

INFORME FINAL

VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN SENTENCIAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA, PROFERIDAS POR MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA – SALA CIVIL DURANTE LOS AÑOS 2006 AL 2010

JULIO CESAR CONTRERAS MORALES

GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Investigadores

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

COHORTE II

BARRANQUILLA

2018

INFORME FINAL

**VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN SENTENCIAS DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA, PROFERIDAS POR MAGISTRADOS DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA – SALA CIVIL DURANTE LOS
AÑOS 2006 AL 2010**

JULIO CESAR CONTRERAS MORALES

GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Investigadores

Asesora Temática

LILIANA DAMARIS PABÓN GIRALDO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
COHORTE II
BARRANQUILLA

2018

CONTENIDO

	Pág.
1. TITULO.....	9
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
2.1 Formulación del problema	13
3. MARCO TEÓRICO.....	14
INTRODUCCIÓN	14
CAPÍTULO 1. ACERCAMIENTO AL DICTAMEN PERICIAL Y A SU VALORACIÓN EN EL PROCESO CIVIL.....	21
3.1 DEL DICTAMEN PERICIAL	21
3.1.1 DEFINICIÓN DE DICTAMEN PERICIAL.....	21
3.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL DICTAMEN PERICIAL.....	28
3.1.3 MOMENTOS PROCESALES DE LA PRUEBA PERICIAL.....	31
3.1.4 ALGUNAS TEORÍAS ACERCA DEL DICTAMEN PERICIAL.....	32
3.2 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL	37
3.2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	37
3.2.1.1 Generalidades	39
3.2.2 SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL	46
3.2.3 INTIMA CONVICCIÓN	49
3.2.4 SANA CRÍTICA RACIONAL	52
3.3 VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL	58

CAPÍTULO 2. FORMA DE VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.....	68
3.4 RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	69
3.4.1 NOCIÓN DE OBLIGACIÓN.....	69
3.4.1.1 Elementos de la obligación.....	70
3.4.1.2 Obligaciones de medio.....	72
3.4.1.3 Obligaciones de resultado.....	73
3.4.2 CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA.....	74
3.4.2.1 Responsabilidad Ética.....	75
3.4.2.2 Responsabilidad Penal.....	76
3.4.2.3 Responsabilidad Civil.....	77
3.4.3 NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	78
3.4.4 FACTORES DETERMINANTES PARA ENDILGAR LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	82
3.4.5 CAUSALES DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA... ..	84
3.4.6 MEDIOS PROBATORIOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	85
3.4.6.1 Prueba Pericial.....	86
3.4.6.2 Prueba Documental.....	90
3.4.6.3 Testimonio Técnico.....	90
3.5 VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	91

CAPÍTULO 3. VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN LAS SENTENCIAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL DE BARRANQUILLA - SALA CIVIL DURANTE LOS AÑOS 2006 A 2010	98
4. OBJETIVOS	115
4.1 OBJETIVO GENERAL	115
4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	115
5. PROPÓSITO	116
6. HIPÓTESIS	117
7. METODOLOGÍA.....	118
7.1 TIPO DE ESTUDIO	118
7.2 POBLACIÓN	118
7.3 DISEÑO MUESTRAL	119
7.4 DISEÑO DEL PLAN DE DATOS	119
7.4.1 Gestión del Dato.....	119
7.4.2 Obtención del Dato.....	120
7.4.3 Recolección del Dato.....	121
7.4.4 Control de Sesgos:.....	122
7.5 PLAN DE ANÁLISIS DEL DATO	123
7.6 PROCESAMIENTO DEL DATO	125
8. RESULTADOS	127

9. CONCLUSIONES.....	136
10. RECOMENDACIONES	139
11. ÉTICA.....	142
BIBLIOGRAFÍA	143

LISTA DE GRÁFICOS

	Pág.
Gráfica 1. Motivo de la apelacion en casos de responsabilidad medica relacionado con el dictamen pericial	131
Gráfica 2. Argumentos del apelante	132
Gráfica 3. Sentencias de segunda instancia:	133
Gráfica 4. Valoracion del dictamen pericial	134

LISTA DE ANEXOS

- ANEXO 1. Protocolo de Capacitación
- ANEXO 2. Revisión Libro de Sentencias
- ANEXO 3. Revisión Preliminar de Expedientes
- ANEXO 4. Sentencias Objeto de Estudio
- ANEXO 5. Análisis de Jurisprudencia
- ANEXO 6. Ficha Bibliográfica Textual
- ANEXO 7. Análisis de Expedientes

1. TITULO

**VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN SENTENCIAS DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA, PROFERIDAS POR MAGISTRADOS DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA – SALA CIVIL DURANTE LOS
AÑOS 2006 AL 2010**

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los artículos 233 y 236 del Código de Procedimiento Civil, establecían la procedencia, características y trámite de la prueba pericial, que hacen de ella, una herramienta singular y de gran importancia para la labor del Juez, en cuanto a la búsqueda de la verdad procesal que le permita cumplir la función del Estado de **administrar justicia**.

De igual manera el Código General del Proceso¹ establece respecto de la prueba pericial, en primer lugar lo concerniente a su procedencia y hace alusión a que sobre un mismo hecho cada sujeto procesal solo debe presentar un dictamen pericial rendido por un perito con las declaraciones e informaciones que prevé esta normativa.

El dictamen pericial debe ser aportado en el momento procesal de aporte de pruebas, el cual puede ser controvertido. Vale la pena destacar que de oficio puede el juez decretar el dictamen pericial. De una u otra manera el juez valorará el mismo atendiendo a las reglas de la sana crítica.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional², en reiterada jurisprudencia, en donde ha establecido las características de la prueba pericial, resaltando que son conceptos sobre materias científicas, técnicas o artísticas emitidos por expertos, relevantes en el proceso pero sin contener en absoluto conclusiones sobre aspectos jurídicos pues su razón de ser es emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Igualmente debe ser imparcial³, previamente decretada dentro del proceso, y su

¹ Ley 1564 de 2012. Artículos 226 a 235.

² Corte Constitucional, T-417 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³ La sentencia T-1034 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto, dijo que “*el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados*”, de ahí que una decisión que se apoye en una prueba que no reúne ese requisito, vulnera el debido

contenido debe ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente; debiendo ser sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley⁴ y, en especial, a la contradicción por la contraparte⁵ (artículos 236 a 241) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria.

De ahí las expresiones de la doctrina tales como la del Dr. Jairo Parra Quijano, que en su obra *Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio*, afirma: “..... en el proceso debe investigar y descubrirse la verdad; y en consecuencia, se considera necesario permitir que el pensamiento del juzgador, en busca de ese fin, se abra paso y le cree necesidades cognoscitivas, para cuyo abastecimiento cuenta precisamente con la posibilidad de decretar pruebas de oficio.”⁶

Por lo anterior es que de la reiteración de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se infiere entonces, que la autoridad judicial que en un litigio sobre cosa o materia técnica y/o especializada desbordada del mero conocimiento jurídico, por ser asunto de carácter médico, financiero, actuarial, sanitario, científico, de ingeniería, informático, etc., falla en contrario de los anteriores

proceso. Sin embargo, dijo que para que proceda la tutela por vía de hecho por defecto fáctico, debe demostrarse que esa prueba fue determinante para la decisión.

(Aclaración: esta nota corresponde a la número 12 de la T-417 de 2008 de la cual se ha extractado la cita. El orden numérico cambia según las notas de pie de página del presente trabajo.)

⁴ En sentencia T-920 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se concluyó que uno de los requisitos para la validez del peritaje es que los peritos no excedan los límites del encargo, por lo que un error de ese tipo podría constituir una vía de hecho por defecto fáctico sólo si esa prueba ha sido fundamental en la decisión

⁵ La sentencia T-796 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, concluyó que una autoridad administrativa vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de una empresa particular porque omitió correr traslado de la respuesta que los peritos dieron a una solicitud de aclaración o complementación de un dictamen pericial en que se basó la liquidación de un contrato estatal. En el mismo sentido, la sentencia T-579 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, dijo que se presenta una vía de hecho por defecto fáctico cuando la autoridad judicial apoya su decisión en un dictamen pericial que no dio traslado a las partes para ejercer oportunamente su derecho de defensa.

(Aclaración: estas notas corresponden a las números 13 y 14 de la T-417 de 2008 de la cual se ha extractado la cita. El orden numérico cambia según las notas de pie de página del presente trabajo.)

⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá. Temis S.A. 2004. P.20

presupuestos legales, se convierte en un factor determinante de inseguridad jurídica, al dejar de lado la necesidad de valorar el dictamen pericial como lo establece el artículo 241 del C. de P. C., para dilucidar el conflicto demandado; pues la omisión de tal norma la han considerado las altas Cortes, como una violación al Debido Proceso⁷.

Esto, bajo la premisa de que el perito es un colaborador del Juez, es un Auxiliar de la Justicia. Lo anterior en virtud a que si bien el juez goza de un margen importante de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas porque eso hace parte de la autonomía e independencia judicial⁸, y de la facultad implícita a la función judicial de análisis integral de las pruebas dentro de la sana crítica⁹, esa discrecionalidad no puede confundirse con arbitrariedad ni con absoluta libertad en la apreciación judicial de la prueba, pues el juez no sólo está sometido a la Constitución y a la proscripción de la arbitrariedad en el Estado Social de Derecho, sino a las reglas legales que determinan pautas obligatorias para el juez en la apreciación probatoria, y ninguna de ellas le permite ser selectivo en las pruebas conducentes legal y oportunamente allegadas al proceso. Ello en el entendido que se comparte, acerca de que siendo el Perito un colaborador del juez en la comprobación o no de los hechos, el dictamen debe propender por tal comprobación y por eso –aún si las partes no hacen uso de su derecho-, el operador judicial en su actividad de valoración de las pruebas, debe requerir las aclaraciones y complementaciones que sean necesarias para agotar los conocimientos del perito en la ciencia respectiva, y de esa manera llegar a una sentencia absolutoria o condenatoria, porque se cumplió o no la ecuación: Hecho=Daño<=Nexo Causal= Responsabilidad.

⁷ Corte Constitucional, T- 466-99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; reiterada por la CSJ, S. Civil, Sent. T-1100122030002010000 3301, feb. 24/10, M. P. Edgardo Villamil.

⁸ Constitución Política de Colombia, Artículo 228.

⁹ Código de Procedimiento Civil, Artículo 187.

El resultado de esta investigación está a disposición de la comunidad jurídica del distrito judicial de Barranquilla, a través de la Biblioteca del Tribunal Superior, y la de la Universidad Simón Bolívar, además de la Universidad de Medellín a quien corresponde, por las propias circunstancias que evidenciaron la necesidad de realización del presente Trabajo.

2.1 Formulación del problema

Conforme a lo expuesto, este Informe Final dio respuesta a la siguiente **pregunta de investigación**: ¿Cómo se valora el dictamen pericial en sentencias de responsabilidad médica, proferidas por los magistrados del Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla – Sala Civil, durante los años 2006 al 2010?

3. MARCO TEÓRICO

INTRODUCCIÓN

Los artículos 29 de la Carta y 174 del anterior Código de Procedimiento Civil señalan que es nula de pleno derecho, la prueba recaudada con violación del debido proceso y que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas a él. En el mismo sentido, el artículo 178 del estatuto procesal civil establece que el juez debe rechazar *in limine* las pruebas prohibidas, las ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas. En consecuencia, aunque el juez es autónomo para valorar los medios probatorios aportados al proceso como instrumento para lograr la certeza judicial, esa actividad está limitada por el deber que se impone legal y constitucionalmente de apreciar razonablemente la prueba. El nuevo Código General del proceso reafirma estas posturas al retomarlas casi que literalmente en el Capítulo I de la Sección Tercera en sus artículos 164, 165, 166, 167, y 168.

Las normas y circunstancias precitadas cobran vigencia en el presente Marco Teórico por cuanto se tiene reconocido que el Dictamen Pericial –bajo la legislación vigente para el objeto de investigación-, es un medio de prueba que puede ser aportado por las partes, u ordenado y practicado dentro del proceso. En cualquiera de las dos circunstancias, lo realizará un Perito idóneo, siendo susceptible de objetarse o aceptarse bajo la aplicación de las normas que regulan su decreto, práctica y contradicción.

En cuanto a la regulación del dictamen pericial es importante recordar que el Estatuto Procesal Civil regula dos situaciones u oportunidades para solicitar y practicar la prueba pericial, a saber:

La primera, cuando una de las partes solicita el decreto de la prueba anticipada al proceso. El artículo 300, tal y como fue modificado por el artículo 28 de la Ley 794 de 2003, dispone que cualquiera de las partes puede pedir, ante el juez del lugar donde deba practicarse, el decreto de un dictamen de peritos, “*con o sin citación de la parte contraria*”. Por su parte, en el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil se puede leer que las pruebas anticipadas “*se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso*” y que las objeciones al dictamen pericial “*se tramitarán como incidente*”¹⁰. Por eso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en caso de que el dictamen anticipado sea practicado sin citación de la parte contraria, de todas maneras en el transcurso del proceso debe correrse traslado para que ejerza su derecho a la contradicción, puesto que “*para que sea eficaz en el proceso judicial donde se pretenda hacer valer, deba producirse siempre con citación y audiencia de la presunta contraparte*”¹¹. No puede ser otro el sentido de la norma legal si se analiza de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Carta que indica, sin excepción, que el requisito de validez de toda prueba es la efectividad del debido proceso y con éste del derecho de defensa. Respeto a este punto, el nuevo Código General del Proceso estipula en el Capítulo III de la Sección Tercera que la práctica de las pruebas extraprocesales “*se realizara con observancia de las reglas sobre citación y practicas establecidas en este código*”¹². Estas pruebas, dentro de las cuales se incluye el peritaje, pueden realizarse con o sin citación de la contraparte, “*salvo cuando versen sobre libros y papeles de comercio caso en el cual deberá ser previamente notificada la futura parte contraria.*”¹³.

¹⁰Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-830 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC-093 de 2006, M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

¹²Código General del Proceso, Artículo 183.

¹³Ibíd., Artículo 189.

La segunda, dentro del proceso, que es la manera más usual de practicar el dictamen pericial. Esta prueba puede originarse de oficio¹⁴, por mutuo acuerdo, o a petición de parte¹⁵. Así, la parte demandante puede solicitar el dictamen en la demanda¹⁶, en el escrito de reforma de la demanda¹⁷, y en el memorial que contesta las excepciones¹⁸. A su turno, la parte demandada puede solicitar la práctica de esta prueba en la contestación de la demanda¹⁹, y en el escrito que formula excepciones²⁰. En este sentido, también aplica el art. 116 de la Ley 1395 de 2010, referido a los requisitos que deberá observar el experticio aportado por cualquiera de las partes. El Código General del Proceso en el artículo 227 limitó la oportunidad que tiene la parte demandante. Respecto a este punto, el Código General del Proceso señala la posibilidad que tiene la parte demandante de solicitar la realización del dictamen pericial en la demanda²¹, en el escrito de reforma de la demanda²², y al momento de contestación de las excepciones surgieron variaciones. El Código General del Proceso restringe la práctica de pruebas en las excepciones²³, establece que el juez deberá abstenerse de decretar “*pruebas de toda clase*”²⁴, salvo “*cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario*”²⁵. En dicho caso, sólo se podrán practicar hasta dos testimonios.

¹⁴Código de Procedimiento Civil, Artículos 233, 179 y 361.

¹⁵Ibíd., Artículo 236, numeral 1. C.P.C.

¹⁶Ibíd., Artículo 75, numeral 10. C.P.C.

¹⁷Ibíd., Artículo 89, numeral 2. C.P.C.

¹⁸Ibíd., Artículo 99, numeral 3. C.P.C.

¹⁹Ibíd., Artículo 92, numeral 4. C.P.C.

²⁰Ibíd., Artículo 98. C.P.C.

²¹Código General del Proceso, Artículo 82, numeral 6.

²²Ibíd., Artículo 93, numeral 1. Código General del Proceso

²³Ibíd., Artículo 101. Código General del Proceso

²⁴Ibíd., Artículo 101 Código General del Proceso

²⁵Ibíd., Artículo 101. Código General del Proceso

Por otro lado, respecto a la parte demandada el Código General del Proceso establece que puede solicitar la práctica de las pruebas en la contestación de la demanda²⁶, y a su vez en el escrito que forma las excepciones²⁷.

En todo caso, el dictamen pericial debe someterse al procedimiento establecido en la ley para que la contraparte ejerza su derecho de defensa mediante la contradicción del mismo, la cual puede consistir en la objeción por error grave o en la solicitud de aclaración, complementación o adición, tal cual lo señala el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

En punto de la Objeción como un aspecto del derecho de contradicción de las partes frente al dictamen, valga anotar la modificación que introdujo la Ley 1395 de 2010 al artículo 432 del C. de P.C., en el sentido de establecer que el Dictamen no será objetable. No obstante, este cambio procedimental no aplica para el Objeto de la Investigación realizada, por cuanto según la ley precitada, entraría en vigencia con posterioridad a la investigación realizada, así: *“.....a partir de enero 01 de 2011, en forma gradual a medida que se dispongan de los recursos físicos necesarios, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, en un plazo máximo de 3 años.”*, y ya conforme lo concretó el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo No. PSAA15-10392 del 01 de octubre de 2015, comenzaría a regir en todo el territorio nacional a partir del próximo 01 de enero de 2016, como efectivamente sucedió.

Ahora bien, en caso que el Dictamen Pericial sometido a la contradicción de las partes, no fuera objetado, y su contenido sea pertinente y coherente con los hechos y pretensiones del litigio, se viola el debido proceso en sus facetas de defensa y contradicción, cuando el juez contrariando flagrantemente la legalidad, y

²⁶Ibíd., Artículo 96, numeral 4. Código General del Proceso

²⁷Ibíd., Artículo 101. Código General del Proceso

sin ninguna prueba que desestime el dictamen, omita la debida valoración y motivación al respecto, negando o concediendo las pretensiones respectivas.

De otro lado, con la dinámica del derecho, el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, distinto a la prueba pericial, que tiene como finalidad autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión. En efecto, por primera vez, el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, autorizó a las partes, de común acuerdo, a presentar informes técnicos que estaban destinados a dejar sin validez un dictamen pericial. Esa norma dispone lo siguiente:

En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo.

Según viene referenciado en la doctrina, en términos generales, *“la prueba pericial es determinante del resultado de un proceso. Pero se insiste, como se afirma anteriormente, que el Perito es un súbdito del juez y su misión es suministrarle una información que le permitirá llegar al convencimiento sobre el asunto, pero el Perito no puede reemplazar al juez en la valoración de la prueba.”*²⁸

De acuerdo con lo expuesto, y ante la ausencia de unidad de criterio judicial en cuanto a la necesidad del Dictamen Pericial, y a la existencia de vacíos en la valoración del mismo –cuando existe en el acervo probatorio del expediente-, el presente Informe Final del análisis normativo y doctrinal realizado, permite mostrar

²⁸PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. La prueba judicial. Tomo I. Bogotá. Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2004. P. 298

el impacto que la valoración del dictamen pericial tuvo en los procesos de responsabilidad médica revisados, al describirlo técnica y jurídicamente dentro del marco del Debido Proceso.

De tal manera, este Informe aporta a la comunidad jurídica una guía legal de la conducta que los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil deben observar, al tenor de las facultades y deberes que su condición le impone, frente a las partes y a terceros en general, en relación con la valoración del dictamen pericial, así como los argumentos que permitan actuar oportuna y eficientemente en todo el trámite de este medio de prueba, y frente a la sentencia respectiva, en caso que la valoración del mismo no se ajuste a los presupuestos legales.

En cuanto a la comunidad estudiantil, la investigación realizada ofrece un referente serio y considerablemente suficiente para explorar temas complementarios a esta parte sensible y determinante del proceso judicial, que culmina en una sentencia condenatoria o absolutoria.

Para dilucidar el tema del presente trabajo de investigación, fue imprescindible el estudio de tres aspectos fundamentales que se identificaron como: el Dictamen Pericial, los Sistemas de Valoración de las Pruebas y la Responsabilidad Civil Médica.

Sobre la definición de Dictamen Pericial, sus características, valoración e importancia dentro de la decisión judicial existen diversos teorizantes entre los que se destacan Devis Echandía, Jordi Fenoll, y Michelle Taruffo, quienes desde sus respectivas ópticas plantean la profundidad jurídica que la prueba pericial y su correspondiente valoración le infieren a la decisión del juez.

Conforme a lo expuesto, en este marco teórico, se abordó cada objetivo específico formulado, así: En el primer capítulo se esbozó sobre el dictamen pericial y su valoración, partiendo de la conceptualización del dictamen pericial, su caracterización, pasando por su ubicación en los momentos procesales, y llegando a su valoración. En el segundo capítulo se indicó sobre la forma de valorar el dictamen pericial en procesos de responsabilidad médica, efectuando un acercamiento a lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia; para finalizar en el capítulo 3 con los resultados contrastando esta teoría con lo desprendido del análisis de las sentencias de responsabilidad médica proferidas por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Barranquilla durante los años 2006 a 2010 frente a la valoración del dictamen pericial, mostrando los hallazgos encontrados, que finalmente permitió concluir la investigación dando respuesta a la pregunta problema formulada y con recomendaciones tanto para los jueces civiles del circuito, magistrados del Tribunal Superior del Distrito judicial de Barranquilla y abogados que litigan en esta área del Derecho.

