan en el ámbito del conocimiento privado del juez, y se impone indiscutiblemente de presente la falacia de *iudex peritus peritorum*, frente a que el juez no puede, *motu proprio*, integrar a su decisión el conocimiento personal que posea de carácter de experto cuando este conocimiento, incluso el científico, debe obtenerse con las garantías procesales e ingresarse al proceso con el testimonio del perito (Ruiz Jaramillo, 2017, pág. 72). De forma pues que esta literatura científica no puede incorporarse en el ámbito de la teoría de la sana crítica por su complejidad y especialidad, de incorporarse, el fallador estará desconociendo las pruebas allegadas al proceso y estará permitiendo el ingreso de *junk science* o “mala ciencia” al proceso, lo cual se procede a analizar.

4.4. Conocimientos científicos afianzados y científicidad de la prueba

4.4.1. Conocimientos científicos afianzados en la teoría de la sana crítica

La teoría de la sana crítica como criterio y método de valoración encuentra sus bases en los principios de la lógica y máximas de la experiencia (Benfeld Escobar, 2018, pág. 308), y por ello se analizará cómo la postura de la Corte en la que vincula las reglas de la sana crítica (los principios de la lógica y las máximas de la experiencia) con la posibilidad de usar la literatura médica como referente de conocimientos científicos afianzados para valorar la prueba pericial debidamente allegada al proceso, constituye un error conceptual que llevaría a varias consecuencias problemáticas desde el punto de vista de la adecuada valoración de la prueba y daría una licencia para que se haga uso de conocimiento privado.

Desde su origen la teoría de la sana crítica se vinculó a un conjunto de reglas específicas de buen juicio con el fin de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la dialéctica, la lógica, la experiencia, las ciencias y artes afines para alcanzar y establecer, suficientemente motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso (Barrios González, 2011, pág. 9-10). Los principios de la lógica (identidad, no contradicción y tercero excluido), son principios comunes, es decir, han de servir para todas las ciencias y por

tanto susceptibles de ser aplicados a cualquier actividad intelectual coherentemente estructurada (Benfeld Escobar, 2018, pág. 309). Las máximas de la experiencia, concepto desarrollado principalmente por Stein¹⁷, no es exclusivo del sistema de la sana crítica, toda vez que ha sido ampliamente desarrollado en el sistema continental de la libre valoración probatoria en la que se circunscriben en el conocimiento privado del juez (Barrios González, 2011, pág. 40). Estas máximas de la experiencia son denominadas como conocimientos generalizados, con base a determinada experiencia general de la vida y aceptación general y no de un conocimiento particular (Barrios González, 2011, pág. 40).

En lo que a los conocimientos científicos afianzados respecta, se destaca que lo que se define como ciencia es un conjunto heterogéneo de discursos (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 685) que difícilmente puede tenerse en cuenta como elemento integrador de la sana crítica como lo postula la Corte Suprema de Justicia, toda vez que esta, no puede comprender nociones altamente tecnificadas o especializadas. Sin duda, difícilmente pueden incorporarse al sentido común, la experiencia o la lógica y, por tanto, supone una reserva a expertos o profesionales en el campo respectivo. Así, por ejemplo, los saberes y métodos que los peritos despliegan cuando se les cita a participar en una audiencia en los procesos judiciales, resultan difíciles de comprender, y controvertir tanto para los jueces como para los abogados (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 674).

Generalmente el concepto de conocimientos científicos se atribuye a aquellos discursos que son formulados por un conjunto o comunidad de expertos que gozan de prestigio social y que se encuentran delimitados en algunas áreas del conocimiento (Bourdieu, 2003, pág. 19). El problema de la demarcación de aquello que se denomina ciencia es la delimitación del conjunto de discursos científicos, porque no es sencillo determinar qué discursos son “verdadera ciencia” en un momento y lugar determinado y, por tanto, se torna difusa (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 685) y aún más, teniendo en cuenta la velocidad de los avances científicos, tecnológicos y su complejidad.

Los científicos constantemente investigan fenómenos que, en muchas ocasiones resultan desconcertantes e inexplicables de acuerdo al sentido común y las máximas de la experiencia

¹⁷ Es importante precisar que el libro de Stein se inscribe en la tradición de la libre ponderación alemana, el cual sitúa las máximas de la experiencia como elemento integrador del conocimiento privado del juez, a diferencia, de los sistemas latinos, en los cuales las máximas de la experiencia integran el sistema de la sana crítica.

(Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 686) y cuyos resultados son denominados conocimientos científicos y, por ende, no todos los conocimientos que fueron adquiridos a través del método científico se encuentran afianzados. De modo tal que los conocimientos científicos para los legos en ciencia, son un conocimiento de *dicto* y *no de facto* (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 686), es decir, para acceder a este conocimiento solo es posible con la intermediación de un marco cultural y, por tanto, quienes no tienen el dominio del campo científico respectivo “recibimos el conocimiento científico a través de un conjunto difuso de patrones culturales, y por ello, por sí solos, tenemos poco (o ningún acceso), a las herramientas que permitirían cuestionar el conocimiento” (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 686).

Lo anterior solo denota que, a diferencia de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, propender porque los jueces hagan estudios especializados según el caso acudiendo a literatura especializada sobre la materia, indagando de forma intuitiva, sin que posea los conocimientos o elementos para establecer su pertinencia o corrección conlleva al uso irreflexivo de la misma que deriva el sistema de la sana crítica a un sistema de libre valoración¹⁸, principalmente, porque los jueces y abogados no están seguros sobre qué implica valorar la prueba con sujeción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 676).

Generalmente, las definiciones, teorías y conceptos asociados a los conocimientos científicos afianzados suponen una separación insoslayable, como es el caso de las lagunas de los conocimientos de los jueces y abogados respecto al discurso científico, que solo puede ser zanjados en mayor medida a través de expertos que permiten realizar un acercamiento frente al conocimiento altamente especializado o técnico (Coloma Correa & Agüero San Juan, 2014, pág. 677). Por tanto, son los expertos o peritos, testigos técnicos y pruebas periciales los medios por los cuales, se instruye al juez sobre las máximas de la experiencia en el caso concreto.

Respecto a lo anterior, es preciso tener en cuenta que los avances científicos en procedimientos e intervenciones médicas y su complejidad desborda el sistema de la sana crítica, es decir, la rapidez en los cambios conlleva que los conocimientos científicos afianzados resultan

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, exp N° 193-2017, pág. 103.

efímeros, y por tanto, solo los expertos en materia, por la complejidad de los saberes, están en condiciones de detectar las inconsistencias, fallos, y desusos prácticos y teóricos en la aplicación de procedimientos y en la transmisión de saberes en los casos concretos. Sin duda, permitir al juzgador realizar una indagación personal de la literatura técnica e incorporarla al proceso como medios científicos auxiliares, es decir, permitirle acudir al uso de fuentes de conocimiento que no son medios de prueba y por tanto, no admiten ninguna discusión por las partes, como lo resalta Stein¹⁹, supone con ello el reconocimiento de la máxima de que el juez puede aplicar conocimientos que no son adquiridos por la vía de la prueba procesal.

De manera que, lo anterior conlleva a plantear la cuestión de si por lo que respecta a la teoría de la sana crítica y las máximas de la experiencia, el juez está ligado, y en qué medida lo está, al resultado de la prueba procesal o si, también, en qué medida, puede aplicar el saber que ha adquirido de otra forma, esto es, su saber privado (Stein, 1999, pág. 89). Sobre lo anterior, el autor Boris Barrios González, plantea la problemática de concebir las máximas de la experiencia sobre el conocimiento privado del juez, y señala que:

“Concebir las máximas de la experiencia inmersas en el contexto del conocimiento privado del juez plantea un profundo problema para los sistemas procesales latinos seguidores del sistema de la sana crítica, cual es la verificación del valor general aproximado contenido en la máxima que pueda alegarse en la decisión judicial; pues siendo el sistema de la sana crítica un sistema que atiende a la lógica, el mismo reniega de la imposición de criterios, como pudiera ser la alegación o imposición de una máxima de experiencia y que el juzgador la eleve a la categoría de presunción sin permitir ni su contradicción ni su verificación, con ello se estaría negando, precisamente, la esencia de la sana crítica que se basa en el razonamiento lógico; y es que al ser la máxima de experiencia un valor general aproximado de la realidad, y no de un conocimiento particular, no puede imponerlo el juzgador so pretexto de un conocimiento privado sino con base a un conocimiento y aceptación general, pues el conocimiento general es lo que le da la legitimidad y fuerza de convicción a un máxima de experiencia para sustentar la explicación de un fenómeno o hecho de relevancia para la decisión judicial. (Barrios González, 2018, pág. 89)”