CAPÍTULO 1

ACERCAMIENTO AL DICTAMEN PERICIAL Y A SU VALORACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Por medio de este capítulo se desarrolla el objetivo Nro. 1 de la investigación a través del cual se efectuó un acercamiento al dictamen pericial y a la valoración del mismo en el proceso civil, partiendo desde el concepto del dictamen pericial visto desde la norma, la doctrina y la jurisprudencia; seguidamente se abordaron los antecedentes históricos como también las características del dictamen pericial donde se hizo énfasis en la doctrina internacional, nacional, la norma y la jurisprudencia. De la misma manera se realizó un esbozo de teorías y naturaleza jurídica del dictamen pericial destacando lo planteado por expertos en la temática como los doctores: Devis Echandía, Michelle Taruffo, Jairo Parra Quijano, Diana Ramírez en cuanto a la doctrina se refiere, como también los pronunciamientos que ha tenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al respecto. Por último, lo atinente a la valoración de la prueba pericial en el proceso civil, iniciando con lo relacionado a la evolución histórica de los sistemas de valoración de la prueba, desde la norma y diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, enfatizando en el sistema de tarifa legal, la íntima convicción y la sana crítica racional.

3.1 DEL DICTAMEN PERICIAL

3.1.1 DEFINICIÓN DE DICTAMEN PERICIAL

Desde el punto de vista etimológico, puede definirse el dictamen pericial, como la verificación por parte de una persona idónea o capacitada, de hechos de interés que requieren para su determinación especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia.

Devis Echandía define la peritación como:

una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes²⁹.

En otros términos, la peritación es una actividad humana a través de la cual se verifican hechos y se determinan sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos³⁰. En sentido estricto la peritación es una actividad procesal por naturaleza porque ocurre siempre en un proceso o como medida procesal previa, con lo que se le distingue de las actividades similares extraprocesales que pueden ser denominadas hasta peritaciones, pero no en sentido jurídico³¹. No obstante resulta oportuno reservar la denominación de peritaje o peritación para el dictamen rendido en un proceso o en diligencia procesal previa, con el fin antes indicado.

Además Devis Echandía³² afirma que resulta indispensable que ocurra por encargo judicial, bien sea de juez instructor o de juez de primera instancia o del superior durante la segunda instancia e incluso, excepcionalmente en algunos países como medida para mejor proveer durante el trámite de la casación. A su vez la peritación es una actividad de personas especialmente calificadas *“por su experiencia o sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en relación con hechos también especiales, que requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos”*³³.

²⁹DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis. 6ª Edición, Bogotá, 2012. p. 277.

³⁰Ibíd., p 277.

³¹Ibíd., p 277.

³²Ibíd., p 278.

³³Ibíd., p 278.

El doctrinante español Xavier Abel Lluch³⁴ al conceptualizar la peritación considera necesario hacer una delimitación entre las nociones de prueba pericial, peritos, pericia, reconocimiento pericial, y dictamen pericial. La prueba pericial la define como aquella prueba utilizada cuando son necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de los que, en principio, el juez puede carecer. Ésta es en principio la denominación técnicamente correcta dado que la expresión legal de dictamen pericial debe reservarse para el medio a través del cual se aportan los conocimientos del perito. Por otro lado el perito es la fuente de la prueba, sujeto ajeno al proceso, poseedor de un conocimiento especializado y encargado, bien a instancia de parte, bien por designación judicial, de emitir un dictamen pericial. El perito tras un proceso de análisis y deducción emite una declaración técnica con la finalidad de auxiliar al juez. La pericia es la actividad desplegada por el perito para emitir el dictamen pericial; y el reconocimiento pericial consiste en la observación y apreciación de los hechos objeto de pericia por los peritos, que son los sujetos de la prueba pericial. El dictamen pericial es el informe en que se plasma la actividad del perito. Si el perito es la fuente de prueba, el dictamen pericial es el medio de prueba, a través del cual acceden al proceso sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

Otros autores como Florián³⁵ refieren a la peritación como una investigación o información de índole técnica, advirtiendo que el carácter técnico de una ciencia o de un arte es propio pero no exclusivo de la peritación. Carnelutti³⁶ concibe la peritación como un instrumento en cabeza del perito que ayuda a la percepción de hechos o para el conocimiento de la regla de experiencia que el juez ignora y para integrar su capacidad; y así mismo como un instrumento para la deducción cuando la aplicación de las reglas de la experiencia exigen cierta aptitud o preparación técnica que el juez no tiene, por lo menos para que se haga con

³⁴ABEL LLUCH, Xabier. Derecho Probatorio. Bosch Editor. España, 2012. p. 653-656

³⁵Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p 278.

³⁶Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p 278.

seguridad y sin esfuerzo anormal. Para Florián, en ambos casos el perito no es una fuente de prueba sino un medio de integración de la actividad del juez.

Por otro lado Mario Aguirre Godoy³⁷ refiere a la peritación como función de comprobar hechos y establecer sus causas y efectos, además de su apreciación. Esta línea es seguida por Louis Mallart³⁸ quien considera la peritación como una medida de información confiada a técnicos para poner de presente cuestiones de hecho, de orden técnico, mediante un dictamen motivado.

Otros autores como Italo Virota, Isidoro Eisner y Giuseppe Franchi³⁹ ven en la peritación una manera de auxiliar al juez suministrándole conocimientos técnicos o reglas de la experiencia, para la mejor apreciación de los hechos lo que conduce a negarle el carácter de medio de prueba.

Ahora bien, dentro del marco procedimental civil Colombiano se habla indistintamente de Prueba Pericial, Peritación, o Dictamen Pericial, y se le define como la verificación de hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos⁴⁰.

Pero en cuanto a derecho, no siempre fue así. El Dictamen Pericial tiene su historia, sociológica y jurídicamente decantada; en cuanto a lo jurídico se expondrá muy brevemente –a manera de ilustración- los iniciales antecedentes históricos que nos expone el investigador Ibáñez Máximo en su artículo LA PRUEBA PERICIAL: La pericia documentológica en el Proceso Judicial Penal:

³⁷Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p 279.

³⁸Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p 280.

³⁹Citados por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p 280.

⁴⁰Código de Procedimiento Civil Colombiano. Artículo 233.

Antecedentes históricos del peritaje⁴¹. En el Derecho griego antiguo no aparecen antecedentes del peritaje. En el derecho romano surge como medio de lograr la convicción del Juez, y consecuentemente como una prueba, cuando se suprime el procedimiento *in iure*, en el cual, al elegirse a un experto para conocer del pleito, resultaba inútil y exótico recurrir al auxilio de un perito. Por el contrario, en el procedimiento judicial propiamente dicho, o procedimiento *in iudicio, extra ordinem*, el peritaje es admitido y empleado, adquiriendo mayor relevancia.

En lo que respecta a la evolución de los medios de prueba; pueden distinguirse, a grandes rasgos, dos momentos netamente definidos: el primero, se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable (Por ejemplo: el juicio de Dios y las Ordalías). Los tribunales se limitaban a manifestarlo. El segundo, implica el deber de los jueces de formar por sí mismo, el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual.

Devis Echandía⁴² complementa lo anterior al señalar que en el Imperio Romano no fue practicada la peritación judicial por ser incompatible con las costumbres que imperaron en materia de prueba judicial durante la fase étnica y religiosa. La peritación reaparece en la baja Edad Media con el derecho canónico que civilizó las prácticas judiciales en prácticas italianas. En principio fue para establecer la causa de la muerte y el cuerpo del delito como especie de estudio, luego en el derecho común como una especie de testimonio, y más tarde, se le reconoció la verdadera función y naturaleza propia con la generalización de su uso. El derecho canónico reconocía la peritación paralelo al testimonio sin diferenciar ambas como medio apto para probar ciertos hechos como la virginidad de la mujer, la impotencia del hombre y la inspección de las heridas.

La peritación se generalizó en los códigos civiles y penales europeos de los siglos XIX y XX. Y en América Latina siempre ha sido consagrado como un medio de prueba en los códigos de procedimientos civiles y penales.

⁴¹IBAÑEZ, Máximo R.D. La Prueba Pericial: La pericia documentológica en el Proceso Judicial Penal. www.unne.edu.ar/web/cyt/2002/01-sociales/s-035.pdf

⁴²DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p 280-281.

Volviendo al aspecto jurídico que interesa, el Código de Procedimiento Civil Colombiano establece en sus artículos 233 al 243 la definición y demás aspectos relativos a la esencia y existencia del Dictamen Pericial, en virtud de los cuales se puede colegir lo siguiente:

Se entiende por Dictamen Pericial el concepto rendido por un experto en el tema que corresponda, una vez ha examinado personalmente las personas o cosas objeto del dictamen y asimismo en cuanto a los experimentos e investigaciones que considere necesarios, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad.

El dictamen puede ser judicial o extrajudicial, y contendrá, además del concepto que debe ser claro, preciso y detallado, la manifestación expresa de los soportes en que se sustenta, tales como las explicaciones de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones, y la información útil que haya sido recibida de las partes o de terceros.

Una vez presentado al proceso, el dictamen es puesto a consideración de las partes, para que tanto ellas como el juez soliciten al perito las aclaraciones complementaciones, u objeciones que estimen convenientes, o en su defecto para que lo acepten. En caso de ser objetado, solo es procedente tramitar la objeción cuando ésta se sustente en error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubiere llegado el perito o porque el error se haya originado en éstas. Este error debe ser precisado por el objetante, aportando o solicitando las pruebas conducentes para demostrarlo. El dictamen practicado dentro del proceso como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare. Con todo, el juez podrá decretar de oficio uno nuevo con distinto perito, que será inobjetable, pero del que también se dará traslado para que las partes puedan pedir que se

complemente o aclare. En este aspecto es fundamental tomar en cuenta lo ya regulado por la Ley 1395 de 2010 para los procesos verbales y lo establecido en el Código General del Proceso – ley 1564 de 2012, a manera de referente entre lo que antes era y lo que ahora no es, bajo el entendido que en el período que abarca la presente investigación, aun no estaban vigentes estas leyes.

La labor del perito es retribuida mediante asignación de honorarios que hace el juez de acuerdo con la tarifa oficial, a cargo de la parte que haya solicitado el dictamen, y en caso de oficiosidad, se indicará lo que de ellos deba pagar cada parte. En el caso de que se requieran expertos de conocimientos muy especializados, el juez podrá señalarles los honorarios sin limitación alguna, teniendo en cuenta su prestancia y las demás circunstancias del caso.

Además de los Peritos que conforman la lista de auxiliares de la Justicia, también podrán rendir Informes y Dictámenes sobre hechos que interesen al proceso, las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y las que tengan el carácter de consultoras del gobierno. Los informes son inobjetables, pero se podrá pedir su complementación y aclaración. En cuanto a los dictámenes deberá surtirse la contradicción, de tal suerte que siendo el primer experticio rendido dentro del proceso, es susceptible de objeción por error grave. Esta posibilidad fue modificada por el Código General del Proceso contenido en la Ley 1564 de 2012 cuya entrada en vigencia en todo el territorio nacional se dio el 1 de enero de 2016 conforme a lo determinado por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo No. PSAA15-10392 del 01 de octubre de 2015.

3.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL DICTAMEN PERICIAL

La doctrina española⁴³ resalta como características del dictamen pericial que:

1. El perito como ser ajeno a las partes y al proceso.
2. El perito debe tener unos conocimientos técnicos especializados en la materia objeto de debate judicial.
3. El perito debe informar sobre las cuestiones que le pregunten.

En la doctrina colombiana el dictamen pericial es caracterizado de la siguiente forma⁴⁴:

- a. Es una actividad humana: la pericia es una actividad que lleva una intervención transitoria en el proceso de personas que deben realizar ciertos actos para rendir posteriormente un dictamen;
- b. Es una actividad procesal: debe ocurrir en el curso de un proceso o en diligencias procesales previas o posteriores y complementarias;
- c. Es una actividad de personas especialmente calificadas en razón de su técnica, su ciencia, sus conocimientos de arte: experiencia en materias que no son conocidas por el común de las gentes;
- d. Exige un encargo judicial previo: no se concibe la peritación espontánea, en lo cual se diferencia del testimonio y de la confesión;
- e. Debe versar sobre hechos: la peritación no es sobre cuestiones jurídicas, ni sobre exposiciones abstractas que no incidan en la verificación, la valoración o la interpretación de los hechos del proceso;
- f. Esos hechos deben ser especiales: ello en razón a sus condiciones técnicas, artísticas o científicas, cuya verificación, valoración o

⁴³HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPOLLO, Carlos., SÁNCHEZ LEÓN, Miguel., BOROBIA FERNÁNDEZ, César, PEREA PÉREZ, Bernardo., REQUERO IBÁÑEZ, José, y ALÍAS MARTÍN, Pilar. La prueba pericial médica. La Ley grupo WoltersKluwer. Madrid, 2008. p. 30.

⁴⁴DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. p 293-294.

interpretación o sea posible con los conocimientos ordinarios de personas medianamente cultas y de jueces cuya preparación es fundamentalmente jurídica;

- g. Es una declaración de ciencia: el perito expone lo que sabe por percepción y por deducción o inducción, de los hechos sobre los cuales versa su dictamen, sin pretender ningún efecto jurídico concreto con su exposición;
- h. Esa declaración contiene una operación valorativa: es esencialmente un concepto o dictamen técnico, artístico o científico de lo que el perito deduce sobre la existencia, las características y la apreciación del hecho, o sobre sus causas y sus efectos, y no una siempre narración de sus percepciones;
- i. Es un medio de prueba.

Según la Corte Constitucional⁴⁵ el Dictamen Pericial se caracteriza por:

.....i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quién lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un concepto especializado imparcial⁴⁶, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que debe ser un tercero ajeno a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º); v) el dictamen pericial debe ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y

⁴⁵CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-417-2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁶La sentencia T-1034 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto, dijo que “*el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados*”, de ahí que una decisión que se apoye en una prueba que no reúne ese requisito, vulnera el debido proceso. Sin embargo, dijo que para que proceda la tutela por vía de hecho por defecto fáctico, debe demostrarse que esa prueba fue determinante para la decisión.

suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley⁴⁷ y, en especial, a la contradicción por la contraparte⁴⁸ (artículos 236 a 241).

Se tiene entonces que según la ley procesal civil y la doctrina constitucional, el dictamen pericial se distingue por:

- Ser un concepto rendido por un experto, que además de reunir calidades de idoneidad profesional y dominio del tema, tiene las mismas causales de recusación e impedimentos del juez.
- Ese experto debe estar inscrito como perito en el tema, en la lista de Auxiliares de la Justicia, a menos que sea una entidad o dependencia oficial que disponga de personal especializado, o que sea consultora del gobierno. Excepcionalmente el Juez puede nombrar como perito a un experto que no sea Auxiliar de la Justicia, cuando en la lista existente no haya nadie inscrito para el área requerida, y dicho experto sea un profesional reconocido.
- Contener conceptos claros, precisos y detallados. Es decir, que sus conclusiones deben ser coherentes con los soportes y experimentos explicados, y con el cuestionario sometido a consideración del experto.
- Ser susceptible de ser aclarado, complementado u objetado. Esta última conforme a lo indicado en el C.P.C. con la salvedad de la entrada en vigencia del C.G.P. en donde esta figura se ve limitada a algunos procesos.

⁴⁷En sentencia T-920 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se concluyó que uno de los requisitos para la validez del peritaje es que los peritos no excedan los límites del encargo, por lo que un error de ese tipo podría constituir una vía de hecho por defecto fáctico sólo si esa prueba ha sido fundamental en la decisión

⁴⁸La sentencia T-796 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, concluyó que una autoridad administrativa vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de una empresa particular porque omitió correr traslado de la respuesta que los peritos dieron a una solicitud de aclaración o complementación de un dictamen pericial en que se basó la liquidación de un contrato estatal. En el mismo sentido, la sentencia T-579 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, dijo que se presenta una vía de hecho por defecto fáctico cuando la autoridad judicial apoya su decisión en un dictamen pericial que no dio traslado a las partes para ejercer oportunamente su derecho de defensa.

3.1.3 MOMENTOS PROCESALES DE LA PRUEBA PERICIAL

La prueba o dictamen pericial debe surtirse cumpliendo las siguientes etapas o pasos procedimentales:

- a) Solicitud y/o presentación: Cuando la parte la pide, o la aporta (perito particular o extra proceso) con su escrito de demanda, contestación o pronunciamiento a las excepciones de fondo.
 - a.1) Cuando es aportada por las partes, se debe tener en cuenta que al correrse traslado de la demanda o de su contestación, también se le está dando traslado al dictamen pericial, sin perjuicio del traslado que de él se haga en el Auto que decreta las pruebas.
- b) Decreto: Auto que ordena las pruebas solicitadas por las partes, y las oficiosas.
- c) Posesión del Perito: En el tiempo que transcurre entre la designación del Perito y su posesión, las partes pueden solicitar que el dictamen se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó.
- d) Práctica de la pericia: en esta etapa el juez, las partes y los apoderados podrán hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes y presenciar los exámenes y experimentos, pero no intervenir en ellos ni en las conclusiones que vaya haciendo el perito.
- e) Presentación: Una vez concluida la realización de la experticia, y dentro del término legal o su prorrogación, el perito presentará el dictamen al interior del proceso.

- f) Contradicción: Entregado el dictamen por el perito, es puesto en conocimiento de las partes, para que ejerzan su derecho a contradecirlo (objectarlo), o a solicitar su aclaración y complementación.
- g) Valoración y calificación: Una vez cumplida la etapa de alegatos, y antes de dictar sentencia, el juez valora el dictamen al igual que el resto del acervo probatorio, tal y como se ampliará en el Capítulo siguiente.

3.1.4 ALGUNAS TEORÍAS ACERCA DEL DICTAMEN PERICIAL.

Se ha dado la discusión doctrinal de si el dictamen es una prueba, o si simplemente es una información que auxilia al juez en su ignorancia temática⁴⁹, cuando el conflicto involucra elementos científicos, técnicos o artísticos.

El maestro Devis Echandía, a quien siguen reconocidos doctrinantes de nuestros tiempos, tanto locales como extranjeros, plantea en relación con la Prueba Judicial la teoría del convencimiento independiente de la verdad; al respecto dice:

La verdad es una noción ontológica objetiva y el conocimiento que creemos tener de ella, es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos, no se habría cumplido ese fin a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquella ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad.⁵⁰

⁴⁹ ROJAS QUIÑONES, Sergio. La prueba como aspecto de necesaria consideración para hacer de la oralidad una realidad material en el proceso civil. Ponencia ganadora XI Concurso Internacional de Semilleros de Investigación en Derecho Procesal del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena de Indias, Colombia, 8 al 10 de septiembre de 2010.

⁵⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, La prueba judicial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2004. P. 41, 107

Y específicamente sobre el dictamen, afirma que consiste en una

...actividad de personas especialmente calificadas por su experiencia o conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en relación con hechos también especiales, que requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos, o, simplemente, para su apreciación e interpretación...⁵¹

Por otro lado, es de resaltar al maestro Michelle Taruffo quien en relación con la definición de Dictamen Pericial, señala que la prueba pericial es la que surge del dictamen de los peritos, quienes son personas llamadas a informar ante el juez o tribunal, por razón de sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario tal dictamen científico, técnico o práctico sobre hechos litigiosos.⁵² Y sobre los peritos señala que son personas versadas en una ciencia, arte u oficio, utilizados por el juez para que lo ilustren en el esclarecimiento de un hecho que requiere de conocimientos especializados más allá de lo jurídico.

En relación con su utilidad, dice que es un elemento usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa.⁵³ Sin embargo ha sentado una posición absolutamente crítica a los cambios procedimentales introducidos por algunas legislaciones, empezando por la de los E.E.U.U., en cuanto a la facultad que se le ha dado a las partes de llevar sus peritazgos al proceso, realizados por peritos contratados por el interesado; pues ello convierte al perito en "*pistolero a sueldo, dispuesto a servir a la parte que lo convoca*"⁵⁴

En relación con la prueba pericial y el proceso al que sirve, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado:

⁵¹DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Temis. Bogotá. 2002. P. 278.

⁵² LORENZANA, Joel. Ensayo Libro La Prueba de los Hechos, Autor Michele Taruffo. www.academia.edu/6299872/

ENSAYO_L_APRUEBA_DE_LOS_HECHOS_DE_MICHELE_TARUFFO.

⁵³TARUFFO, Michele (2008) *La prueba*. Madrid, Marcial Pons, p. 15.

⁵⁴Ibid., p.90.