En conclusión, es importante distinguir sobre el conocimiento oficial del privado del juez y la importancia de incluir o no, el conocimiento científico afianzado dentro del marco de la sana crítica, toda vez que, en el momento de valorar la prueba pericial, solo es importante establecer el modo por el cual el juez ha adquirido su saber para realizar la valoración, esto es, que la máxima de la experiencia le haya sido suministrada por peritos a través de la prueba pericial y su contradicción u otros medios probatorios, o, por el contrario, la haya formado él mismo por su propia experiencia. Sin duda, siendo que en todo tratamiento médico deben observarse reglas de la medicina contemporánea y muchas veces de punta como obligación específica del médico

¹⁹ Barrios González, 2018, pág. 89.

tratante, el juzgador en primer lugar, debe determinar siempre tales normas y su violación mediante un perito experto en medicina (Prütting, 2017, pág. 5).

Así, no resulta suficiente la consulta y estudio de la literatura médica o de una simple investigación mediante el conocimiento disponible en bases de datos, toda vez que, ello no es una competencia propia del juzgador (Prütting, 2017, pág. 5). En este caso, siempre es necesaria la prueba pericial. Por tanto, no es posible aceptar que el juez además de tener la posición de juzgador se torne, además, como autoridad científica, determinando que los conocimientos científicos a los que acude cumplen con los parámetros necesarios de rigidez científica, priorizando así, de forma discrecional quiénes son la fuente de verdad sin permitir la contradicción de esta, mutándolos así en nuevas pruebas periciales para fundamentar la sentencia²⁰.

De lo anterior, se concluye que la prueba pericial como medio para allegar el conocimiento científico al proceso se distingue además del resto de los medios probatorios, principalmente por ser el medio por el cual se realiza la introducción en el proceso de las máximas de experiencia especializadas que no forman parte del saber común, general y medio, por lo que son necesarias para la adecuada valoración probatoria (Flores Prada, 2005, pág. 157). Así, aunque todos los jueces deben conocer y aplicar las máximas de la experiencia comunes, se presume en cambio que cualquier juez o magistrado desconoce las máximas de experiencia específicas y especializadas de la ciencia o práctica de contenido no jurídico (Flores Prada, 2005, pág. 157). De esta forma, refieren claramente autores como De La Oliva, frente a las máximas de la experiencia, aduciendo que será preciso hacer objeto de prueba a las máximas de la experiencia en la medida en que no formen o integren el acervo cultural general atribuible a cualquier juez o magistrado y resulten necesarias para resolver el objeto de litigio (De la Oliva Santos & Fernández López, 1991, pág. 290).

De darse cabida a la tesis reiterada en el pronunciamiento actual, el principio de necesidad de la prueba pasaría a segundo plano, porque el juez no requeriría de medios suasorios para resolver las controversias técnicas sometidas a su conocimiento, sino que bastaría que, de manera intuitiva, realizara indagaciones o investigaciones documentales con base en escritos

²⁰ Salvamento de voto del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación civil, Sentencia del 28 de junio de 2017, exp N° 193-2017.

que, según su leal saber y entender, tengan un adecuado nivel de científicidad y actualidad, desconociendo la necesidad de salvaguardar el ingreso de buena ciencia al proceso.

4.4.2. Cientificidad de la prueba: buena o mala ciencia

La introducción de la ciencia en el proceso como bien se ha reiterado en el presente trabajo, está regulada en el CGP a través de los medios de prueba, bien sea a través del testigo experto, la prueba pericial o incluso la historia clínica en su carácter de prueba documental, con el fin de obtener información fiable al momento de evaluar la conducta de los profesionales en salud en el área de la responsabilidad médica. Por ende, es importante estudiar la labor que ha desempeñado la Corte Suprema de Justicia para ingresar literatura científica al proceso, pues esta evidencia un retroceso frente a los avances que los sistemas jurídicos han realizado para regular introducción de *junk science* al proceso, al establecer de forma legal estándares de admisibilidad de las pruebas periciales.