Las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquellos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aduce. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presente, según se desprende de los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivo. Por esta razón, la inspección, el peritazgo deberán practicarse nuevamente en otro proceso”. (Cfr. Sentencias de fechas 25 de mayo de 2000, 01 de noviembre de 2001, exp. 13224, entre otros.)⁵⁵

En cuanto a la naturaleza jurídica del Dictamen, la Corte Constitucional en la T-417 de 2008⁵⁶ expresó:

11. Aunque la doctrina⁵⁷ discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “prueba pericial” como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez. (Subraya es propia).

Respecto a la naturaleza del dictamen judicial el doctrinante Hernando Devis Echandía⁵⁸, al igual que Carlos Hernández *et al*⁵⁹ retoman el debate en torno al carácter de prueba o no del dictamen pericial.

⁵⁵ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. Ob. Cit; p. 107

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-417/08. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. “El juez está obligado a ordenar oficiosamente el dictamen pericial, cuando las pruebas aportadas por las partes referidas al mismo asunto, sean contradictorias. Prima la prueba judicial, sobre la sumaria que aporten las partes, practicadas extra-proceso.”

⁵⁷ En relación con la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la peritación, puede verse un resumen completo en Teoría General de la Prueba Judicial. Devis Echandía, Hernando. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 2002. Páginas 301 y siguientes.

⁵⁸ DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p 301-312.

⁵⁹ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, Carlos., SÁNCHEZ LEÓN, Miguel, BOROBIÁ FERNÁNDEZ, César, PEREA PÉREZ, Bernardo., REQUERO IBÁÑEZ, José, y ALÍAS MARTÍN, Pilar. La prueba pericial médica. La Ley grupo WoltersKluwer. Madrid, 2008. p.30.

Un sector doctrinal sostiene que el perito es un auxiliar del juez. Esta postura centra la función del perito en el auxilio a la función jurisdiccional, apartándola de la influencia de las partes, y configura el dictamen pericial como la aportación al proceso de conocimientos técnicos especializados que facilitan el juicio del juez. Otro sector doctrinal considera que la prueba pericial es un medio de prueba pericial. Ello en la medida que con su actividad se busca la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales, puesto que se llevan al proceso los conocimientos especializados del perito con la finalidad de determinar o fijar formalmente los hechos controvertidos que precisan ser conocidos o apreciados⁶⁰.

El Dr. Jairo Parra Quijano señala respecto a la cuestión:

- a. Es una prueba personal.
- b. Es una declaración de carácter técnico, científico o artístico.
- c. Hay autores que sostienen que el perito ocupa una posición intermedia entre el testigo y el juez, ya que muchas veces los conceptos emitidos sirven para fallar e proceso. No compartimos este parecer, entre otras cosas porque probatorio, el dictamen de los peritos; distinto es que llegue a la conclusión de que el dictamen es bueno, como cuando concluye que determinados testigos están diciendo la verdad, y con base en sus declaraciones profiere el fallo, o cuando basado en documentos que los convencen sobre la verdad de determinado negocio, produce el fallo.
- d. Es una prueba histórica⁶¹.

El maestro Devis Echandía asume una posición a favor de su consideración como medio de prueba. Precisa que se debe partir de una concepción de los medios de prueba como todo aquello que tiene como función la verificación de la verdad. El perito tiene como función verificar la verdad que el juez no conoce. Además, la colaboración del perito en cuanto prepara la decisión del juez, y no es extraña a la prueba, por lo que a la peritación le son aplicables las normas sobre los medios de prueba, cuando la ley no disponga otra cosa, y que contribuye a formar la

⁶⁰ABEL LLUCH, Xavier. Ob. cit. p. 656-658.

⁶¹PARRA Quijano, Jairo. Ob. cit. p. 628.

convicción del juez. La colaboración es necesaria y no puede ser sustituida por la ciencia personal del juez o sus conocimientos técnicos. Además que exige el contradictorio y que es indispensable el control de las partes sobre el dictamen y la califica de declaración técnica jurada, lo cual sirve para llegar a la conclusión contraria de que se trata de una actividad probatoria⁶². En síntesis, la peritación debe ser considerada como un medio de prueba y al perito como el órgano o auxiliar que la aporta por el encargo del juez.

En el escenario actual, donde la globalización del derecho ha admitido la aplicación del ordenamiento jurídico como un sistema complejo, que incluye una fortalecida discrecionalidad del juez, toda decisión judicial en relación con los supuestos fácticos, los fundamentos legales o la prueba, es selectiva. De tal manera, el principio judicial *iuranovit curia* debe entenderse como la obligación que tiene el operador judicial de obtener los conocimientos que sean necesarios para tomar una decisión.

Al respecto anota la Dra. Diana Ramírez Carvajal que la importancia de darle una re significación a la regla del *iuranovit curia*, en el derecho contemporáneo, parte de la que la “confirmación de los hechos” se realiza mediante múltiples cadenas de inferencias interconectadas e interdependientes. Es plausible sostener que hay una relación inescindible entre lo factico, la prueba y el ordenamiento jurídico, en la pretensión de parte.⁶³

Sobre el dictamen, la Dra. Ramírez señala:

La prueba pericial es un medio procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. La labor pericial se valora como medio de prueba, porque los peritos

⁶²DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 307.

⁶³RAMIREZ Carvajal, Diana. La Prueba de Oficio. Ed. Externado de Colombia, Bogotá. Mayo 2009 p 155, 156.

no son auxiliares de juez para tomar la decisión; tal como lo hace un testigo, aportan un cierto nivel de conocimiento, si se quiere cualificado.⁶⁴

De todo lo anterior entonces, queda claro y entendido que el dictamen Pericial es un medio de prueba y no un mero instrumento de apoyo, que aporta al juez conocimientos científicos y/o especializados de los cuales aquel carece, y que son necesarios para decidir el asunto sometido a su consideración. Pero para que adquiera tal calidad, debe cumplir con determinados requisitos que lo caracterizan, tales como la idoneidad del perito, la imparcialidad, la claridad, precisión, y detalle de sus conclusiones, entre otros.

3.2 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

3.2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Para el profesor Gustavo Humberto Rodríguez el sistema de evaluación de las pruebas ha recorrido el camino transitado en la evolución del Derecho probatorio⁶⁵. Siguiendo a Gorphe, alude a las cinco fases por las que ha pasado en su evolución: la étnica, la religiosa, la legal, la sentimental, y la científica o actual.

En la fase étnica, propia de las sociedades primitivas, el delito flagrante era la forma típica del procedimiento. En la misma línea, el sistema de evaluación era primitivo y se caracterizaba por una calificación que seguía las leyes y reglas *delgens*⁶⁶. La Fase religiosa por su parte se caracterizó por los llamados juicios de

⁶⁴RAMIREZ CARVAJAL, Diana. Ob. Citada. Pág. 193.

⁶⁵RODRÍGUEZ, Gustavo. Derecho Probatorio Colombiano. Ediciones de Cultura Contemporánea, Ltda. Bogotá, 1976. Pág. 70.

⁶⁶Ibíd., p. 70.

Dios, y en los cuales el sistema estaba sustentado en la ley mágica que imponía la interpretación del hecho juzgado⁶⁷.

La tercera fase, la ley determinaba el procedimiento, los medios de prueba y aun el valor de éstos. El legislador fungía como calificador y el juez como mecánico aplicador de esos valores señalados *a priori*. En esta fase, la confesión como medio probatorio adquirió importancia, en medio de la vigencia de la influencia religiosa. En esta fase el sistema era legal, según el cual la norma positiva determinaba *a priori* el medio probatorio y su apreciación, inclusive de los indicios y las presunciones, y teniendo en cuenta su cantidad, no su calidad, y las categorías jerárquicas de las clases sociales⁶⁸. La cuarta fase denominada sentimental surgió de la Revolución Francesa. En virtud de la exaltación del hombre, de la razón humana, el íntimo convencimiento, sin pautas ni reglas, se determinaba la calificación de las pruebas. Surgen las pruebas morales, vinculado a un sistema moral del cual desprende la institución juradal, exaltadora de la soberanía popular⁶⁹. Por último, la fase científica o actual, en la que la prueba y su evaluación se han regulado por el raciocinio del juzgador limitado y guiado por los principios y enseñanzas de las ciencias, de la técnica, de la lógica y de la experiencia humana. A partir de esta fase se empieza a considerar al juzgador como un intérprete de los hechos, caracterizados por ser complejos y dinámicos, atados por relaciones de causalidad, y que como consecuencia la labor interpretativa no podría ser arbitraria, intuitiva, sino por el contrario, auxiliada por las leyes científicas del mundo síquico, físico, lógico, y sociológico. El sistema de valoración que surge es racional o de sana crítica, que impone la aplicación científica y lógica a la interpretación probatoria⁷⁰.

⁶⁷Ibíd., p. 70-71.

⁶⁸Ibíd., p. 70-71.

⁶⁹Ibíd., p. 70-71.

⁷⁰Ibíd., p. 70-71.

3.2.1.1 Generalidades

Dada la larga y amplia discusión sobre si el Dictamen Pericial es un medio probatorio o apenas un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, y llegada a la conclusión –al menos en Colombia- que se trata de una prueba calificada, el sistema de valoración adecuado también se ha discutido a lo largo y ancho del Derecho Comparado. De esa discusión se ha aceptado generalmente la existencia de tres (3) sistemas de valoración utilizados, conocidos bajo las siguientes denominaciones:

- Prueba tasada o tarifa legal.
- Íntima convicción.
- Sana crítica racional o libre convicción.

Teniendo en cuenta la vigencia del sistema de enjuiciamiento dispositivo o acusatorio, que es aquel en que dos partes en igualdad de condiciones y derechos discuten ante un tercero imparcial, que tendrá que decidir quién de los dos tiene la razón, se entiende la discusión acerca de cuál debe ser el sistema de valoración probatoria más adecuado, en razón al carácter científico que tiene el Dictamen Pericial, pues por su naturaleza solo es necesario en conflictos de tipo especializado, científico o artístico que escapan al conocimiento del Derecho. De allí que para tomar una decisión judicial acertada, el juzgador puede encontrarse en la necesidad de emplear nociones que van más allá del conocimiento de un hombre promedio.

Se observa entonces, como diversas legislaciones caracterizadas por distintos principios jurídicos, le conceden al juez la facultad de buscar de manera oficiosa en las reglas de la experiencia común, herramientas e información que le permitan la mayor claridad y entendimiento de los hechos de la demanda, y las pruebas que los soportan, para determinar la procedibilidad de las pretensiones, dependiendo

que se subsuman o no en el marco jurídico invocado. No obstante el reconocimiento al poder oficioso del juez, existe una limitación a la utilización que este pueda hacer de las reglas de la experiencia. En el sistema legal del Common Law, en donde se aplica el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, esta limitación se da de manera natural por la pertenencia de las nociones al patrimonio de la experiencia común, y por la posibilidad de su control sin tener que acudir a conocimientos especializados. De otro lado, en el Civil Law donde predomina el sistema dispositivo o acusatorio, la limitación proviene de la ley y se observa en los distintos Códigos Procesales, que coinciden en ordenar la procedibilidad de un dictamen pericial en aquellos litigios cuyo objeto sea especializado, científico o artístico, de tal grado que escape al conocimiento común y especialmente, a la ciencia jurídica. Sobre este sistema, señala Hugo Alsina, *“...las partes no sólo son las dueñas de la acción, a la que pueden dar vida y extinción, sino que también fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso según que denuncien o no el incumplimiento por la parte contraria de una carga procesal...”*.

Antes de continuar se hace necesario delimitar conceptualmente la valoración de la prueba. El doctrinante Jordi Fenoll, siguiendo al Profesor Serra Domínguez concibe la valoración de la prueba como *“el examen crítico de los medios de prueba, siempre con máximas de experiencia, impuestas por la ley o deducidas por el juez”*⁷¹. En otros términos el juzgador no deberá quedarse indiferente frente a las pruebas al momento de juzgar. Por el contrario deberá utilizar su raciocinio para sacar conclusiones sobre lo que ha escuchado o visto. El proceso de llegar a esas conclusiones sería la valoración de la prueba.

Fenoll en su intento de delimitación conceptual alude a su vez a imprecisiones a las que llegan muchos autores al definir la valoración de la prueba. En particular

⁷¹FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Editorial Marcial Pons, 1ª Edición. Madrid. 2010. Pág. 28.

centra su atención en la relación existente entre la valoración, interpretación y apreciación⁷². La conclusión a la cual llega el doctrinante Fenoll es que no tiene sentido distinguir entre interpretación y valoración, o entre apreciación y valoración, toda vez que siempre que se valora se interpreta a su vez, o se aprecia a su vez. No es posible hacerlo diferente ya que en realidad lo que ocurre es que se percibe y la percepción es necesariamente crítica. Así Fenoll opta por definir la valoración de la prueba como “*la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria*”⁷³.

Valga puntualizar sobre un hecho ampliamente argumentado en la Doctrina relativa al tema probatorio y sobre el cual coincide el doctrinante Jordi Fenoll en su obra *La Valoración de la Prueba*, cuando citando a Vid. C. Onecha Santamaria, manifiesta que la valoración de la prueba puede comenzar incluso antes de la práctica del medio de prueba.⁷⁴

Argumenta esta posición que el juez al momento de decretar la prueba verifica su pertinencia realizando un juicio de valor sobre la utilidad de dicha prueba. Esto es coherente en la legislación procesal colombiana, al tenor de los artículos 175 y 178 del C. de P.C., que determina la facultad del juez de rechazar de plano la solicitud de pruebas ineficaces o manifiestamente superfluas e impertinentes, pues aquellas deben ceñirse al asunto materia del proceso, y ser útiles para la formación del convencimiento del juez. Esta posición es retomada por el Código General del Proceso⁷⁵.

De tal manera, en cuanto a la valoración de las pruebas es el juez el protagonista único, pues solo él tiene la facultad de asignar un valor a los medios probatorios que han sido aportados por los sujetos procesales, y así poder llegar a decidir la

⁷²Ibíd., p. 33.

⁷³Ibíd., p. 34.

⁷⁴Ibíd., p. 29.

⁷⁵Código General del Proceso, Artículo 168.

litis en uno o en otro sentido, a favor o en contra de las pretensiones, total o parcialmente. La expresión de protagonista único se considera en relación con el rol de las partes en las oportunidades procesales para aportar y solicitar pruebas, que comparten con el juez en su facultad discrecional de ordenar o no pruebas de oficio, su complementación o aclaración.

La relación humana de la valoración judicial de las pruebas es desarrollada por el maestro Gustavo Rodríguez⁷⁶ al concebir la evaluación como un acto social. Según éste, la calificación probatoria y la decisión adoptada por el juez deben aspirar a tener carácter social, en virtud del cual el resultado calificador en vez de ser resultado de la expresión de una creencia subjetiva del juez, es producto de una evaluación bajo criterios de homogeneidad que posibiliten la misma consideración en cabeza de otro ciudadano desinteresado y razonable⁷⁷. Esta posición también es sustentada por Framarino Dei Malatesta⁷⁸ quien refiere a la peritación como un hecho con carácter social indispensable para que la justicia sea útil a la sociedad no limitándose a la certeza individual del juez.

Sobre la función del juez en esta etapa del proceso –la probatoria- los sistemas legales conocidos coinciden con la afirmación de Taruffo: *“.....los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que venga presentada en juicio como científica; deben ponerse en el problema de verificar la validez y certeza de la información que pretende tener dignidad científica, y que está destinada a constituir la base de la decisión de fondo sobre los hechos.”*⁷⁹

Respecto de la científicidad de la prueba, se destaca la postura del precitado Taruffo, que encuentra necesario subrayar que no existen reglas específicas

⁷⁶RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 76.

⁷⁷Ibíd., p. 76.

⁷⁸Citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. p 279.

⁷⁹TARUFFO, Michele. Nuevas Tendencias sobre Derecho Procesal Constitucional y Legal. Ed. Universidad de Medellín. Medellín 2005. Pág. 20.

atinentes a la valoración de la prueba científica, debido a que tales no se constituyen en pruebas distintas a las ordinarias, pues en últimas tienen el fin de confirmar la veracidad de un enunciado de hecho⁸⁰.

Ahora bien, sobre la definición del acto de la valoración de la prueba, se observa que -casi de manera universal en el mundo jurídico globalizado- se acepta la postura de Devis Echandía, quien explica que éste consiste en una operación mental que realiza el juez con el objeto de conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.

A la misma conclusión referida a la búsqueda de la verdad llega Fenoll cuando señala:

Sin embargo, la finalidad de la valoración probatoria, aisladamente considerada, no puede ser otra que el acercamiento, en la medida de lo posible, a la verdad de los hechos, porque lo contrario sería asumir que el proceso puede convertirse en un elegante mecanismo para falsear la realidad, o bien que la falseamos y nos quedamos tan tranquilos porque si resolvemos un conflicto, eso sería lo más importante. Nada más lejos de la realidad. Eso no puede ser así ni jurídica, ni social, ni moralmente ni desde ningún punto de vista⁸¹

Sobre la clasificación de los sistemas de valoración generalmente aceptados, señalada en párrafo precedente, autores como el Dr. Devis Echandía,⁸² entre otros, muestran su desacuerdo con esta clasificación, por considerar que la “íntima

⁸⁰Ibíd., Pág. 23

⁸¹FENOLL, Jordi. Ob. Citada. Pág. 24.

⁸² Según Hernando Devis Echandía, valoración de la prueba es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o de distinta clase, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso, o sobre los simplemente afirmados.

De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprenda su estudio crítico en conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente.

convicción” y la sana crítica racional” conforman un solo sistema denominado "de libre apreciación", el cual se opone al llamado “tarifa legal o apreciación tasada”.

Pero quienes sostienen la clasificación tripartita establecen claramente que existe diferencia entre la “íntima convicción” y la “sana crítica racional”, consistente en que aquel se refiere al resultado obtenido en la apreciación de la prueba, mientras que este último lo caracteriza es el método utilizado para realizar la apreciación.

La doctrina ha optado por establecer unos criterios considerados como orientadores de la valoración judicial⁸³. Antes de exponerlos, el doctrinante español Xavier Abel Lluch alude a principios inspiradores de toda la valoración judicial del dictamen pericial. El primero es la antigua máxima *peritus peritorum* en virtud de la cual los jueces no están obligados a seguir el dictamen pericial y por cuyo motivo podían aceptarlo o rechazarlo. Y en segundo lugar, como consecuencia del anterior, el juez deberá valorar críticamente el dictamen pericial.

Aterrizando luego en los criterios orientadores de la valoración judicial de la prueba pericial, Abel Lluch los clasifica en: criterios personales, criterios relativos al objeto del dictamen, criterios relativos a las operaciones periciales, criterios relativos a la emisión y al contenido del dictamen, criterios relativos a la contradicción del dictamen, y por último criterios derivados de principios del derecho probatorio.

Los criterios personales, son inherentes a la persona del perito y a su relación con las partes, determinan su competencia profesional y su imparcialidad propiciando así una mayor calidad del dictamen pericial. Dentro de los criterios lo comprenden

⁸³ABEL LLUCH, Xabier. Derecho Probatorio. Bosch Editor. España, 2012. p. 727-741.

se encuentran: la cualificación del perito; la vinculación del perito con las partes; y la concurrencia de algún motivo de tacha en el perito⁸⁴.

Los criterios relativos al objeto del dictamen son derivados de la clase de encargo que asume el perito y del análisis de los llamados aspectos no técnicos del dictamen: la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen pericial, y la correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen. Esta categoría la conforman los siguientes criterios: la clase de dictamen pericial (se distingue entre el peritaje científicamente objetivo y el peritaje de opinión. El primero trata de verificar un hecho y se han identificado con el peritaje en los que la actividad pericial es esencialmente verificadora de los hechos afirmados por una de las partes. En el segundo se trata de apreciar o valorar un hecho o alguna circunstancia del hecho y se ha equiparado con el peritaje deduciente, en los que la actividad pericial puede consistir en reconstruir hechos del pasado o proyectarlos al futuro)⁸⁵; la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen; y por último, la correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen pericial⁸⁶.

Los criterios relativos a las operaciones periciales son extraídos de las partes, del método empleado por el perito, de las condiciones del reconocimiento, y de la práctica conjunta con otras pruebas que inciden en la fase de inspección, extracción de muestras o la realización de análisis para el estudio y preparación del dictamen pericial. Esta categoría la comprenden los siguientes criterios: la intervención de las partes en las operaciones periciales; el método empleado por el perito; las condiciones del reconocimiento; y la práctica conjunta de la prueba con otras pruebas⁸⁷.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 728-730.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 731.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 731-733.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 733-734.

Por otro lado se encuentran los criterios relativos a la emisión y al contenido del dictamen. Estos comprenden aspectos formales o externos como la fecha de la emisión o la emisión de más de un dictamen pericial, y aspectos que integran el llamado análisis técnico del dictamen, y a su vez relativos a la solidez de las conclusiones. Entre los criterios comprendidos en esta categoría se encuentran: la proximidad de los hechos; la concurrencia de varios dictámenes periciales (también denominado principio de la pluralidad coincidente); el carácter detallado y la solidez de las conclusiones del dictamen; la conclusividad del dictamen; y la revisión de las máximas de experiencia técnica empleadas por el perito⁸⁸.

En la lista siguen los criterios relativos a la contradicción del dictamen los cuales derivan de la intervención del perito en el acto de la visita o del juicio. Aquí se encuentran: la ratificación o rectificación del perito; la posibilidad de careo entre peritos; y la ampliación de extremos de la prueba pericial⁸⁹. Y por último se encuentran los criterios derivados de principios del Derecho probatorio y de la doctrina, estos criterios son: la valoración conjunta de los criterios orientadores; el principio de la apreciación conjunta de la prueba; y la proscripción de la arbitrariedad judicial⁹⁰.

Retomando el debate en torno a los sistemas de valoración, se limitará el presente análisis a los sistemas precitados, considerados tradicionales, a continuación se exponen las características y las corrientes de pensamiento más sobresalientes, relativos a cada uno de ellos, encontradas en esta investigación.

3.2.2 SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL

También llamada de la prueba tasada o de la prueba legal, o apreciación tasada, tuvo destacada importancia en el derecho germánico y consiste en que el valor de

⁸⁸Ibíd., p. 735-737.

⁸⁹Ibíd., p. 737-739.

⁹⁰Ibíd., p. 739-741.

la prueba está predeterminado en la ley; es ésta la que le señala por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado elemento probatorio; por lo tanto, el juzgador se encuentra obligado a valorar las pruebas de acuerdo a los extremos o pautas predeterminadas por el legislador en la norma jurídica. De esta manera, en este sistema de valoración el legislador estaría sustituyendo al juez quitándole a este último total protagonismo al momento de sentenciar.

Tiene sus antecedentes entre la agonía del medioevo y el surgimiento de nuevas formas de relaciones sociales y económicas. Se daba la expansión del derecho canónico, en cual tenía la intención de excluir el arbitrio de los juzgadores y de asegurar el triunfo de la verdad real, le dictaba al juez reglas para dirigir su juicio respecto del valor de las pruebas. Éste es el antecedente del actual sistema tarifario, según el cual la ley media cuantitativamente el valor de cada prueba, para que el juez la aplique. En realidad el juzgador era el legislador, supuesto coherente con los inicios del Estado-nación⁹¹. Vishinski⁹² por su parte vincula el surgimiento del sistema tarifario a un adelanto en el derecho procesal, teniendo en cuenta que en principio restringía la desenfrenada arbitrariedad y el poder ilimitado, en vigor hasta entonces, de diferentes grupos y de personas influyentes.

Puede así observarse, que este sistema impide al juez hacer uso de sus facultades de razonamiento, tornando su función en un acto automatizado, pues no le permite la elaboración de un criterio propio. Le reconoce autoridad, pero igual registra las limitaciones que en un momento dado pueda tener el Juez para acceder a la certeza o a algún grado representativo de la misma para solucionar la Litis. Tal y como precisa Taruffo, citado por Xavier Abel Lluch,⁹³ la prueba legal consiste *“en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba.*

⁹¹RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 71-72.

⁹²Citado por RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 72.

⁹³SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. LiberAmicorum. Editorial Atelier. Artículo de LLUCH, Xavier. Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Pág. 71-91.

En los sistemas de enjuiciamiento que aplican esta forma de valoración de la prueba, cuando el juez lo estima necesario podrá disponer de oficio que se practique otra pericia, o se perfeccione o amplíe la anterior, por el mismo perito u otro de su elección. Esta facultad podría entenderse como una autorización tácita del Legislador al Juez, para que valore anticipadamente el dictamen calificándolo al mismo como "insuficiente" desde que solicita su ampliación; o como "ineficaz" desde el momento en el que requiere una nueva pericia o el perfeccionamiento de la misma y a su vez estaría poniendo en tela de juicio la idoneidad del experto, puesto que la norma no obliga a motivar suficientemente el decreto oficioso precitado.⁹⁴ Es de esta forma como el doctrinante Gustavo Rodríguez considera el surgimiento del sistema tarifario bajo la influencia escolástica en la cual se hacía en sentencia un silogismo donde la ley era la premisa mayor, el caso juzgado la menor y el fallo la conclusión⁹⁵.

El doctrinante colombiano Jairo Parra Quijano⁹⁶ señala como ventajas del sistema de la tarifa legal:

- a. Que le permite a las partes saber de antemano, cuál es el valor que se le debe dar a las pruebas que se aportan o que se practican en el proceso.*
- b. Que habrá uniformidad en las decisiones judiciales.*
- c. Evita que el juez por cuestiones personales favorezca a alguna de las partes, ya que, basándose en el valor preestablecido por el legislador, no habrá lugar a subjetividades.*
- d. Que suple la ignorancia y falta de experiencia de los jueces, ya que las normas redactadas por el legislador son hechas por personas doctas en el derecho⁹⁷.*

Respecto a las desventajas, Parra Quijano⁹⁸ señala que son dos: la primera que relega la función del juez sobre todo en las pruebas personales, ya que al

⁹⁴Código de Procedimiento Civil, Art. 180 y 240.

⁹⁵RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 73.

⁹⁶PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda., 14ª Edición. Bogotá, 2004

⁹⁷ Ibíd., p. 229.

⁹⁸ Ibíd., p. 230.

prestablecerse su valor, se desvirtúa, prácticamente, la función del proceso; y la segunda, este sistema posibilita el acomodo del juez negligente ya que no exige una posición activa del mismo (la tarifa legal termina por mecanizar y domesticar al juez).

La evolución del Derecho Procesal registra la coincidente superación de esta forma de valoración de la prueba, en distintos países. De hecho su desuso se hace más evidente en cuanto al Dictamen Pericial.

3.2.3 INTIMA CONVICCIÓN

Constituye la antítesis del sistema anterior, en cuanto éste implica la apreciación según el parecer del intérprete y el otorgamiento de facultades discrecionales al juzgador, quien aprecia la prueba libremente, sin estar atado a criterios legalmente preestablecidos.

Es propio de los jurados populares; el juez para obtener su íntima convicción, se vale de los sentimientos, de las intuiciones, de las impresiones, o de otros estados emocionales, de sus conocimientos personales; además de los razonamientos lógicos y de la experiencia. Varias son las críticas que se le han efectuado a este sistema, entre la de afectar la forma republicana de gobierno, al permitir dictar un pronunciamiento sin expresar su motivación, cercenando de esta manera las facultades de contralor de las resoluciones jurisdiccionales. Se mantiene en los países donde se practica el juicio por jurados populares, como por ejemplo E.E.U.U.

En relación a ello el maestro Gustavo Rodríguez afirma que su surgimiento determinó que el juzgador no debía ser el legislador, sino el pueblo mismo como desarrollo de las teorías humanizadas de soberanía que surgieron luego de la Revolución Francesa. No obstante existía al mismo tiempo la convicción en los

poderes absolutos y suficientes de la razón, por consiguiente la verdad jurídica contenida en el fallo debería tener origen en la conciencia de los juzgadores, en su conocimiento empírico y subjetivo, sin estar obligados a dar cuenta de los raciocinios y fundamentos que los guiaban a decisión⁹⁹.

Según Clariá Olmedo¹⁰⁰, con este sistema "se da predominio al sentimiento sobre la razón, mejor aún, la intuición sobre la ciencia y la técnica" y agrega, "no se excluye la posibilidad de una crítica racional. Pero ésta, en realidad, queda sofocada en el fuero íntimo del juzgador ya que, le impide que se exprese fuera del recinto de las deliberaciones: prohibición de fundamentar el veredicto".

En este sistema la ley se despreocupa de los elementos de la convicción, y basta con que el juzgador se declare íntimamente convencido de su razón. Resulta suficiente "la convicción moral, el conocimiento intuitivo, la ciencia interior, la alegada aptitud innata para conocer la verdad, distinguir de la falsedad. Hay pues, un regreso a la subjetividad"¹⁰¹.

El doctrinante Jairo Parra Quijano¹⁰² plantea como ventajas del sistema de la libre convicción las siguientes tres: en primera medida, la crítica razonada de las pruebas la debe hacer el juez, lo que significa que no se trata de consagrar la arbitrariedad sino de obligarlo al empleo de las reglas de la experiencia, de la lógica, de la historia, de la sicología, de la sociología, de la imaginación para que en cada proceso se administre justicia con más acierto; en segunda medida el juez debe explicar los razonamientos que hace sobre la prueba; y por último, en el marco del procedimiento penal militar, el presidente del consejo de guerra puede

⁹⁹RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 73.

¹⁰⁰Corte Nacional de justicia de Ecuador en su Resolución 050-2013 dictada el 27 de febrero de 2013, página 7

¹⁰¹RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 73-74.

¹⁰²PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit. p. 230-232.

declarar contraevidente el veredicto del jurado, cuando no hay respaldo en las pruebas recaudadas.

Asimismo, coinciden doctrinantes de varios países al concluir que este sistema se halla ampliamente influenciado por la deducción o modelo silogístico del juicio del hecho, en el cual la máxima experiencia representa la premisa mayor. En ese sentido, la doctrina moderna al estudiar la estructura del propio juicio en términos de probabilidad lógica, presenta estas dos posibles consecuencias: a) o se excluye la posibilidad misma de un control puramente lógico del juicio de hecho, afirmando que el control se traduce necesariamente en una renovación del juicio; b) o bien se recurre a procedimientos lógicos más aceptables, partiendo de la premisa de que la racionalidad del convencimiento del juzgador sobre el hecho está determinada por el valor de probabilidad en que se funda la inferencia probatoria.¹⁰³

En el mismo sentido, alcanza cierto consenso en el Derecho Comparado, la tesis de Taruffo acerca de que la pretendida “íntima convicción” es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba, del cual el propio juez debe desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica, más que dejarse envolver emocionalmente por él. Por un lado se encuentra el peligro de que el juez use en la interpretación del comportamiento del testigo criterios psicológicos sin fundamento extraídos de un sentido común que, en realidad, está lleno de errores y de prejuicios: el juez que actúa como psicólogo sin una adecuada formación específica, y que usa la psicología barata de los seminarios populares, corre el riesgo de cometer errores burdos y sustanciales.¹⁰⁴

¹⁰³ Publicación del Poder Judicial de Michoacán del debate sobre Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador, colgada en <http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero7/cientificidad.htm>

¹⁰⁴TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Pág. 82 y 83. Publicación Jurídica Discusiones de la Editorial de la Universidad Nacional del Sur. ISSN 1515-7326. No. 3 – 2003.

3.2.4 SANA CRÍTICA RACIONAL

Esta fórmula, envuelve un sistema lógico de valoración de prueba, ocupando un lugar intermedio entre los sistemas expuestos precedentemente. Se referencia su primera inclusión conocida en una normatividad legal, señalándola en la legislación española del siglo pasado, y especialmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la que en su art. 317 expresamente lo consagraba.

En él, el juez valora la prueba sin sujeción a criterios legalmente establecidos, pero, a diferencia del anterior, sin la interferencia de factores emocionales, debiendo fundamentar su decisión.

La reglas de la sana critica son aquéllas que nos conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y la lógica, vale decir, el criterio racional puesto en ejercicio, ya que en la estructura esencial del fallo, deben respetarse los principios fundamentales del ordenamiento lógico, las leyes de la coherencia y la derivación; las reglas empíricas de la experiencia, el sentido común y la psicología, todos ellos considerados como instrumentos del intelecto humano que permiten la aproximación a la certeza.

Respecto a la psicología, entendida como la ciencia del alma, el elemento interior que preside la vida humana, desde los actos más simples a los más sublimes, manifestada en hechos de conocimiento, sentimiento y voluntad, juega un papel muy importante y de la cual el Juez no puede apartarse en la valoración de la prueba. De la misma manera ocurre con la experiencia, es decir, con las enseñanzas que se adquieren con el uso, la práctica o sólo con el vivir, y que se encuentran en cualquier persona de nivel cultural medio, integrando el sentido común. Así pues, Gustavo Rodríguez¹⁰⁵ considera que este sistema viene de los

¹⁰⁵RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 74.

adelantos de la psicología, propiamente de la psicología experimental, junto con un auge cada vez más creciente de todas las ciencias y las técnicas.

La sana crítica es una aplicación de las técnicas experimentales al campo jurídico, al proceso judicial, y a la calificación probatoria. Como consecuencia el proceso judicial gira sobre hombres, conductas humanas, y circunstancias caracterizado por el sentido relativo de las cosas y por sus relaciones de causalidad.

Por ello, según Fenoll:

...decir que el juez utiliza máximas de experiencia para valorar la prueba es decir lo obvio: que el juez piensa durante la prueba. Es expresar algo absolutamente evidente de una manera algo más científica, al menos terminológicamente hablando, pero no nos ayuda prácticamente en absoluto ni para estudiar la actividad de valoración, ni siquiera para que el juez valore de forma correcta, porque no se le da ninguna guía o pauta a seguir con ello, sino que se deja que utilice libremente su sentido común y lo ponga de acuerdo con su sentido de la Justicia, y poco más.¹⁰⁶

Efectivamente, las reglas de la sana crítica no se encuentran definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Analizados los principios de la lógica queda un amplio margen de principios provenientes de las "máximas de experiencia", es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamento de posibilidad y de realidad. De tal manera, la aplicación práctica del modelo multidimensional propuesto como interpretación de un caso concreto avizora posibilidades hasta ahora no utilizadas; rara vez se advierte en el análisis de los medios probatorios este componente. En otros términos, dentro del sistema de la sana crítica racional el calificador es también el juez, pero motivado por su

¹⁰⁶FENOLL, Jordi. La Valoración de la Prueba. Madrid: Ed. Marcial Pons. 2010. Pag. 31.

discernimiento, su raciocinio, su análisis crítico, su apoyo en la ciencia y en la técnica, en la lógica dialéctica, en las reglas de la experiencia¹⁰⁷.

En Colombia, la exigencia constitucional de fundabilidad de las sentencias se orienta a la lógica y a la ley.

De lo analizado hasta aquí, se advierte que este sistema concilia los defectos señalados en los métodos mencionados anteriormente, por cuanto, si bien desliga al magistrado de reglas legales preestablecidas, no autoriza a obtener convicciones irracionales, y da al juez una facultad de valorar de manera amplia y discrecional, pero no arbitraria ni absoluta.

Por otra parte, constituye una verdadera garantía de justicia, permitiendo efectuar el control de la decisión jurisdiccional mediante el juicio lógico contenido en la motivación de la sentencia. La regla de la sana crítica deja en manos del juez la apreciación de la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la lógica y su experiencia personal.

La libre convicción supone aquí que el juez valora la prueba conforme al convencimiento que este se forme de los hechos, pudiendo emitir un juicio de valor conforme a la prueba producida en el proceso, en contra de la misma o sin la prueba de autos.¹⁰⁸

El doctrinante Amílcar Baños¹⁰⁹ concibe el sistema de la sana crítica como aquel que involucra una doble orientación sistemática: una positiva y otra negativa. Por un lado, la orientación negativa excluye toda regla jurídica que gradúe el valor

¹⁰⁷RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 74.

¹⁰⁸ DIAZ, Claudio Adrián. La Facultad del Juez de apartarse del dictamen pericial: Problemática argumentativa y del poder. Pág. 10. Ensayo publicado por la Universidad Nacional de Comahue (Argentina) en: <http://postgradofadecs.uncoma.edu.ar/>

¹⁰⁹Citado por RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 74-75.

relativo de los medios probatorios; y por el otro, la orientación positiva tiene sentido programático, es decir que le señala al juzgador que valore en forma razonada y reflexiva. Por consiguiente, las reglas de la sana crítica no son otras que la de la lógica, basadas en la ciencia, experiencia y observación del juez.

En conclusión de la argumentación sobre este sistema de valoración, se encuentra esta expresión del Doctrinante Xavier Lluch, que condensa en algunos renglones lo expresado por diversidad de tratadistas, entre los cuales se destacan Devis Echandia, Fenoll y Taruffo, en cuyas teorías se ha apoyado la presente investigación:

1º) La sana crítica permite ajustarse a las circunstancias “cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto”. Conforme reiterada jurisprudencia no son reglas legales ni aparecen definidas en texto normativo alguno, de ahí su adaptabilidad. Con frecuencia se identifican con las máximas de experiencia que, según clásica definición de Stein, “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos.”¹¹⁰

Retomando al maestro Gustavo Rodríguez, señala que el acto evaluador realizado por el juez dentro del sistema racional participa de tres caracteres: discursivo, legal y humano. En principio se tiene que es discursivo porque *“el juzgador debe poner toda su capacidad intelectual de análisis y de síntesis, apoyado en la lógica-dialéctica”*¹¹¹. Luego se tiene que es un proceso legal porque *“la evaluación de las pruebas tiene que someterse a las pautas que le señala la norma positiva”*¹¹². Y por último es un proceso humano porque *“el juez es un hombre y como tal no*

¹¹⁰LLUCH, Xavier. Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Pág. 4. Artículo publicado en <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>

¹¹¹RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit. p. 75.

¹¹²Ibíd., p. 75.

*puede dejar de actuar. Su experiencia y su sicología, su personalidad, entran en juego*¹¹³.

Aterrizando entonces a la VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL, en Colombia, bajo la égida de la sana crítica y las reglas de la experiencia, el juez deberá enmarcar antes de entrar a valorarlo, la idoneidad del perito, la claridad, precisión y soportes del dictamen, y obviamente lo argumentado por las partes en la etapa de contradicción, así como la coherencia entre el mismo y los hechos de la demanda o de su contestación. Aunado a lo anterior, siempre valorarán en conjunto las pruebas, de tal manera que el dictamen per se no se constituye en el medio probatorio determinante de la decisión judicial, pero su carácter científico y la pericia o no que de él se observe, lo harán pieza importante de la motivación en uno o en otro sentido de la decisión.

Respecto a esta clasificación de los sistemas de valoración de la prueba, existen diversas posturas doctrinales. Entre éstas la del Dr. Devis Echandía quien muestra su desacuerdo con esta clasificación, por considerar que la “íntima convicción” y la sana crítica racional” conforman un solo sistema denominado “de libre apreciación”, el cual se opone al llamado “tarifa legal o apreciación tasada”.

Sobre la definición del acto de la valoración de la prueba, se observa que -casi de manera universal en el mundo jurídico globalizado- se acepta la postura de Devis Echandía, quien explica que éste consiste en una operación mental que realiza el juez con el objeto de conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.

Devis plantea en relación con la Prueba Judicial la teoría del convencimiento independiente de la verdad; al respecto dice:

¹¹³Ibíd., p. 75.

La verdad es una noción ontológica objetiva y el conocimiento que creemos tener de ella, es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos, no se habría cumplido ese fin a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquella ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad.¹¹⁴

En la misma línea el maestro Echandía señala que cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o de distinta clase, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso, o sobre los simplemente afirmados. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprenda su estudio crítico en conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente.

Pero quienes sostienen la clasificación tripartita establecen claramente que existe diferencia entre la “íntima convicción” y la “sana crítica racional”, consistente en que aquel se refiere al resultado obtenido en la apreciación de la prueba, mientras que este último lo caracteriza es el método utilizado para realizar la apreciación.

Devis Echandía rechaza la existencia de un sistema mixto, pues señala que la tarifa legal permanece y que lo que ocurre es que en ciertos casos se atenúa, cuando la ley faculta al juez para echar mano de su propia experiencia y de su íntima convicción para valorar la contundencia o no de un medio de prueba para la probanza o no de un hecho.

¹¹⁴PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, La prueba judicial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2004. Pág. 41.

Por otro lado, sobre el Sistema de la Tarifa Legal, precisa el doctrinante Michele Taruffo, la prueba legal consiste “en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba.”¹¹⁵ En el mismo sentido, alcanza cierto consenso en el Derecho Comparado, la tesis de Taruffo acerca de que la pretendida “íntima convicción” es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba, del cual el propio juez debe desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica, más que dejarse envolver emocionalmente por él. Por un lado se encuentra el peligro de que el juez use en la interpretación del comportamiento del testigo criterios psicológicos sin fundamento extraídos de un sentido común que, en realidad, está lleno de errores y de prejuicios: el juez que actúa como psicólogo sin una adecuada formación específica, y que usa la psicología barata de los seminarios populares, corre el riesgo de cometer errores burdos y sustanciales¹¹⁶.

3.3 VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

Para Hernando Devis Echandía¹¹⁷ las legislaciones procesales regulan el valor probatorio del dictamen pericial de dos maneras: sujetándolo a una tarifa legal en virtud del cual el dictamen uniforme de dos peritos hace plena prueba; u otorgándole al juez libertad para apreciarlo, de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹¹⁸. En las legislaciones que han actualizado su regulación procesal durante las últimas tres décadas se reconoce la libertad de crítica del juez, tanto civil como laboral o penal y de otras jurisdicciones. Ejemplo de estos son los Códigos argentinos de Procedimiento Civil y Comercial para la justicia nacional (art. 476) y de otras provincias; los Códigos de Procedimiento Civil (art. 187 y 241) y

¹¹⁵LLUCH, Xavier. Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Pág. 2.