Si bien es cierto que el juez no está ligado a la prueba pericial no puede constituirse el juez en un medio por el cual se puede ingresar el conocimiento denominado *junk science*, al pretender suplir la capacidad técnica y científica de los expertos. Se debe resaltar el otorgamiento al juez de una posición o facultad de la que en realidad carece, que sería la de ser experto de expertos, atendiendo solo al criterio de autoridad para seleccionar a mutuo propio la literatura científica que, a criterio del juez cumple con estándares de científicidad para ser introducida al escenario judicial, lo cual deriva en un completo desconocimiento de los avances que se han obtenido en la búsqueda de buena ciencia y sumerge el proceso judicial al uso de opiniones expertas fundadas en disciplinas de escaso rigor metodológico o científico (Duce J, 2017, pág. 234), en la que la literatura anglosajona agrupa estos casos bajo la noción de *junk science*. No puede desconocerse que una aplicación correcta de estas reglas obliga a que el juzgador fundamente su decisión solo bajo conocimientos científicos con una metodología correcta, por ejemplo, exige a los peritos fundamentar sus opiniones en hechos contrastados y publicados, y aportar toda la bibliografía relevante, así como la experiencia propia sobre la que basan su opinión.

Adicional a esto, se tiene que si bien la jurisprudencia de esta alta corporación ha señalado que es totalmente válido que los jueces puedan consultar literatura científica, esto es únicamente con fines hermenéuticos y que en ningún caso puede reemplazar el material probatorio debidamente recaudado en el proceso, es decir, podrá el juez acudir a literatura científica la cual ha sido ingresada por las partes o anexas por los peritos para evaluar el caso en concreto,

de ninguna manera le corresponde a este, ingresar los conocimientos científicos sobre los cuales se hará el respectivo análisis frente a la conducta del galeno y aún más, una literatura científica que no fue nunca sometida a contradicción y la cual se interpreta sin tener una formación académica en las ciencias de la salud. Si bien el término buena y mala ciencia ha sido usado para regular la prueba pericial no puede el juez desconocer la necesidad de seguir los lineamientos que se han establecido con el fin de garantizar la científicidad de la prueba, lo que llevaría a un fallo que acudiendo supuestamente a la científicidad de una literatura científica, estaría basándose en la pura autoridad del juez y desconociendo todos los presupuestos legales y científicos sobre el uso de la ciencia en el proceso, o en términos de Taruffo, cambiando buena ciencia por mala ciencia.

Conclusiones

El uso de la ciencia en el proceso judicial, caso preponderante es la responsabilidad civil médica, siempre ha estado presente, tanto es así, que los distintos sistemas jurídicos han aumentado su preocupación por controlar el ingreso de la ciencia al proceso con el fin de excluir del mismo la denominada *junk science*. Esto se ha enmarcado principalmente sobre la necesidad de establecer criterios de admisibilidad de la prueba pericial que contribuya a garantizar estándares mínimos de científicidad, por lo que recaen necesariamente sobre un estudio detallado del perito, método investigativo y sus conclusiones, lo que aseguran el carácter epistemológico de la prueba pericial.

Aunque la pericia ha sido el medio de prueba al que más recurren las partes para allegar el conocimiento científico al proceso, el aumento de demandas de responsabilidad civil a los profesionales en salud y centros hospitalarios ha traído consigo el aumento significativo de la ciencia al proceso. Por lo que se torna cada vez más difícil para el juez realizar una adecuada valoración de los medios de prueba relacionados con el conocimiento científico, como lo es la prueba pericial. Por lo que, la necesidad de obtener dichos conocimientos para fundamentar las decisiones judiciales ha generado un escenario de inestabilidad y falta de certeza sobre los referentes probatorios el ámbito de la responsabilidad médica, principalmente frente al debido proceso probatorio pues con la posición de la Corte Suprema de Justicia se desconocen los principios de legalidad y licitud de la prueba, el principio de necesidad de la prueba y, por consiguiente, el derecho de contradicción y de defensa de las partes.

Lo anterior, se debe a la posibilidad de que los jueces al acudir a conocimientos científicos afianzados, más concretamente a literatura científica obtenida en su labor de búsqueda personal para fundamentar sus fallos, dejen de lado la importancia que ha tenido la necesidad de asegurar que la ciencia que ingrese al proceso cumpla con estándares mínimos de científicidad por medio de los cuales el juez posee el convencimiento científico para arribar a su decisión final, objetivos que se garantizan mínimamente con el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 226 del CGP. Por tanto, incluir la posibilidad de utilizar el conocimiento científico afianzado indiscriminadamente por los jueces, sobrepasa el objetivo del sistema de valoración probatoria de la sana crítica y convierte al juez en un medio por el cual se podrá allegar *junk science* al proceso, y se desconocen principios procesales fundamentales.