¹¹⁶TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de La Prueba. Pág. 82 y 83.

¹¹⁷DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis. 6ª Edición, Bogotá, 2012. p. 335-336.

¹¹⁸Esta posición es acogida por el Código General del Proceso, Artículo 232 “*El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.*”.

Procedimiento Penal (art. 278) colombianos; Códigos de Procedimiento Civil italiano, alemán, austríaco, ruso, brasileño, y la gran mayoría de los de Procedimiento penal; además el viejo Código francés de Procedimiento Civil (art. 323)¹¹⁹.

El reconocimiento legal de esa facultad judicial también tiene su sustento doctrinal. La doctrina moderna está de acuerdo en esa libertad que es considerada indispensable para que el perito no usurpe la función jurisdiccional del juez y para que este pueda controlar cabalmente si el dictamen cumple o no los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria. Al respecto se han desarrollado dos posiciones: por un lado, quienes defienden la libre valoración de las pruebas por el juez en general, la extiende a la peritación como medio de prueba; y por otro lado, quienes consideran que no se trata de un verdadero medio de prueba la peritación, sino de un acto auxiliar para ilustrar al juez en materias técnicas, artísticas o científicas, quienes con mayor razón consideran que las conclusiones del dictamen nunca vinculan al juzgador¹²⁰.

En España la peritación es una prueba de apreciación libre o discrecional por el juez en materia civil y penal, a su vez defendida por autores como Guasp, Prieto Castro, Silva Meleno, y Fenech¹²¹. En Argentina se consagra la libertad de valoración, reclamada por autores como Alsina, Spotta, Eisner, y Sentís Melendo¹²². En México se otorga absoluta libertad al juez para valorar el dictamen, al igual que en Guatemala. En la derogada legislación procesal soviética se reconocía esa libertad de valoración, figura en la actualidad asumida en Venezuela.

¹¹⁹DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 336.

¹²⁰Ibíd., p. 336.

¹²¹Ibíd., p. 341.

¹²²Ibíd., p. 341.

Sin embargo en aquellas legislaciones donde aún es conservado el sistema de tarifa legal, expresa o implícitamente se exige que el dictamen esté debidamente fundamentando y se rinda con las formalidades procesales. Con ello se entiende que esa tarifa no impide que el juez critique el contenido del dictamen y lo rechace si no lo considera conveniente, porque le falte alguno de los requisitos o lo estima nulo. Para Devis Echandía¹²³ Colombia no fue excepción en este caso. En materias civiles a pesar de que las legislaciones anteriores consagraban la tarifa legal de plena prueba, la jurisprudencia y la doctrina han estado siempre de acuerdo en que el juez tiene la facultad de valorar el contenido del dictamen y de separarse de sus conclusiones si no las encuentra debidamente fundamentales, claras, precisas y convincentes; igual libertad se le otorga en lo penal, laboral y contencioso administrativo y en el Código de Procedimiento Civil, y el nuevo Código General del Proceso.

Según el maestro Devis Echandía "... es absurdo ordenar al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que le convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquel y se constituiría a éstos en jueces de la causa".¹²⁴ De ser así traduce una posición automática del juez, privándolo de su función de fallador y convertiría a los peritos en jueces de la causa¹²⁵.

La posición normativa defendida por Devis Echandía¹²⁶ consiste en que el rechazo del dictamen pericial por parte de los jueces debe basarse en razones serias que debe explicar, en un análisis crítico tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones y de las demás pruebas sobre los mismos hechos. Ello debería llevarlo al convencimiento de que existe o no una relación lógica indispensable entre los fundamentos y las conclusiones. En esta medida el valor probatorio del

¹²³Ibíd., p. 336.

¹²⁴Ibíd., p. 272.

¹²⁵Ibíd., p. 337.

¹²⁶Ibíd., p. 337.

dictamen debe ser el mismo tanto para la relación de hechos observados por los peritos, como para sus conclusiones técnicas o científicas. Es decir, debe existir unidad de criterios para la apreciación del dictamen, el mismo valor probatorio para ambos aspectos: el primero produce una sustitución de la percepción del juez o de testigos, y el segundo comprendido por las explicaciones o fundamentaciones que los peritos expongan sobre la manera como adquirieron el conocimiento de los hechos y la apreciación del juez. En términos de Italo Virota *“la función de la pericia e sunitaria, aunque estructuralmente se deba distinguir la percepción de la valoración del hecho y por el aspecto intelectual la observación y la valoración se compenetran, si no se confunden”*¹²⁷.

Jairo Parra Quijano¹²⁸ sigue la línea anterior al reiterar que sí se tiene presente que el perito es un auxiliar del juez y el dictamen un medio probatorio, resultaría un verdadero contrasentido que el funcionario tuviera que aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos. Por consiguiente el juez debe analizar el dictamen pericial y en caso de convencerlo debe tenerlo en cuenta para edificar sobre él la decisión que tome. Sino, pues debe desecharlo.

En una muestra de la forma en que un juez valora el dictamen pericial, la Corte Suprema de Justicia colombiana pronunció en una de sus sentencias:

Analizando el experticio rendido por los peritos R y L, s observa que éstos hicieron una detenida descripción del inmueble, discriminando todos y cada uno e los diferentes locales y las habitaciones, indicando el material en que fueron construidos o reformados. Posteriormente hicieron un cálculo del valor de los arrendamientos en la época a que se concreta el avalúo, aspecto que es muy importante por cuanto la rentabilidad de una cosa incide necesariamente en el valor de la misma. Cuánto renta, cuánto vale, posteriormente hicieron el cálculo de los metros de construcción de la edificación y los avaluaron separadamente del lote. Todos los anteriores factores llevaron a los señores peritos a dar un guarismo como valor total del inmueble. No es pues atendible la censura en el sentido de que el experticio

¹²⁷Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 337-338.

¹²⁸PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit. p. 649.

*carece de motivación. La tiene, como queda demostrado. y además una motivación razonable que el tribunal dentro de su libertad de apreciación de la prueba estimó suficiente...*¹²⁹.

Es de esa forma como el juez es soberano para examinar el dictamen pericial sin predisposiciones. Claro está, presentando la debida justificación en todos los casos. Vittorio Denti¹³⁰ reitera que el juez debe ejercer un poder de señorío y estudio del dictamen pericial, y es sólo él, quien decide si es de recibo como prueba. En ese caso el dictamen pericial según este autor no sólo sirve para saber si es aceptado como prueba, sino también para que los asesores de las partes puedan emitir conceptos que sirvan al funcionario con mejores elementos de juicio para valorar el experticio. En relación la Corte Suprema de Justicia ha dicho que *“uno de los requisitos sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia”*¹³¹.

En caso de existir varios dictámenes provenientes de distintos peritos, el juez debe compararlos para en caso de existir desacuerdos establecer preferencia sobre alguno según la calidad de los peritos y de las razones expuestas, teniendo en cuenta si reúnen o no los requisitos para su validez y eficacia¹³². Si existe desacuerdo en la misma peritación, el dictamen del perito que conceptuó en minoría le sirve al juez para fundamentar el rechazo del concepto de la mayoría si considera que las razones expuestas por aquel le parecen más convincentes y mejores. En estos casos el Código de Procedimiento Civil colombiano establece que el juez está en el deber de decretar nuevos dictámenes con peritos diferentes. En cuanto al Código General del Proceso, indica en sus artículos 228 y 231 el trámite para la contradicción del Dictamen, tanto el aportado por alguna de las

¹²⁹Corte Suprema De Justicia. Sentencia de 24 de agosto de 1982. Proceso ordinario de Rosa Castillo de Lozada contra Deogracias Lozano Penagos. Mag. Pon. Dr. Jorge Salcedo Segura.

¹³⁰Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit. p. 650-651.

¹³¹Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de Octubre de 1953.

¹³²DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 338.

partes, como el decretado de oficio, respectivamente. En esa reglamentación se observa que no se instituyó el deber del Juez de decretar un nuevo dictamen en caso de contradicción, a excepción del inciso 2º del Parágrafo del artículo 228, referido a los procesos de Filiación, pero por expresa solicitud debidamente motivada del interesado en que se ordene una nueva pericia, quien deberá asumir el costo de tal dictamen y precisar los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

Algunos casos particulares son las legislaciones alemanas e italianas. Según Rosenberg¹³³, la legislación alemana concede libertad al magistrado para apreciar y no se encuentra obligado a aceptar el dictamen, que está siempre en condiciones de examinar las conclusiones lógicas y la fuerza de convicción que contenga, de verificar si el perito ha tenido como base de sus conclusiones fundamentos que mantuvo en secreto, ya que en último caso debe rechazar el dictamen. En la legislación italiana, el anterior Código de Procedimiento Civil y el actual, junto con el Código de Procedimiento Penal dejan al juez en libertad para valorar el dictamen de los peritos, en ambos aspectos. El artículo 270 del antiguo Código de Procedimiento Civil señalaba explícitamente que “la opinión del perito no obliga a la autoridad judicial; esta debe pronunciar o fallar según la propia convicción”¹³⁴.

El doctrinante Devis Echandía recurre a Lessona para exponer la posición doctrinaria italiana respecto a la valoración judicial de la prueba pericial, que a su vez considera vigente en el derecho contemporáneo. Las conclusiones de Lessona son:

- a) que el juez debe separarse de la opinión de los peritos, aun siendo unánime; b) que a mayor abundamiento, puede preferir la opinión de la minoría; c) que estas dos reglas se aplican no solo al caso de peritos

¹³³Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 338.

¹³⁴Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 338.

nombrados por las partes, sino a los nombrados por el juez; d) que el juez, en vista de dos pericias judiciales, ordena la segunda en revisión de la primera, puede fallar con arreglo a esta; e) que el juez no puede remitirse íntegramente y en prevención a los peritos; f) que el juez puede aceptar en parte, y rechazar en parte, la opinión pericial; g) que el juez puede conformar totalmente su convicción con el parecer de los peritos. Pero que en todo caso debe indicar las razones y fundamentos de su decisión, sin que esté obligado a probar el error de los peritos, como algos han sostenido, pues basta al normal motivación de la sentencia ¹³⁵.

La aplicación contemporánea de esos planteamientos no está restringida a aquellas legislaciones que en las últimas décadas han actualizado su regulación de este punto, son también en aquellos sistemas que tiene un atraso conservando el sistema de tarifa legal, ya que como se había señalado, explícito o implícito, se encuentra el requisito de fundamento de la apreciación del juez. La relación que hagan los peritos de hechos verificados por ellos, podrían darle al juez mayor credibilidad que las opiniones técnicas, porque la razón es completa, pero de todas maneras le corresponde al juez apreciarlas y adoptar la libre decisión e si se considera o no convencido por ella.

Así mismo es de destacar el caso francés, en el cual desde la era napoleónica se estableció la libertad del juez para valorar el dictamen. En la misma línea la doctrina y jurisprudencia francesa han realizado una distinción que aún se encuentra vigente. Por un lado se encuentran las constancias que los peritos dejan en sus dictamen, acerca de que estuvieron en cierto lugar, de quienes asistieron a la diligencia y similares, estas son certificaciones oficiales públicos temporales y se les otorga credibilidad mientras no sea atacado de falsedad el dictamen; y por el otro la opinión de los peritos sobre los puntos litigiosos, se estima como el verdadero dictamen y está sometida a la libre crítica del juez ¹³⁶.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 339.

¹³⁶ BONNIER Y SICARD citados por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Ob. cit.* p. 340.

Esa posición es rechazada por doctrinantes como Hernando Devis Echandía¹³⁷, quien considera que es preferible la doctrina italiana que no realiza la distinción en el contenido de los dictámenes periciales. En virtud de esa tesis se le es asignado el carácter de funcionarios públicos internos o temporales y por el contrario esas constancias tienen el carácter de testimonios *siu generis*, sometidos a la libre valoración del juez, aunque, otorguen una amplia credibilidad. Coherente con esa posición autores como Gorphe¹³⁸ explican que el perito es falible, el valor de su dictamen depende de la técnica empleada y de la competencia del perito, de su imparcialidad y objetividad, del modo en que él se determina y, a su vez, determina al juez por la exposición de los hechos, de las razones técnicas que aduce, de la certeza que produce al juzgar el juez sobre sus conclusiones, pero nunca sustituye al juez, ni puede este hacerle abandono a su tarea. En conclusión, según esta escuela lo ideal entonces es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen.

Al respecto Michele Taruffo afirma: “.....los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que venga presentada en juicio como científica; deben ponerse en el problema de verificar la validez y certeza de la información que pretende tener dignidad científica, y que está destinada a constituir la base de la decisión de fondo sobre los hechos”.¹³⁹

Respecto de la científicidad de la prueba, Taruffo encuentra necesario subrayar que no existen reglas específicas atinentes a la valoración de la prueba científica,

¹³⁷DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. p. 340.

¹³⁸Citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. p. 340.

¹³⁹TARUFFO, Michele. Nuevas Tendencias sobre Derecho Procesal Constitucional y Legal. Ed. Universidad de Medellín. Medellín 2005. Pág. 20

debido a que tales no se constituyen en pruebas distintas a las ordinarias, pues en ultimas tienen el fin de confirmar la veracidad de un enunciado de hecho.¹⁴⁰

El doctrinante Jordi Fenoll¹⁴¹ considera que el dictamen pericial es el medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la cultura general. Ello imposibilita la utilización de juicios casi intuitivos, como si ocurre en la mayoría de los otros medios de prueba. Las razones por las que se ha llamado a un perito al proceso son o porque el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios para resolver el caso concreto, dado que escapan de lo jurídico, o incluso poseyendo los conocimientos lo anima el garantizar la máxima objetividad de dichos conocimientos¹⁴².

La realidad muestra que los jueces no cuentan con la formación necesaria en muchos aspectos técnicos, ni tan siquiera para entender cabalmente el dictamen pericial. El problema derivado de ello es que conlleva a una asunción del dictamen de forma directa y acrítica, sin motivar debidamente la resolución, emitiendo fallos que transcriben razones presentadas por el perito. Realidad completamente contraria a lo que exige una valoración de los dictámenes periciales por parte de los jueces.

El Código de Procedimiento Civil¹⁴³ estipula que para la calificación del dictamen se aplican las reglas generales sobre sana crítica, precisando los elementos que dentro de ese juicio deben ser tenidos en cuenta. Estos son: los fundamentos teniendo en cuenta su firmeza, precisión y claridad; la competencia de los peritos;

¹⁴⁰Ibíd., Pág. 23

¹⁴¹FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Editorial Marcial Pons, 1ª Edición. Madrid. 2010. Pág. 285.

¹⁴²Esto último no debería ser necesario en la medida que la actuación del juez deberían ser siempre imparciales. Por ello Jordi Fenoll prefiere referirse a esta segunda razón en términos de prudencia.

¹⁴³Código de Procedimiento Civil, Artículo 241.

y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. El Código General del Proceso, retoma estos elementos en el artículo 232. No obstante agrega respecto a la competencia de los peritos, su idoneidad y comportamiento en la audiencia¹⁴⁴. Además omite el último inciso del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil según el cual *“si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave”*.

En materia penal, el principio de legalidad impregna todo el proceso. De tal forma que los informes periciales constituyen documentos que contienen información técnico científica del material probatorio, y cuya legalidad depende del cumplimiento de los preceptos legales establecidos en la Constitución, legislación nacional e internacional¹⁴⁵. En cuanto a su valoración se autoriza expresamente al juez para valorar el dictamen de conformidad a su criterio y según las circunstancias del caso. En materia laboral se otorga expresamente la libertad para valorarlo¹⁴⁶.

¹⁴⁴Código General del Proceso, Artículo 232.

¹⁴⁵Código de Procedimiento Penal, Artículo 276 y 278.

¹⁴⁶DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 342.

CAPÍTULO 2

FORMA DE VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Por medio de este capítulo se da cumplimiento al objetivo Nro. 2 de la investigación, por medio del cual se pudo establecer la forma de valoración del dictamen pericial en los casos de responsabilidad médica, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencialmente. Se desarrolló iniciando desde el abordaje de la manera como se realiza la valoración de dicho dictamen según distintas posturas de los tratadistas en la doctrina, así como desde las altas cortes a través de la jurisprudencia. Se partió entonces por esbozar en torno a la responsabilidad médica su concepto, al igual que el de obligación, atendiendo los preceptos normativos. De igual manera se establecieron las características de la responsabilidad profesional médica y sus diferentes connotaciones en lo ético, en lo penal y en lo civil.

Seguidamente se abordaron los factores determinantes para endilgar la responsabilidad médica según lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, como también las distintas causales de exoneración de responsabilidad médica; los distintos medios de prueba en materia de responsabilidad médica haciendo especial énfasis en la prueba pericial y la valoración del dictamen en casos de responsabilidad médica.

3.4 RESPONSABILIDAD MÉDICA

3.4.1 NOCIÓN DE OBLIGACIÓN

Las obligaciones se definen como:

- Exigencia establecida por la moral, la ley o la autoridad.
- Cosa que se debe hacer.
- Título valor, generalmente amortizable, al portador y con interés fijo, que representa una cantidad de dinero que ha sido prestada por una persona u organismo a alguien con la exigencia de ser devuelto en un plazo determinado.

En el Código Civil Colombiano, Artículo 1.494, se dice que las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de las personas que se obligan, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi contratos; ya consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Complementando lo anterior, se encuentra en el artículo 34 de la ley 57 de 1.887 lo que reza a continuación:

Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho del que nacen es lícito, constituyen un cuasi-contrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasi delito o culpa.

De lo anterior se desprende que las obligaciones nacen de los contratos, de los hechos voluntarios de las personas que se obligan, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en los delitos, de los cuasi delitos, en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia y de la Ley.

La responsabilidad civil es *fuerza de obligaciones* por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Tal persona que resulta obligada a indemnizar es el *civilmente responsable*.¹⁴⁷ Por tal razón Carbonnier ha definido la responsabilidad civil como *“la obligación de reparar el perjuicio causado a otro”*¹⁴⁸

Es posible que el perjuicio materia de la indemnización emane de un hecho cualquiera, realizado sin que exista un contrato entre el civilmente responsable y la víctima, o por el contrario, provenga del *incumplimiento de un contrato*. A este respecto, se ha hecho la distinción entre la *responsabilidad civil contractual* y la *responsabilidad civil extracontractual o delictual*.¹⁴⁹

El artículo 95 de la Constitución Política Colombiana enseña en los ordinales 1º y 2º lo siguiente: son deberes de la persona y el ciudadano 1º Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Esta norma enseña que si se abusa o si se lesionan los derechos de los demás, surge la responsabilidad, esto es la obligación de responder por los daños causados a los derechos ajenos.

3.4.1.1 Elementos de la obligación

De acuerdo a la definición que se ha dado de la obligación, permite descubrir en ella tres elementos a saber:

¹⁴⁷TAMAYO Alberto, La Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá Colombia. 2005. Pág. 19.

¹⁴⁸Ibíd., p. 19.

¹⁴⁹Ibíd., p.19-20.

- a. Una persona, sujeto activo del vínculo jurídico, llamada acreedor.
- b. Otra persona, objeto pasivo del vínculo jurídico, denominada deudor, quien se encuentra en la necesidad jurídica de procurar a su acreedor el beneficio del derecho.
- c. La prestación, que es el objeto de la obligación y que de acuerdo al artículo 1.495 del Código Civil Colombiano: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas.”*

Para determinar la obligación del médico, la mayoría de los autores han tomado partida en la clasificación sistematizada por Demogue, que distingue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Aclarando que esta clasificación estaba indicada ya en el derecho romano.

Arturo Valencia Zea dice que esta clasificación tiene raíces en autores alemanes, pero que ha sido enseñada estos últimos años por algunos autores franceses y señala que: *“según Schlossmann, en toda obligación debe distinguirse entre la actividad y conducta del deudor y el resultado de esa actividad, el contenido u objeto de la obligación, no es el resultado, sino la actividad del deudor, y el resultado es el fin de la obligación”*.¹⁵⁰

Y refiriéndose a ésta, comenta:

Esta doctrina es ingeniosa, y prácticamente el único reparo que se le hace es el de plantear todo el problema de las obligaciones en un terreno distinto del que se ha tenido tradicionalmente desde los romanos, pues cuando estos definieron las obligaciones de dar o no hacer se refirieron a los resultados de la conducta del deudor y no simplemente a los medios, de modo que el resultado debía obtenerse mediante un pacto especial de garantía.

¹⁵⁰VALENCIA ZEA Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones. Octava edición. Editorial Temis. Bogotá 1990.

Continuando con el desarrollo de esta doctrina, señala el mismo autor:

La anterior tesis fue tomada posteriormente por otros juristas (sobre todo Oertmann y Demogue)¹⁵¹ y revisada así: existen obligaciones que, según la tradición y la costumbre, persiguen el resultado y no solo la conducta del deudor, el resultado ha de producirse sin necesidad de pacto especial de garantía que exigía Schlossmann. En cambio, otras obligaciones son de simples medios en el sentido de que por lo regular el deudor se obliga únicamente a producir una conducta o actividad prudente, sin garantizar el resultado¹⁵².

3.4.1.2 Obligaciones de medio

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la clasificación de las obligaciones que se fundamenta en el objeto de la obligación, habla de obligaciones de dar, hacer y no hacer. En la doctrina moderna, se encuentra esa clasificación con las obligaciones de medios y de resultados, modalidades éstas que tienen enorme trascendencia en la responsabilidad civil, tanto en la contractual como en la extracontractual. La obligación de medio, es conocida también como obligación de

¹⁵¹ (1) HabensichUmstände, die zurGrundlage des Vertragsgewordensind, nachVertragsschlussSchwerwiegendverändertundhätten die Parteien den VertragnichtodermitanderemInhaltgeschlossen, wennsie diese Veränderungvorausgesehenhätten, so kannAnpassung des Vertragsverlangtwerden, soweitinemTeilunterBerücksichtigungallerUmstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichenodergesetzlichenRisikoverteilung, das Festhalten am unverändertenVertragnichtzugemutetwerdenkann.(2) EinerVeränderung der Umstände steht es gleich, wennwesentlicheVorstellungen, die zurGrundlage des Vertragsgewordensind, sichalsfalschherausstellen. (3) IsteineAnpassung des VertragsnichtmöglichodereinemTeilnichtzumutbar, so kann der benachteiligteTeilvomVertragzurücktreten. An die Stelle des RücktrittsrechttrittfürDauerschuldverhältnisse das RechtzurKündigung.

Traducción: 1) Si usted tiene circunstancias que se han convertido en la base del contrato, después de la conclusión de la adaptación severamente alterada y que las partes hubieran celebrado el contrato o no con otro contenido si se había previsto este cambio, se puede requerir del Tratado, donde una parte teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, en particular, la asignación contractual o legal de riesgos, el cumplimiento del contrato sin cambio no puede esperar. (2) Un cambio en las circunstancias han ocurrido incluso si hay ideas significativas que se han convertido en la base del contrato de resultar incorrectas. (3) Sin un ajuste del contrato no es posible ni razonable que una parte lo modifique, por lo que la parte en desventaja puede rescindir el contrato. Al derecho del retiro de las obligaciones continuas tendrá derecho a rescindir el contrato. Paul Oertmann. http://de.wikipedia.org/wiki/Paul_Oertmann. 30/03/2013.

¹⁵²VALENCIA ZEA Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones. Octava edición. Editorial Temis. Bogotá 1990.

prudencia y diligencia, es aquella que impone al deudor el deber de emplear al servicio del acreedor los medios de que dispone, y de observar especial cuidado y diligencia con miras a alcanzar un fin; pero sin garantizar en ningún momento ese fin, sin asegurar un resultado.

El ejemplo más claro se encuentra en la doctrina: la obligación del médico es una obligación de medio, por cuanto él no se compromete a curar al enfermo o a salvar su vida, sino a emplear los medios pertinentes y actuar con prudencia y diligencia para tratar de obtener ese fin.

Se considera este tipo de obligación como una excepción dentro del régimen del derecho común.¹⁵³

3.4.1.3 Obligaciones de resultado

La obligación de resultado es de naturaleza bien distinta: en virtud de esta obligación, conocida también como determinada o específica, el deudor se compromete a producir un resultado a favor del acreedor. Si el resultado no aparece, habrá que decir que el deudor incumplió. Ejemplo claro: la obligación del transportador. Él se compromete a conducir las personas o a las mercaderías sanas y salvas a su lugar de destino. C. de Co. Art. 892 y 1003.

También es deudor de una obligación de resultado quien se compromete a entregar un cuerpo cierto o a pagar una suma de dinero. En estos casos, el resultado obtenido indica incumplimiento, la ausencia de resultado, inexecución de la obligación. Según René Savatier, en este último supuesto, la responsabilidad

¹⁵³TAMAYO Alberto, La Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Ediciones Doctrina y Ley Limitada. Bogotá 2005. Pág. 34 - 35.

del deudor será automática: *“la prueba de la inejecución aparecerá por el solo hecho de que el resultado prometido no se ha alcanzado”*.¹⁵⁴

Concluyendo esta temática, cae como anillo al dedo el siguiente aparte del fallo del Consejo de Estado de la sentencia identificada en la Nota correspondiente:

Desde un principio la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado mereció reparos porque, por una parte, el deudor siempre está obligado a ser diligente y cuidadoso, sin importar cuál sea la clase de obligación de que se trate (baste no más leer el texto del art. 1606 del Código Civil, en donde se exige al deudor de entrega de cosa que la conserve hasta cuando la efectúe, y que emplee en su custodia el debido cuidado) y por la otra, porque en toda obligación, cualquiera que sea su objeto, el acreedor espera un resultado: en unas, la entrega o devolución de algo, en otras que no se ejecute o realice algo, y en las demás, que realice ciertos hechos; así, del abogado contratado para incoar y atender el desarrollo de un proceso se espera que presente la demanda, que solicite y atienda la práctica de pruebas, que interponga los recursos de ley, etc. y del médico, que practique los reconocimientos de rigor, que recete los medicamentos adecuados, que ordene los exámenes que la técnica recomienda, etc.¹⁵⁵

3.4.2 CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA

Las personas que han obtenido un título de idoneidad profesional no pierden por ello su calidad de ciudadanos, sujetos de derechos y de deberes. El profesional como cualquier otra persona, asume las responsabilidades comunes y ordinarias cuando atenta contra derechos o intereses de otros. Por eso asume las responsabilidades morales y jurídicas que cualquier otra persona debe atender. Pero al recibir el título, ingresa a un círculo más estrecho de personas y adquiere unas obligaciones más estrictas, porque ya, fuera de ser un ciudadano es también un profesional y por este hecho adquiere obligaciones específicas.

¹⁵⁴Ibíd., p. 35.

¹⁵⁵Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Bogotá D.E., sentencia de 24 de octubre de 1990, expediente No. 5902.

Las responsabilidades profesionales, pueden ser: ética, penal, civil.¹⁵⁶

3.4.2.1 Responsabilidad Ética

La responsabilidad ética surge cuando se desconocen pautas y reglas éticas de la profesión. En Colombia, la Ley 23 de 1981, dicta la Normas en Materia de Ética Médica y la Resolución 1995 de 1999, establece las Normas para el Manejo de la Historia Clínica.

Dentro de las normas de ética médica se encuentra el deber de obtención y diligenciamiento del Consentimiento Informado, que debidamente cumplido constituye el mejor instrumento para proteger la relación del médico con su paciente, siendo el pilar de dicha relación, al reconocer y respetar la facultad y autonomía del paciente para tomar sus propias decisiones, con el soporte de la información adecuada y prudente que el profesional debe suministrarle.

Sobre el consentimiento informado, la Ley 23 de 1981 consagró:

Art. 15. -El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicara al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Art. 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá del paciente a sus familiares o allegados.

Respecto de la importancia del Consentimiento informado se han pronunciado las Altas Cortes, con énfasis en la trascendencia que tiene esta figura dentro del ejercicio de la medicina: *“De otra parte, es preciso insistir en que el derecho a la*

¹⁵⁶ MARTINEZ Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Biblioteca Jurídica. Medellín 1995. Pág. 478.

*información que tiene el paciente es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad.*¹⁵⁷

Se evidencia así que el consentimiento informado es un acto clínico cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad; es parte esencial de la *Lex Artis* médica y es la mejor expresión de una adecuada relación médico-paciente, entendida como un contrato recíproco de derechos y deberes, responsable, leal y auténtico, basado en la capacidad técnica del médico y el compromiso idóneo del paciente.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá subraya la importancia del consentimiento informado al citar las palabras de Pablo SimoLorda y Javier Judez Gutiérrez en su libro “Proyecto de Bio-ética para Clínicos” del Instituto de Bio-ética de la Fundación de Ciencias de la Salud de Madrid (España): *“Pensar que el consentimiento informado es un momento aislado y puntual en la relación clínica, centrado en el formulario de consentimiento informado y preocupado sobre todo por obtener la firma del paciente, es equivocarse totalmente en el plano ético y legal”*.¹⁵⁸

3.4.2.2 Responsabilidad Penal

La responsabilidad penal o jurídica penal, se da cuando la norma impone una sanción de reproche a quien ejecuta la conducta que la norma prohíbe. Todas las normas penales se componen de una conducta que describe la norma como prohibida dentro del ordenamiento punitivo, y de una sanción o consecuencia.

¹⁵⁷ Consejo de Estado. Sentencia No. 12076 del 24-01-2.002, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁵⁸ Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá. 30/03/2013.

<http://www.encolombia.com/medicina/TribunaleticaMedica/TribunalNaleticaMedica-Consentimiento.htm>

Esta conducta es reprochada por el grupo en cuanto la considera atentatoria contra los principios sociales. La norma penal, fuera de describir los elementos que tipifican o conforman la conducta prohibida, trae una sanción o consecuencia que se aplica a quien ejecuta la conducta o acción prohibida, que casi siempre es una pena privativa de la libertad. El artículo 94 del Código Penal Colombiano, reza:

La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”. Así mismo, el artículo 95 del mismo Código menciona: “las personas naturales o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la Responsabilidad Civil derivada de la Conducta Punible, así:

La conducta punible origina en el responsable penalmente y en quienes con arreglo a la ley sustancial estén obligados a responder, el deber legal de reparar los daños materiales y morales causados a las personas naturales o a sus sucesores y a las jurídicas perjudicadas directamente con la conducta punible, quienes tiene la facultad de ejercer la acción indemnizatoria en la actuación penal o por fuera de ella en la jurisdicción civil. Las personas naturales y jurídicas pueden sufrir perjuicios morales objetivados, pero en estas últimas siempre que como consecuencia del delito se disminuya considerablemente su capacidad productiva o laboral, o ponga en peligro su existencia. Es lógico que las personas jurídicas públicas no sufrirán este tipo de daños, por cuanto siendo su creación constitucional o legal, la comisión de un delito en su contra no tiene la posibilidad de reducir la prestación del servicio público que les es propia, y menos de poner en riesgo su supervivencia¹⁵⁹.

3.4.2.3 Responsabilidad Civil

La responsabilidad jurídica civil se define como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un acto, una conducta o un hecho. La

¹⁵⁹Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo, Expediente 19464.18 de Junio de 2002.

consecuencia es patrimonial, esto es económica, pecuniaria exclusivamente. La obligación de asumir las consecuencias guarda conformidad con el daño que se cause contravencional, penal o civil.

La responsabilidad jurídica civil nace cuando se da un hecho dañoso que lesiona un patrimonio ajeno. Es suficiente que el resultado dañoso se relacione, se atribuya a un hecho que pueda referirse a una persona, a una cosa animada o inanimada, sin que sea necesaria la acción o el acto humano directo. Si bien es cierto que el animal o la cosa deben tener nexo con la persona humana en la cual se concrete la obligación de indemnizar, o mejor, la responsabilidad, ese vínculo mediato remoto se considera vital para el nacimiento de la responsabilidad, dado que el daño no surge de una actividad psicosomática directa de la persona, sino del impacto, de la relación inmediata, directa, de la cosa con el objeto o persona lesionada.¹⁶⁰

El Código Civil destina el Título 12 de su Libro Cuarto a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el Título 34 del mismo Libro a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas. Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio.¹⁶¹

3.4.3 NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Es la obligación de los médicos de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios

¹⁶⁰MARTINEZ Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Biblioteca Jurídica. Medellín 1995. Pág. 21-22.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Exp. 5099. Febrero 19 de 1999.

a sus deberes por incumplimiento de los medios y o cuidados adecuados en la asistencia del paciente, pudiendo adquirir relevancia jurídica.

En el caso de la actividad médica son responsables todos aquellos involucrados directa o indirectamente en la ocurrencia del daño, tales como el médico, la clínica u hospital, los auxiliares, las aseguradoras, EPS's, las Instituciones Prestadoras de Salud, etc.

En el tema de responsabilidad médica civil, se encuentran dos ramas en que se divide: La responsabilidad civil *contractual*; y la responsabilidad civil *delictual o extracontractual*, términos considerados como sinónimos.

La *responsabilidad* civil contractual resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. Presupone por tanto la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en él.¹⁶²

El doctrinante Alfredo Achával¹⁶³ plantea como elementos constitutivos de la responsabilidad médica: autor responsable; acto profesional; elemento subjetivo o culpa; elemento material del acto médico; y relación causal. El autor responsable es un médico o médicos o equipo profesional. El acto profesional de profesión reglamentada y a cuyo ejercicio se tiene derecho, éste puede ser único o continuado o reiterado. En el elemento subjetivo o culpa destaca la culpa y la culpa en cualquiera de sus formas. Por un lado en la culpa hay una falta de previsión de lo previsible en la profesión (imprudencia o falta de tino, falta de discreción, exceso o temeridad; negligencia, falta de celo o vigilancia o diligencia o aplicación; y la impericia que es la ausencia de conocimientos básicos, los

¹⁶²TAMAYO Alberto, La Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá Colombia. 2005. Páginas 27-28.

¹⁶³ACHAVAL, Alfredo. Medicina Legal Derechos Civil y Penal. La Ley. Argentina, 2010. p. 8-9.

conocimientos normales en la profesión, sean generales si es un médico general y especializados si se trata de un especialista). La culpa en cualquiera de sus formas, por otro lado, tiene como una de sus formas la temeridad definida como el asumir la infracción del deber de cuidado sin que la previsibilidad sea tenía en cuenta, para neutralizar un riesgo existente. Otra de sus formas es la inobservancia de los deberes de su cargo; y la inobservancia de los reglamentos de su cargo.

Otro elemento constitutivo según Achával¹⁶⁴ es el elemento material del acto médico, que implica un resultado de daño (muerte, lesiones o enfermedad o secuela, ó peligro de la salud pública). Y por último, la relación causal según el cual el daño es consecuencia directa del acto profesional.

Para que se configure la responsabilidad civil médica contractual es necesario que se den los siguientes **elementos**:

- a. Un contrato de prestación de servicios médicos.
- b. Incumplimiento del contrato por el médico.
- c. Un perjuicio ocasionado a la víctima, como consecuencia o con ocasión de este incumplimiento (nexo causal).

A este respecto ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia:

...síguese de lo dicho, para que pueda darse la responsabilidad de que se trata, será necesario establecer primero la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la cual puede haberse constituido mediante un contrato verbal, un contrato solemne o un documento privado. En segundo lugar, habrá de probarse el daño causado a la víctima, luego la conducta descuidada del demandado por último que esta fue la causante del daño¹⁶⁵.

¹⁶⁴Ibíd., p. 9.

¹⁶⁵SERRANO Luis Guillermo, Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá- Colombia, 2000. Pág. 115.

Excepcionalmente la responsabilidad médica es de naturaleza extracontractual, por lo que se hace necesario analizar su contenido y su alcance.

La responsabilidad civil médica extracontractual nace por la violación del deber general de cuidado establecido en la ley, y específicamente cuando no existiendo acuerdo de voluntades con el paciente o sus interesados para la prestación del servicio médico, se viola el deber de asistencia consagrado en la ley y en los códigos de ética médica, como cuando se da la atención unilateral del médico en caso de urgencia a personas que llegan en estado de inconsciencia y se le ocasiona daño, por apartarse del deber que le impone la ética y las normas de la profesión médica.

La responsabilidad extracontractual se puede presentar frente al paciente o frente a terceros. Frente al paciente cuando no ha existido acuerdo de voluntades o cuando el daño no tiene nada que ver con el acto médico, tal es el caso de que exploten equipos en una antesala y lesionen al paciente que espera; y frente a terceros, cuando a pesar de existir contrato con el paciente los interesados a quienes se les causa daño ejercitan la acción no por el perjuicio ocasionado al paciente, pues en este caso sería una acción contractual hereditaria, sino la acción personal por perjuicio ocasionado a éstos, y que en este caso sería una acción extracontractual.

La relación extracontractual médica aparece esbozada en el artículo 5 de la ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) que establece los tipos de vinculación con el médico, cuando señala que: *“la relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos: 1) Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, 2) Por acción unilateral del médico en caso de emergencia, 3) Por solicitud de terceras personas”*.

Para que se configure esta responsabilidad es necesario que se presenten los siguientes elementos: a. Hecho, b. Culpa, c. Daño, d. Nexo de causalidad.¹⁶⁶

3.4.4 FACTORES DETERMINANTES PARA ENDILGAR LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El título 34 del Código Civil Colombiano, contempla un criterio de responsabilidad subjetiva al disponer “*un régimen de responsabilidad común por los delitos y las culpas*”, en este contexto, el referido título puede dividirse en tres grupos, el primero conformado por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas generadas por el hecho propio. El segundo constituido por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo concerniente a esa responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado y dependencia de otro. Y el tercer que corresponde al artículo 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, concerniente a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas.

Todas estas reglas consagran la culpa como presupuesto jurídico necesario para la atribución de responsabilidad. Pero mientras en el primer grupo de normas esa culpa debe ser demostrada, en los dos últimos se presume.

Por otro lado, la jurisprudencia y doctrina especializada han sostenido enfáticamente que, incluso en presencia de figuras modificatorias del régimen probatorio de la culpa, sigue incumbiendo al demandante el *onus* de demostrar la relación de causalidad entre aquella y el perjuicio causado.¹⁶⁷ No obstante

¹⁶⁶SERRANO Luis Guillermo, Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá- Colombia, 2000. Pág. 145-146.

¹⁶⁷Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 30 de enero de 2001 (Expediente 5507), 27 de septiembre de 2002 (Expediente 6143), 15 de octubre de 2004 (Expediente 6199), 18 de octubre de 2005 (Expediente 14491), 19 de diciembre de 2005 (Expediente 05001-3103-000-1996-5497-01), 22 de marzo de 2007 (Expediente 05001-3103-000-

también han admitido que, tratándose de responsabilidad médica, la prueba de relación de causalidad propone un grado de dificultad semejante al existente para la demostración de un error de conducta en la ejecución del acto galénico.¹⁶⁸

De esa forma, buscando evitar que la acreditación de la culpa y el nexo causal se conviertan en auténticas *probatio diabolica* se han formulado diversas teorías que apuntan a flexibilizar su prueba, con el fin de ofrecer un mayor ámbito de protección a las víctimas.¹⁶⁹ Entre ellas se destaca la regla *res ipsa loquitur* o “la cosa habla por sí misma” reconocida por la Jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual es posible inferir de los hechos que el daño no se hubiera producido de no mediar una culpa.¹⁷⁰

Res ipsa loquitur es una teoría que a través de indicios, permite establecer que un hecho determinado genera un daño, lo que en esencia, facilita no solamente la prueba de la culpa, sino también la acreditación de una relación de causalidad. Según la jurisprudencia foránea y la doctrina especializada, *res ipsa loquitur* ocurre en presencia de las siguientes circunstancias:¹⁷¹

1997-5125-01), 17 de noviembre de 2011 (Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01) y 22 de julio de 2010 (Expediente 41001-3103-004-2000-00042-01)

¹⁶⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 2010 (Expediente 41001-3103-004-2000-00042-01)

¹⁶⁹Ibid.

¹⁷⁰JARAMILLO Carlos Ignacio, Responsabilidad civil médica – La relación médico-paciente. Análisis jurisprudencial y doctrinal. 2da Ed, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas 2011 P.332.

Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009. Expediente 76001233100019973225 01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 2010 (Expediente 41001-3103-004-2000-00042-01)

¹⁷¹"To warrant application of the rule a plaintiff must adduce evidence in support of two conclusions: (1) that the instrumentality causing the injury was, at the time of the injury, or at the time of the creation of the condition causing the injury, under the exclusive management and control of the defendant; and (2) that the injury occurred under such circumstances that in the ordinary course of events it would not have occurred if ordinary care had been observed." Traducción: "Para justificar la aplicación de la regla de que un demandante debe presentar pruebas en apoyo de dos

- a. Debe tratarse de un hecho que normalmente no ocurre sin culpa
- b. Debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo control exclusivo del demandado
- c. No debe existir contribución causal o voluntaria por parte del paciente.