Bibliografía

- Abel Lluch, X., & Picó i Junoy, J. (2009). *La prueba pericial*. Barcelona: BOSCH EDITOR .
- Acuña Gamba, E. J. (2015). la prueba pericial en el Código General del Proceso: Análisis de las consecuencias generadas por la emanación de la posibilidad de objetar el dictamen pericial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 165-184.
- Aguirrezabal Grünstein, M. (2012). Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *REvista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 335-351.
- Álvarez Gómez, M. A. (2017). *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Medios probatorios* (Vol. Volumen III). Bogotá: Temis.
- Aranda Camacho, C. A. (2013). MEDIOS DE PRUEBA DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO A LA LUZ DE LA LEY 1437 DE 2011. *REVISTA PRINCIPIA IURIS* , 265-279.
- Barrios González, B. (2018). *Teoría de la sana crítica: interpretación, valoración y argumentación de la prueba*. México: Ubijus Editorial.
- Benfeld Escobar, J. (2018). La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica. *Revista de Derecho*, 303-325.
- Bourdieu, P. (2003). *El oficio de científico. Ciencia de la ciencia y reflexibilidad*. Barcelona: Anagrama.
- Bueres, A. J., & Zaffaroni , E. R. (2014). *Responsabilidad Médica. Aspectos Civiles y Penales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Cafferata Nodas, J. I. (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.L.R.
- Calderon, J. S., & Jiménez, F. G. (2016). Juez y parte: Conocimiento privado del juez y su uso para fundamentar la decisión judicial. *Cuadernos de Derecho Penal* , 141-173.
- Camargo, P. P. (2010). *El debido proceso*. Bogotá: Leyer.
- Coloma Correa, R., & Agüero San Juan, C. (2014). Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de Derecho*, 673- 703.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.
- Cruz Tejada, H. (2014). *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- De Araujo Chaves, M. M. (2012). *El dictamen pericial: Criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil*. Burgos: Universidad de Burgos.

- De la Oliva Santos, A., & Fernández López, M. Á. (1991). *Derecho procesal civil*. España: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Devis Echandía, H. (1981). *Compendio de la prueba judicial* (Vol. 1). Rubinzal: Culzoni Editores.
- Duce J, M. (2017). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Revista Ius et Praxis*, 223 - 262.
- Fairen Guillen, V. (2006). *Teoría General de Derecho Procesal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Flores Prada, I. (2005). *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García García, L. F., & Vicuña de la Rosa, M. (2014). Elementos de la sana crítica en el proceso civil. *Justicia*, 44-57.
- Garciandía González, P. (1999). *La peritación como medio de prueba en el proceso civil Español*. Madrid: Pamplona.
- Gascon Abellan, M. F. (2012). *Prueba judicial: Valoración racional y motivación*. España: Universidad de Castilla La Mancha.
- Gómez Frúde, C. (2016). La prueba pericial médica: criterios para su emisión, admisión y valoración. *Revista CONAMED*, 21(2), 88-98.
- González Castillo, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 93-107.
- Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. (2016). *Derecho probatorio y la decisión judicial*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Hernández Galilea, J. M. (2017). La ciencia en el estrado: lenguaje, conocimientos científico-técnicos y función jurisdiccional. *ANUARIO DE FILOLOGIA. ESTUDIS DE LINGÜÍSTICA* , 97-124.
- Herrera Ramírez, F. J. (2008). *Manual de Responsabilidad Médica*. Bogotá: LEYER.
- Legis Editores S.A. (1998). *Régimen jurídico del ejercicio médico*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Lopez Blanco, H. F. (2019). *Código General del Proceso- Pruebas*. DUPRE Editores.
- Martínez Calcerrada, L. (1999). *La responsabilidad civil profesional* (2º edición ed.). Madrid: Colex.
- Martorelli, J. P. (2017). La prueba pericial. Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial. *Derechos en acción*, 130-139.
- Maturana Baeza, J. (2014). *Sana Crítica*. Santiago: Thomson Reuters.

- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., & Giannini, L. (2019). *Contra la carga de prueba*. Madrid, Marcial Pons.
- Parra Quijano, J. (1996). *Tratado de la prueba judicial* (Vol. Tomo V). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Peña Ayazo, J. I. (2008). *Prueba Judicial. Análisis y valoración*. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".
- Pizarro Wilson, C. (2018). *La Responsabilidad Médica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Prütting, H. (2017). El proceso civil por responsabilidad médica en el derecho alemán. *Revista de Proceso*, 329 - 340.
- Rojas Salgado, M. d. (2015). *Responsabilidad Civil Médica. La Valoración de la Prueba. La Causalidad en el Acto Médico*. Medellín: Librería Jurídica Sanchez R. LTDA.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2015). La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, 481-511.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2017). *El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el código general del proceso colombiano*. Tarragona.
- Soba Bracesco, I. (2014). La incursión en el conocimiento científico a través de la prueba pericial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Su impacto en la decisión judicial.*, 227-267.
- Solórzano Garavito, C. R. (2011). *La prueba pericial y su importancia dentro de los procesos por mala práctica médica*. Bogotá: Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE).
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez*. Santa Fé de Bogotá: TEMIS.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Tamayo Lombana, A. (1998). *Manual de Obligaciones- La Responsabilidad Civil*. Bogotá: TEMIS.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Toro Cortés, L. M., & Vásquez Lara, M. A. (2016). Impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud: el caso del centro de estudios en derecho y salud CENDES. *Revista CES Derecho*, 5-12.

- Toscano López, F. H. (2017). *La imparcialidad en materia probatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vásquez Rojas, M. d. (24 de 10 de 2014). *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Obtenido de Tesis Doctorals en Xarxa: <http://hdl.handle.net/10803/284763>
- Vásquez Rojas, M. d. (2014). Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *ELSEVIER*, 65-73.
- Vásquez Rojas, M. d. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Barcelona: Marcial Pond.
- Yespes Restrepo, S. (1996). *La responsabilidad civil médica* (4° edición ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014, Radicado 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804) (Mp. Stella Conto Díaz del Castillo).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-797 del 19 de septiembre 2006
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1270 del 20 de septiembre de 2000.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 05 de marzo de 1940. Gaceta Judicial XLX.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de abril de 1947. Gaceta Judicial LXII n°. 2046 - 2047
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 26 de noviembre de 1986. Gaceta Judicial CLXXXIV.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 27 de septiembre de 2002, exp. N° 6143.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de septiembre de 2011, exp N°. 11001-3103-018-1999-00533-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 01 de diciembre de 2011, exp 1999-00797-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2016, exp. N° 13925-2016.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, exp N° 193-2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2017, exp. N° 18982-2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. No. 29.221 de 2009.

Tribunal Superior de Cúcuta, Sala de decisión penal. Sentencia del 29 de junio de 2012, exp. N° 01494 de 2012.

Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de decisión civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2011, exp. N° 05001-31-03-007-2008-00264-01.

6 de mayo de 2020

Señores

COMITÉ DE TRABAJOS DE GRADO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Referencia: Evaluación del trabajo de grado “*Valoración de la prueba pericial en la responsabilidad civil médica*” presentado por Yesica Milena Alzate Arnera.

Cordial saludo,

En calidad de jurado del trabajo de grado de la referencia emito el concepto de APROBADO. Esto, por cuanto el trabajo desarrollado cumple con los requisitos establecidos por el Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

En primer lugar, es un texto bien logrado, en el que se realiza una contextualización de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad médica en particular, a partir de lo cual se identifica un problema de carácter probatorio que atañe a las decisiones judiciales que se profieren dentro de este campo del Derecho, el cual es, el uso de literatura científica que no ha ingresado al proceso por los cauces previstos en la Ley para el efecto, sino que es consultada de manera independiente por los jueces de la República al momento del fallo.

En el trabajo se aborda particularmente la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual legitima este tipo de prácticas al interior del proceso jurisdiccional. Situación que es criticada por la estudiante con fundamento en el derecho fundamental al debido proceso y en los riesgos que, desde el punto de vista epistemológico, supone concederle al juez la facultad de realizar valoraciones científicas por fuera de su ámbito de experticia.

Sin importar si se está de acuerdo o no con todos los argumentos que se desarrollan en el trabajo, es menester resaltar que el mismo da cuenta de un esfuerzo académico suficiente para informar de la discusión propuesta, está escrito de forma clara y coherente y respeta el sistema de fuentes, permitiendo con ello distinguir las ideas propias de las de terceros.

Cordialmente,



CS Escaneado con CamScanner

Juan Felipe Álvarez Arboleda
Profesor