3.4.5 CAUSALES DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El profesional de la medicina se exonera cuando demuestra que el daño ocasionado no se debió a negligencia, imprudencia, impericia de su parte, ya sea porque pruebe que su actuación fue diligente y que el servicio prestado fue técnicamente apropiado, o que el daño se debió a una causa extraña, como fuerza mayor o caso fortuito, o que ha mediado en su producción un papel activo de la víctima o de un tercero, causales que deben reunir las características y requisitos de la responsabilidad civil del médico.¹⁷²

Adicional a lo anterior, es menester hacer referencia al nexo de causalidad, requisito indispensable para que surja la responsabilidad civil extracontractual, fundamental en las teorías objetivas y necesarias en las subjetivas. El nexo de causalidad es la relación, vínculo, que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge la responsabilidad civil. Para los cultores la teoría subjetiva de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad, el nexo de causalidad debe darse entre la culpa y el daño. Para

conclusiones: (1) que los instrumentos que causan la lesión, en el momento de la lesión, o en el momento de la creación de la condición que causa la lesión, debe estar bajo la dirección exclusiva y el control del acusado; y (2) que la lesión se produjo bajo tales circunstancias que en el curso ordinario de los acontecimientos no habría ocurrido, si el cuidado habitual hubiera sido observado."En, [Morgan v. Children's Hospital](#), No. 84-756, Supreme Court of Ohio, 18 Ohio St. 3d 185; 480 N.E.2d 464; 1985 Ohio LEXIS 427; 18 Ohio B. Rep. 253; 49 A.L.R.4th 51, July 17, 1985. Ver también: Sentencia del Tribunal Supremo de España del 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6418).

¹⁷²SERRANO Luis Guillermo, Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá- Colombia, 2000. Pág. 158.

los partidarios de las teorías objetivas o de las de riesgo, el nexo de causalidad debe darse entre el hecho y el daño.¹⁷³

El sentido común se niega a admitir que la existencia de un daño sea soportada por quien no ha influido en la realización del mismo. Entonces se necesita una relación causa-efecto entre el acto humano y el daño que se produce, es decir, la causación del daño por el agente dañino es necesaria para que se configure la responsabilidad civil además del daño y la culpa.¹⁷⁴

3.4.6 MEDIOS PROBATORIOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

En materia de responsabilidad médica, ésta se ha manejado en Colombia con elementos que se desprenden de la responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil y de Jurisprudencias tanto extranjeras como nacionales. A efectos de determinar la explicación causal del daño y valorar las conductas del profesional médico, las pruebas que se presenten ante un despacho judicial son de gran importancia para poder llevar al juez al convencimiento de si existe responsabilidad o no por el daño causado. En el entendido que el paciente es un sujeto pasivo de la actividad médica, puesto que se encuentra inerte ante un quirófano y no observa lo que está pasando; es por lo que las pruebas se tornan muy difíciles para el damnificado.

En el caso de la responsabilidad médica se trata de probar aspectos científicos y técnicos, y sin que implique una tarifa legal, existen unos medios probatorios por excelencia, cuales son el dictamen pericial; la prueba documental, en particular la que contiene la historia clínica y el consentimiento informado; y el testimonio técnico.

¹⁷³MARTINEZ Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. 8ª edición, Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 1995. Pág. 209.

¹⁷⁴VELASQUEZ, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Temis. Bogotá 2009. Pág. 462.

3.4.6.1 Prueba Pericial

Carlos Hernández *et al* conceptualiza la prueba pericial médica desde una perspectiva general de la prueba pericial. Así la define como “*medio de prueba en virtud del cual una persona, ajena a las partes y al proceso, en este caso, un médico, con conocimientos técnicos especializados, que no tiene el juez, previo el eximen de los elementos que le ponen a su disposición, dictamina sobre las cuestiones técnicas a que se le somete*”¹⁷⁵.

La necesidad de un perito médico se da en muchas clases de procesos. Por ejemplo: procesos civiles o penales donde se trate de determinar la responsabilidad profesional de un médico por mala praxis, pasando por aquel juicio laboral en que se determine si el mal estado de salud de un trabajador justifica una incapacidad laboral permanente o temporal, o acabando en un juicio de faltas en el que la intervención del perito médico sirve para fijar las lesiones o secuelas derivadas de un accidente de tránsito¹⁷⁶.

Por ello es que se exige, como en los otros tipos de peritajes, que el perito médico no exceda su objeto. No puede pronunciarse sobre cuestiones eminentemente jurídicas y que no justifican su presencia en el proceso.

La prueba pericial médica¹⁷⁷ en desarrollo de los litigios en que se analiza la responsabilidad profesional de los médicos, tiene algunas particularidades en la práctica que bien vale la pena analizar críticamente.

¹⁷⁵HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, Carlos., *et al.* . La prueba pericial médica. La Ley grupo WoltersKluwer. Madrid, 2008. pág. 29.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷SERRANO Luis Guillermo, Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá- Colombia, 2000. Pág. 270-271.

Se observa, con cierta preocupación, como la actitud del juez en el desarrollo de esta prueba es generalmente pasiva, pues muchas veces se convierte en un convidado de piedra, que no interviene para nada en la conducción de la investigación requerida, y así, aportado el cuestionario a ser absuelto por los peritos, no se detiene a examinar la procedencia o la pertinencia de la prueba, ni a calificar el contenido de las preguntas objeto del cuestionario presentado por las partes, sino que solamente se limitan a enviarlas a los peritos para que la respondan, conducta cuestionable por parte del juez, que tiene el deber de calificar el contenido del cuestionario, de manera que las preguntas sugestivas e impertinentes, deben ser desechadas o modificadas por el juez, pues tal es la obligación que le establece la primera de las reglas establecidas por el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, conforme a lo establecido en el numeral 6 del artículo 237 del mismo Código, el dictamen debe ser claro, preciso y detallado y en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones realizadas y los fundamentos científicos de las conclusiones, y debe presentarse por escrito.

Se observa que la prueba pericial médica, presenta inconvenientes para su propia realización, pues son los médicos los que la practican y ellos están sometidos a un juramento y a resolver sus desacuerdos ante un Tribunal de Ética Médica. Por regla general no son dados a comprometer con sus dictámenes la responsabilidad de sus colegas de profesión; dentro del juramento hipocrático, y del Código de Ética médica, los médicos son entre ellos como hermanos. Cada médico, cuando va a recibir su título debe jurarlo por su Honor y la ley de cada país, y dentro de ese juramento están reseñadas las siguientes palabras:

En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica:
PROMETO SOLEMNEMENTE consagrar mi vida al servicio de la humanidad;
OTORGAR a mis maestros el respeto y la gratitud que merecen;
EJERCER mi profesión a conciencia y dignamente;
VELAR ante todo por la salud de mi paciente;

GUARDAR Y RESPETAR los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente;

MANTENER, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

CONSIDERAR como hermanos y hermanas a mis colegas;

NO PERMITIRÉ que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mi paciente;

VELAR con el máximo respeto por la vida humana;

NO EMPLEAR mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, incluso bajo amenaza;

HAGO ESTAS PROMESAS solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.”¹⁷⁸(**Negrillas fuera de texto**)

Este espíritu de cuerpo, ha dado lugar a lo que en Estados Unidos de Norteamérica se denominó la “conspiración del silencio”¹⁷⁹.

De tal manera, esa falta de disposición en los médicos hace aún más farragosa la prueba en el proceso de responsabilidad médica, pues la doctrina tradicional exige probar la culpa del médico:

La carga de la prueba constituye el último refugio al que ha acudir todo juzgador, cuando no estima suficientemente probados los hechos integrantes de la pretensión formulada. Como el accionante ha de aportar el medio de convicción de la situación de facto, y no lo ha realizado, o lo ha hecho indebida o insuficientemente, habrá el juzgador de reputarlos no probados, denegando la pretensión¹⁸⁰.

Paradójicamente, los peritos que presentaran las experticias y los testimonios técnicos que podrían demostrar esta culpa, son profesionales de la salud, que

¹⁷⁸Acordada por los representantes de la comunidad médica internacional en la 2ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en 1948 en Ginebra (Suiza).

¹⁷⁹Harvard Medical School and Massachusetts General Hospital confirmed exactly handling medical malpractice cases in NY and Pennsylvania : There is a Huge conspiracy of silence in the medical field. You can see more at www.ziffaw.com/NYInjuryLowBlog/the-medical-conspiracy-of-silence#sthash.uhjODDyT.dpuf; <http://www.bostonmagazine.com/2006/05/the-silent-treatment/>
Traducción: La escuela médica de Harvard y el Massachusetts General Hospital confirmaron exactamente el manejo de casos de negligencia médica en Nueva York y Pennsylvania: hay una enorme conspiración de silencio en el campo de la medicina.

¹⁸⁰Corte Suprema de Justicia, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, mayo 25 de 2011. Casación No. 33660

generalmente no se sienten comprometidos a colaborar con la administración de justicia, pues suponen que los litigios en esta materia, más que obedecer a una mala práctica, son resultado del interés del abogado de sacar provecho de la desgracia de uno de sus colegas. A esta conclusión llega el litigante especializado en esta área del derecho, a través de la casuística que le permite el diario ejercicio del litigio. En relación a este punto, señala el doctrinante Alfredo Achával¹⁸¹ que el único perito médico con capacidad en el proceder judicial es el médico legista, especialmente adiestrado en el lenguaje procesal, de demanda y de contestación. Destaca a su vez la formación necesaria cursando programas de post grado en Médico Legista, donde los médicos profesionales son formados para ser auxiliares de la justicia y a las partes en juicio. En esos programas se incluyen materias de derecho constitucional, penal y civil, derecho procesal civil y penal, derecho del trabajo, derecho provisional, del seguro y del deporte, derecho de familia, sociología, criminología, del seguro y del deporte, lesionología, tanatología, sexología forense, deontología, etc.

En el caso particular de juicios por responsabilidad médica no resulta un ateneo científico que en materia de pericia médica la explicación pericial no es un trabajo médico científico sino un trabajo de aplicación legal, por lo cual debe responder a leyes preexistentes, su evolución jurisprudencial y doctrinaria¹⁸².

En el marco de la prueba pericial médica se exige concretar, en función de la materia objeto de la pericia, la especialidad idónea para tratar la cuestión que se somete a dicha prueba. Para el caso concreto, existen tantas clases de pruebas periciales médicas como especialidades médicas¹⁸³. En un proceso judicial puede intervenir un médico perito en cirugía ortopédica y traumatológica, un perito en

¹⁸¹ACHÁVAL, Alfredo. Ob. cit. p. 205-207.

¹⁸²Ibíd., p. 206.

¹⁸³HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, Carlos., SÁNCHEZ León, Miguel., BOROBIA Fernández, César., PEREA Pérez, Bernardo., REQUERO Ibáñez, José., y ALÍAS Martín, Pilar. La prueba pericial médica. La Ley grupo WoltersKluwer. Madrid, 2008. p. 31.

neurofisiología clínica, un perito pediatra, un perito cardiovascular, etc. En algunos casos la complejidad de la cuestión técnica objeto puede hacer necesaria la intervención de peritos médicos de diversas especialidades.

3.4.6.2 Prueba Documental

Consiste en hacer conocer al juez los hechos de la demanda por medio de documentos, que en este caso serán casi siempre las fórmulas médicas y la historia clínica. La historia clínica es un documento privado que contiene una declaración de ciencia en donde el médico consigna cuales son los síntomas, el diagnóstico, y el tratamiento al que se debe someter al paciente.

3.4.6.3 Testimonio Técnico

El testimonio técnico viene a ser una especie del testimonio que se caracteriza porque lo rinde una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia que ocupa el litigio.

Así, el Doctor Parra Quijano, define al testigo técnico: *“... es aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte y que al narrar unos hechos se vale de aquellos para explicarlos”*.¹⁸⁴

El Código de Procedimiento Civil consagra la figura del testigo técnico en el inciso 3° del artículo 227, cuando establece: *“... Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia...”*. Es decir, que en este último caso, al testigo técnico si se le puede hacer preguntas que den lugar a que emita su concepto y haga

¹⁸⁴PARRA Jairo. Tratado de la Prueba Judicial, El Testimonio, Tomo I, Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional, pág. 6.

deducciones técnicas debidamente fundamentadas en su ciencia sobre lo que ha percibido.

De acuerdo con lo anterior, en materia de Responsabilidad Médica este medio probatorio cobra importancia práctica, debido a que la generalidad de las veces la atención médica es realizada en equipo, permitiendo que profesionales distintos al realizador del acto sean llamados a comparecer al proceso en calidad de testigos, para que no solamente le narren al juez lo que percibieron, sino para que hagan deducciones técnicas respecto a lo sucedido, pues mientras que el peritaje es una declaración de ciencia en abstracto, los médicos que presenciaron la atención suministrada al paciente, están en mejor capacidad de emitir conceptos científicos sobre lo que observaron.

Adicionalmente, también se acepta dentro del proceso judicial que un profesional de la salud que no hizo parte del equipo médico del caso, pero que sea especialista en el área específica del tema en litigio, y de reconocida idoneidad, pueda ser citado para declare como testigo técnico acerca de las generalidades y particularidades del acto médico o de la patología respectiva.

3.5 VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

La responsabilidad médica no resulta un caso excepcional en términos de existencia de reglas excepcionales para la valoración de los dictámenes periciales. Ya se hizo alusión a la prueba pericial médica, y se concluyó que la particularidad es que son dictámenes periciales emitidos por especialistas médicos. Por lo tanto lo planteado en el capítulo anterior respecto a la valoración judicial de dictámenes periciales aplica a su vez para la valoración judicial de los dictámenes periciales en materia de responsabilidad médica.

En el ámbito de la medicina es preciso distinguir entre la finalidad terapéutica de la intervención del profesional y la finalidad auxiliadora a la administración de justicia. Es en esta última donde se circunscribe la labor del perito médico, y habrá de informar al paciente evaluado del propósito de la intervención pericial, de las pruebas que se le van a hacer y del uso de los resultados de la intervención¹⁸⁵. Es por ello que la valoración del dictamen pericial médico se circunscribe en esta última categoría.

Entendiendo lo anteriormente expuesto, lo pertinente, por apreciación del equipo investigador es que la valoración del dictamen no queda al criterio del juez, pues aunque deberá hacerla utilizando las reglas de la experiencia, no debe omitir el estudio minucioso de los argumentos y determinaciones del peritazgo, que por su carácter técnico, es un medio de prueba que debe ser realizado bajo la objetividad de la Lex Artis. De tal manera, el Juez (sea de 1ª o de 2ª instancia) tiene, no solo la facultad oficiosa, sino el deber de requerir del Perito las aclaraciones y complementaciones que considere necesarias para tener suficiente claridad de lo ocurrido en el acto médico, y/o en la atención en salud respectiva, para que en concordancia con el resto del acervo probatorio pueda administrar recta justicia, negando o concediendo, total o parcialmente las pretensiones o excepciones. Ello para aquellos casos en que la Historia Clínica y las demás pruebas documentales, sean insuficientes para obtener tal claridad.

En ese orden de ideas, y como ya se citó anteriormente en el acápite sobre Valoración del Dictamen Pericial, el maestro Devis Echandía considera: “... *Es absurdo ordenar al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que le convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquel y se constituiría a éstos en jueces de la causa*”.¹⁸⁶ Lo anterior bajo el entendido que, si bien el perito aporta mediante su

¹⁸⁵HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, Carlos., *et al.* Cit. ob. p. 49-50.

¹⁸⁶Ibíd., p. 272.

dictamen una información técnica y especializada ajena al conocimiento del juez, y necesaria para desatar el conflicto, no es menos cierto que la contundencia del dictamen depende de su idoneidad argumentativa, los soportes y medios o experimentos por medio de los cuales haya llegado a las conclusiones, y la coherencia de tales conclusiones con el resto del acervo probatorio. De tal manera, el perito no puede obviar la existencia de las demás pruebas relacionadas con el acto médico, abrogándole todo el peso probatorio al carácter científico de su dictamen.

Por consiguiente se tiene que ésta no es una prueba reina, o la bala mágica, que debe ser seguida ciegamente por el juez, por el contrario, la característica básica del dictamen pericial médico, es que no ata al juez, aunque algunas experiencias muestran que en la realidad no se sigue esta regla pues tal y como expresa el maestro Vásquez Ferreira¹⁸⁷, se ha detectado que en muchos casos la labor del juez se alinea con las conclusiones del dictamen pericial:

Una de las características fundamentales del dictamen pericial es que el mismo no ata al juez. Ello quiere decir que el magistrado es libre en la apreciación del dictamen. Sin perjuicio de esto, la experiencia demuestra que en la generalidad de los casos los jueces se limitan a seguir al pie de la letra las “conclusiones” del dictamen pericial, sin entrar a analizar mayormente el contenido e importancia de la labor efectivamente desplegada por el perito. Como dijimos anteriormente, la labor del juez se transforma en mera homologación de lo decidido por el perito...¹⁸⁸

En materia de responsabilidad médica, el doctrinante Alfredo Achával¹⁸⁹, recuerda que no es una excepción la valoración de la prueba con base a las reglas de la sana crítica. Lo cual reafirma al señalar respecto a la valoración de la pericia médica “*el juez hace resoluciones para encauzar el procedimiento y las valoraciones cotejando con sus conocimientos y en especial con la sana lógica,*

¹⁸⁷Citado por SERRANO, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. pag. 272

¹⁸⁸ Ibíd., p. 272.

¹⁸⁹ACHAVAL, Alfredo. Ob. cit. p. 125.

*que vuelca en su sentencia, ya que no debiera asirse a los dichos periciales sin analizarlos*¹⁹⁰.

Esto mismo es señalado por Carlos Hernández *et al*¹⁹¹. No obstante precisa que también es notoria la tendencia de los jueces a resolver con base al contenido de los dictámenes periciales. La complejidad técnica y científica de las cuestiones médicas planteadas, sumadas al desconocimiento del juzgador conllevan a que la resolución del asunto litigioso depende exclusivamente de los dictámenes periciales emitidos. Lo anterior es lo que Hernández *et al*¹⁹² denomina una presunción de objetividad. Resulta válida siempre que el juzgador se valga de los razonamientos que contengan los dictámenes periciales, los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista y los informes emitidos tanto por los peritos designados por el Tribunal como por las partes, esto siempre y cuando hayan motivado la decisión. El juez debe ponderar entre otras cosas, la competencia profesional del perito médico que emite el dictamen, la calidad y credibilidad del dictamen determinadas por la cualificación del perito, la solidez de sus deducciones, el entramado lógico entre el planteamiento y las conclusiones del dictamen, y por último la elaboración y justificación del contenido del dictamen pericial médico.

El licenciado Francisco Dall'Anese puntualiza lo que es incluir dentro del dictamen pericial médico el proceso del cual fue producto. Al respecto señala: *“como el Juez debe otorgar o restar valor a la prueba pericial, de no conocerse cómo se realizó en todo su detalle, estaría imposibilitado para fundamentar este aspecto en la sentencia.”*¹⁹³.

¹⁹⁰Ibíd., p. 228.

¹⁹¹HERNÁNDEZ Martínez-Campello, Carlos., SÁNCHEZ León, Miguel., BOROBIA Fernández, César., PEREA Pérez, Bernardo., REQUERO Ibáñez, José., y ALÍAS Martín, Pilar. La prueba pericial médica. La Ley grupo WoltersKluwer. Madrid, 2008. p. 33-35.

¹⁹² Ibíd., p. 34.

¹⁹³DALL'ANESE, Francisco. Pericia Médica y el Derecho de Abstención. En: Medicina Legal de Costa Rica, 2002, Vol. 19, no. 1.

El caso alemán resulta pertinente. En la legislación alemana el juez civil es libre en la apreciación del dictamen y puede rechazar el que carece de fundamentos. El juez está autorizado para disentir de un informe pericial médico y no distingue las conclusiones técnicas de la relación de hechos verificados. Lo mismo ocurre en el proceso civil contemporáneo y penal.¹⁹⁴

La sana crítica como sistema de valoración de los dictámenes en casos de responsabilidad médica se vería vulnerada cuando no constara en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del informe del perito, cuando se prescindiera del contenido del dictamen omitiendo datos, alterándolo, deduciendo conclusiones distintas o valorándolo incoherentemente. En el mismo sentido se establecen unos estándares judiciales de la valoración de la prueba pericial en temas de responsabilidad médica bajo la sana crítica los cuales no divergen significativamente a los ya planteados.¹⁹⁵ No obstante, no hay una predeterminada definición de la sana crítica opuesto a que está determinado que siempre sigue las elementales reglas de la lógica humana. De ello se deduce que siempre apela a la racionalidad, y se considera como falta a ello toda motivación y conclusión que sea arbitraria, ilógica o irracional, además de toda aquella que incurre en error, contradicción, omisión, o incoherencia .

En concreto, y bajo la fría observancia de la norma –artículo 241 del C. de P.C., que es la norma aplicable al objeto de la investigación- la valoración del dictamen pericial en casos de responsabilidad médica debe ser bajo el marco de la sana crítica, precisando los fundamentos del mismo, en tanto su firmeza, precisión y claridad, además de la competencia de los peritos. No obstante, tal y como se manifestó en el párrafo tercero de este numeral, el equipo investigador concluye que al valorar el dictamen, además de lo anterior, el Juez (sea de 1ª o de 2ª instancia) tiene, no solo la facultad oficiosa, sino el deber de requerir del Perito las

¹⁹⁴Schönke Citado por DEVIS Echandía, Hernando. Ob. cit. p. 338.

¹⁹⁵HERNÁNDEZ Martínez-Campello, Carlos., *et al.* Ob. cit. p. 465.

aclaraciones y complementaciones que considere necesarias, y en caso que el proceso carezca de tal prueba en 1ª instancia, hacer uso de esa facultad para ordenar su práctica, a fin de obtener la contundente claridad de lo ocurrido en el acto médico, y/o en la atención en salud respectiva, para que en concordancia con el resto del acervo probatorio pueda administrar recta justicia.

En relación con las características de firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen, la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, viene reiterando desde 1999 inclusive, su pertinencia y necesidad de valoración, tal y como se aprecia en los siguientes apartes:

Empero, corresponde al Juez, en desarrollo del principio de la sana crítica, de diáfana raigambre legal, apreciar tales pruebas en conjunto, incluyendo, como es lógico y en el evento de haber sido recaudados, los peritajes, en cuya valoración debe tenerse siempre presente la firmeza, precisión, calidad de los fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos de convicción (arts. 187 y 241 C.P.C.), siéndole permitido acoger como fruto de dicho escrutinio intelectual sus conclusiones, bien de manera total, ora de forma parcial, pues “se tiene como asunto pacífico en la jurisprudencia que el juzgador no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial, ya que el Código de Procedimiento no consagra una tarifa científica” (Sent. de 30 de noviembre de 1999, exp. 5361), sin perder de vista, además, que la concreción del lucro cesante - punto que interesa de manera particular a la censura -, “...queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas”, como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que “Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable...” (CSJ SC 28 jun. 2000, rad. n° 5348).

Más recientemente, y consecuente con aquella posición, la misma Corte reiteró en la Sentencia Casación del 6 de junio de 2006, Exp. # 1100131030101998-17323-01, M.P. Silvio F. Trejos Bueno:

“.....no significando con esto, que los resultados de dicho dictamen no estén sujetos a la valoración que de ellos debe llevar a cabo el fallador quien ha de verificar la firmeza, precisión, calidad de fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos probatorios que obren en el expediente (CPC, art. 241), de suerte tal que es dicho juzgador el que determina, apreciando todas las circunstancias del contrato que frente al caso resulten relevantes, ese ´justo valor´ de la prestación prometida que adolece de manifiesta inequidad económica" (sentencia de casación de 9 de agosto de 1995, expediente 3457).

3. A lo anterior ha agregado que "acorde con lo expresado por los artículos 237-6 y 241 del C. de P. C., para que un dictamen pericial pueda ser apreciado por el juez, es necesario que se encuentre debidamente fundado. Pero, como según reiterada jurisprudencia de la Corte, el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial, mientras la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables. Consecuente con lo anterior, los reparos por la indebida apreciación de la fuerza probatoria de una pericia, deben dirigirse a demostrar que el juez vio el dictamen de manera distinta a como aparece producido, y que sacó de él una conclusión ilógica o arbitraria, que no se compagina con la que realmente demuestra, porque, de lo contrario, es obvio que lo así inferido por el fallador está amparado en la presunción de acierto, y debe ser respetado en casación" (Sentencia de 11 de septiembre de 1991, G.J. T. CCXII, Nº 2451, página 143).

CAPÍTULO 3.

VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN LAS SENTENCIAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL DE BARRANQUILLA - SALA CIVIL DURANTE LOS AÑOS 2006 A 2010

Por medio de este capítulo se desarrolla el objetivo Nro. 3 de la investigación, por medio del cual se pudo verificar la valoración del dictamen pericial en las sentencias por responsabilidad médica proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010.

Para tal efecto, se partió en primer lugar por el proceso de capacitación a estudiantes de últimos semestres de Derecho, instruidos por el grupo de investigación, para que conocieran y manejaran el instrumento diseñado por el grupo de investigadores contentivo de una parte básica que permitiera identificar en los Libros Radicadores de la Relatoría del Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil, los fallos indicando despacho, radicado, clase de proceso, partes demandante y demandada, clase de decisión (confirma o revoca). Luego de la selección realizada por los estudiantes, se verificó por parte de los miembros del grupo investigador, el número resultante de los fallos emanados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla – Sala Civil, de acuerdo a los datos registrados en los libros de radicación de procesos en el período 2006 a 2010 de donde se extrajeron los radicados correspondientes a procesos de responsabilidad médica, encontrándose que eran 19 fallos y por haber sido solo esa cantidad que constituía una población de fácil manejo para el equipo investigador, se procedió a hacer el análisis en su totalidad quedando descartado un diseño muestral menor, por tanto se analizaron el 100% de las sentencias proferidas durante ese período relacionadas con el tema de investigación.

Luego del proceso de selección de los fallos dentro del espacio y tiempo determinado en este estudio, el equipo investigador procedió a capacitar a los mismos estudiantes para que obtuvieran la fotocopia de cada sentencia.

Estos auxiliares revisaron en la Secretaria de las Salas del Tribunal Superior de Barranquilla, los libros radicadores del período comprendido entre los años 2006 a 2010, extractando los datos básicos de los fallos y subsiguientemente el dato correspondiente a procesos relativos a responsabilidad médica en los que se haya practicado Dictamen Pericial, indicando la valoración y argumentos utilizados por los magistrados del Tribunal en torno al dictamen pericial, de igual manera si se revocaba el fallo o no de primera instancia.

Esta revisión se hizo en un plazo de dos (2) meses contados a partir de la fecha de aprobación del proyecto de investigación. El grupo de investigación dentro del proceso de selección de fallos, manejó un criterio de exclusión referido a la antigüedad mínima de cuatro (4) años en el cargo de magistrado que conforman las salas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de tal forma que al seleccionar la Sala civil se tuvo en cuenta que los magistrados que la conforman tenían mas de ese periodo en el cargo. Este criterio se aplicó para asegurar la solidez del objeto de investigación en cuanto a que proviniera de un operador judicial de cierta trayectoria en la segunda instancia de la decisión judicial. Una vez finalizada la etapa de recolección del dato por parte de los auxiliares de investigación, ya entró el equipo investigador a realizar el análisis de cada sentencia, utilizando el instrumento diseñado para ello.

El formato de análisis de sentencia constó de dos partes: una genérica que plasma los datos básicos de la providencia:

- ✓ Nombre Investigador:
- ✓ Fecha de Análisis:

- ✓ Magistrado Ponente
- ✓ Proceso No.
- ✓ Juzgado Procedencia:
- ✓ Apelante:

Una segunda parte que hace alusión a lo relacionado con la argumentación del apelante en torno al dictamen pericial y la valoración por parte de los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla sobre esta prueba y su incidencia sobre la decisión tomada en segunda instancia, y por último observaciones del equipo investigador y firma de quien recolectó el dato, así:

- ✓ Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI _____
NO_

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante:

- ✓ Fecha Sentencia:

Revoca ___ Confirma _____

- ✓ Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI___ NO_____

En caso afirmativo, breve resumen:

Atendiendo a los ítems del instrumento diseñado por el equipo investigador dentro de su proceso de análisis, pudo encontrar frente al objetivo trazado que hace relación a este capítulo del marco teórico lo siguiente:

Que de las 19 sentencias analizadas 5 de ellas fueron apeladas por la parte demandada y 14 por la parte demandante. Que en 12 de los casos apelados, el motivo de apelación no fue relativo, ni referido al dictamen pericial.

Los argumentos utilizados por los apelantes utilizados con mayor frecuencia fueron:

- Inobservancia del A Quo de la aseveración del dictamen: 2
- Ausencia argumentativa en la valoración del acervo probatorio :2
- Dictamen inconsistente: 1
- Negación a la práctica del dictamen pericial: 1

Cinco de las sentencias fueron revocadas en segunda instancia por el Tribunal Superior y confirmó 14 de los fallos apelados.

En lo que atañe directamente a la valoración del dictamen pericial de los fallos apelados, estos fueron los argumentos utilizados por los magistrados del Tribunal al valorar este medio de prueba:

- Inexistencia de argumentos del apelante sobre el dictamen pericial: 1
- Ambigüedad en el dictamen pericial no objetado por el apelante para su aclaración en primera instancia y que no sirve de soporte para revocar el fallo: 5
- Se acoge a la conclusión del dictamen pericial: 3
- Sin argumentos: 10 (no hubo dictamen en 9 de estos casos).

Ello evidencia que es casi nula y pobre la argumentación que se da en segunda instancia por parte de los magistrados del Tribunal Superior en torno a la valoración del dictamen pericial, lo que conllevó en la mayoría de los fallos analizados a que los mismos fueran confirmados. Evidentemente fue altamente notoria la pasividad del Magistrado Ponente, y de la Sala en general, frente a la posibilidad de mejorar la información aportada o no por el dictamen, mediante el requerimiento oficioso al Perito de aclaración y/o complementación, ya que en ninguno de los fallos encontrados se hizo Aclaración o Salvamento de Voto alguno.

De lo anterior, se desprende que tanto el fallador como los abogados litigantes no hicieron el uso adecuado de la prueba pericial que resulta ser tan importante en los casos de responsabilidad médica, de tal manera que –como dato colateral- se observó la conducta del litigante en –escasamente- el 50% de los casos solicitó Dictamen Pericial y en ninguno de ellos solicitó aclaración y/o complementación, y mucho menos objetó el dictamen, tal como se puede evidenciar en los resultados plasmados obtenidos en este objetivo específico.

Se concluye entonces que en el período de los años 2006 a 2010 la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla dictó 19 sentencias en casos de responsabilidad civil médica; de las cuales solo en 10 procesos se solicitó, decretó, practicó y valoró dictamen pericial. En los 9 fallos restantes el proceso estuvo huérfano de la solicitud o aportación de tal medio probatorio por parte del demandante, y menos por parte del demandado.

Evidentemente se encuentra justificado que el Tribunal Superior haya sido contundente al fallar en el 47,36% de las sentencias estudiadas, en contra de las pretensiones demandadas debido a la ausencia total de prueba sobre el nexo causal entre el daño y la conducta médica.

Sin embargo, se encontró que en –al menos- un 50% del 52,63% restante en que se practicó dictamen pericial, se justificaba el ejercicio de la facultad oficiosa del juez de solicitar aclaración y / o complementación del dictamen, en su deber de la búsqueda de la verdad, y ésta no se ejerció ni siquiera en uno de ellos, en el que era evidente la necesidad de complementar la información para elaborar el dictamen, suministrándole al auxiliar de la justicia la Historia Clínica que le permitiera desarrollar su labor, pues al presentar su informe, el perito clara y expresamente señaló que *“...no se puede determinar si el tratamiento médico recibido por el paciente, estaba dentro de los protocolos internacionales, ya que no hay aporte de historia clínica desde el inicio de su enfermedad, tratamiento*

instaurado y seguimiento, ya que lo único que se aportó ... fue la historia clínica correspondiente a los días que el actor permaneció en la fundaciónNo se cuenta, entonces, con los suficientes elementos de juicio para afirmar categóricamente que el daño sufrido ... se debió a una mala praxis”¹⁹⁶

De tal manera que la valoración del dictamen pericial en el 50%¹⁹⁷ de las sentencias de responsabilidad médica proferidas por magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla – sala civil durante los años 2006 al 2010 fue en extremo rigurosa de la formalidad de las normas, dejando sin ejercer –en casos en los que procedía- la facultad oficiosa de requerir del perito la claridad, y complementación que se hacían evidentes por los vacíos, ambigüedades o insuficiencias de las conclusiones periciales.

Colateralmente también se pudo evidenciar ausencia absoluta de asertividad del litigante al solicitar el decreto de pruebas, pues en nueve (9) de los 19 procesos correspondientes, no se solicitó dictamen pericial , en los diez (10) restantes no se estructuraron coherente y congruentemente los cuestionarios de la prueba pericial solicitada, con lo que se concluye no solo el desconocimiento de la materia especializada de la responsabilidad médica, sino también de las elementales reglas consagradas en los Art. 236 al 243 del C. de P.C.; resultando de contera una pérdida en años invertidos en procesos judiciales condenados indefectiblemente a sentencias en contra de los demandantes, ya porque nunca debieron ser iniciados, o ya porque no se solicitaron y/o practicaron coherentemente las pruebas pericial y documental (historia clínica) que correspondían.

Pues si bien es cierto, la carga probatoria la tiene la parte interesada, no lo es menos la facultad oficiosa del juez, aun en segunda instancia, para ordenar la

¹⁹⁶ MONTAÑEZ PUENTES, Yimi contra COOMEVA EPS, Rad. 08001310300120030035501, 08 - /05/2008 M.P. Dr. Manuel JulianRodríguez.

¹⁹⁷ Porcentaje de los procesos en los que si hubo Dictamen Pericial.

aclaración, complementación y ampliación del dictamen¹⁹⁸. Esta facultad –entre otras- deviene para que el juez pueda cumplir con el deber consagrado en el Art. 4 del C. de P.C., y que el C.G.P. trae en su Art. 11: tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. De tal manera, la valoración del dictamen pericial encontrada en el objeto de estudio resultó deficiente por la orfandad del interés de la Sala respectiva del Tribunal, en que se aclarara y/o complementara el dictamen, para mejorar y aumentar la claridad de la información técnica que el dictamen pericial aporta en procesos de responsabilidad médica.

Es con fundamento, análisis y profundización de lo anterior que tanto en doctrina como en jurisprudencia se encuentran conclusiones coincidentes respecto del deber de los jueces de la búsqueda de la verdad, y para el tema investigado el juez de segunda instancia puede y debe -cuando sea necesario- requerir al perito para que aclare y complemente, máxime si se dan casos como dos de los estudiados en los que el mismo perito dice que no le enviaron toda la historia clínica o que no tuvo suficiente información para arribar a una conclusión precisa. Claro está que pudiera ocurrir que se requiera al perito y este perito no atienda, o lo haga imperfectamente, pero la facultad de la búsqueda de la verdad estaría cumplida por el operador judicial.

Evidentemente dentro del análisis que hace el equipo investigador de los fallos estudiados se observa también la falencia del litigante al pedir y atender la práctica y presentación de la prueba pericial, pero luego está la pasividad de los jueces para procurar una prueba completa, clara y precisa.

La ley procesal ya había previsto tal necesidad y por eso en los art. 236, 238 y 240 ibídem estableció facultades oficiosas al juez en relación con el dictamen pericial (el 236 en su numeral 2º, el 238 en su numeral 6º, y el 240 en su primer inciso).

¹⁹⁸ Código de Procedimiento Civil, Art. 240.

Similares previsiones trae el C.G.P., según se verifica en los Art. 228, 229, 230 y 234.

Eso es lo que aconteció en algunas de las sentencias de procesos de Responsabilidad Médica de la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla revisadas, cuando el Magistrado, apegado al rigorismo procedimental, desconoció toda una realidad y verdad legal al desvalorar, no valorar, y/o desapreciar medios de prueba válidamente allegados al proceso. Lo anterior, en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional en la T-466/99¹⁹⁹, en la que manifestó:

La Corte, tras reiterar la *ratio decidendi* de la sentencia T-1306 de 2001 – citada- señaló que, si bien los jueces gozan de libertad para valorar las pruebas dentro del marco de la sana crítica, no pueden desconocer la justicia material por un exceso ritual probatorio que se oponga a la prevalencia del derecho sustancial; que el sistema de libre apreciación es *proporcional*, mientras no sacrifique derechos constitucionales más importantes, y que “*tiene operancia*” aun tratándose de actos sujetos a formas sustanciales.

Lo mismo ocurrió cuando el operador judicial le dio al Dictamen del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, un valor indiscutible de idoneidad, considerándola “prueba reina” sin contemplar siquiera la posibilidad de error grave en ella, como si fuera inobjetable o no existieran otros peritos calificados para el tema médico, pasando por alto la orden legal contenida en el numeral 6 del Art. 1 de la Ley 23 de 1981²⁰⁰, que faculta al médico como Auxiliar de la Justicia.

Dicha norma, en concordancia con el Art. 243 del C. de P. C²⁰¹., sostenida también en el C.G.P. por el Art. 234, permite concluir que el dictamen rendido por

¹⁹⁹Corte Constitucional, T-264-09, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰⁰ El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y solo la verdad.

el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses si admite contradicción, según se observa del contenido de dicha norma, especialmente el último inciso²⁰² en el que claramente se lee que una vez cumplido lo normado en el Art. 237 del mismo Código, se procederá como indica el artículo 238, que no es más que la norma que establece el procedimiento para la Contradicción del Dictamen.

Sin embargo, se observó en un porcentaje del 100% de las sentencias en el tipo de procesos revisados, que éstas centraron el aspecto pericial en el precitado Instituto, y no solo porque el fallador así lo hubiera considerado, sino porque en ninguna de ellas hubo solicitud de aclaración y/o complementación, ni mucho menos objeción. El resultado de la recolección del dato en esta investigación, permitió comprobar estadísticamente esta afirmación. De allí que resultó interesante efectuar una investigación de este corte en la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla, verificando la aplicación o no de las teorías de autores tales como Fenoll, que en su obra La Valoración de la Prueba enseña que la correcta actividad de valoración de la prueba debe estar basada en el mantenimiento de la imparcialidad judicial vinculada a la necesaria motivación de las razones concretas por las que el juez se ha convencido de la realidad de unos

²⁰² ART. 243.—**Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 113. Informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales.** Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la Policía Judicial, al Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno.

.....
También podrá el juez utilizar los servicios de dichas entidades y dependencias oficiales, para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquéllas, con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen, de lo cual se dejará constancia escrita.

.....
Para la rendición del dictamen se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 237, y una vez devuelto el despacho al juez se procederá como indica el artículo 238.

hechos, según se concluye de lo expuesto en las páginas 30 y 31 de la obra citada²⁰³.

De acuerdo con el análisis de cada sentencia, a continuación se detalla lo encontrado en cada una de ellas:

1. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES
Fecha de Análisis: Enero 14 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES
Proceso No. 080013103009199713357-00
Juzgado Procedencia: Noveno Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia 2ª Instancia: Junio 09 de 2006
Revoca Confirma
Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO (No hubo dictamen pericial)

2. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES
Fecha de Análisis: Enero 20 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE
Proceso No. 08001310300520020014201
Juzgado Procedencia: Quinto Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Octubre 23 de 2006
Revoca Confirma
Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO
Observación: SI hubo dictamen pericial.

3. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES
Fecha de Análisis: Enero 27 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente RUTH ELENA JIMÉNEZ GONZÁLEZ
Proceso No. 08001310301020020011500
Juzgado Procedencia: Décimo Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO

²⁰³ FENOLL, Jordi. La Valoración de la prueba. Editorial Marcial Pons, Madrid. 2010. Pág. 30 y 31.

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante
Además de otros argumentos inferidos del análisis que hace de los hechos, el apelante reclamó la inobservancia del A Quo de la supuesta aseveración del dictamen, que indicaba que la lesión ocurrió en una zona anatómica completamente independiente de aquella donde se realizó el procedimiento quirúrgico.

Fecha Sentencia 2ª Instancia: Enero 18 de 2007
Revoca ___ Confirma X

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI X NO ___

En caso afirmativo, breve resumen:

La sala del Tribunal encontró que no existía en el dictamen ninguna aseveración similar a la que reclamaba el apelante.

4. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Fecha de Análisis: Febrero 03 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE

Proceso No. 08001310300320030013402

Juzgado Procedencia: Tercero Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE X DEMANDADO

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI ___ NO X

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia 2ª Instancia: Marzo 07 de 2007

Revoca ___ Confirma X

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI ___ NO X

Observación: NO hubo dictamen pericial.

5. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Fecha de Análisis: Febrero 10 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente CARMIÑA GONZÁLEZ ORTIZ

Proceso No. 080013103003200113357-00

Juzgado Procedencia: Tercero Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE X DEMANDADO

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI X NO ___

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Se acusa la sentencia de ausencia argumentativa, apoyo legal y fuerza demostrativa, ya que no se desarrolló conforme a las normas procesales, toda vez que no hubo una valoración integral del acervo probatorio.

Fecha Sentencia: Marzo 12 de 2007

Revoca ___ Confirma X

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI X NO ___

En caso afirmativo, breve resumen:

La Sala del Tribunal analizó y tuvo en cuenta el Dictamen del INML, que certificó que las secuelas en el recién nacido podían tener una de dos causas: la hiperbilirubina neonatal, y la hipoxia perinatal por falta de oxígeno, pero que NO era posible individualizar la causa en el caso en estudio, debido a que los datos que aportaba la historia clínica eran insuficientes para tal

determinación. Asimismo el dictamen certificó que los médicos habían atendido a la paciente, su parto y al recién nacido sin apartarse “de las normas de atención establecidas en la Lex Artis.”

6. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Fecha de Análisis: Febrero 24 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente LILIAN PÁJARO de DE SILVESTRI

Proceso No. 08001310300120010016201

Juzgado Procedencia: Primero Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE__X__ DEMANDADO_____

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI __X__ NO__

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Reclama la deficiente valoración del dictamen que conceptuó que la bacteria que originó la infección que obligó a la extracción del ojo a la paciente, era la causante del 10% de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, por lo tanto las demandadas debían responder por haber sido en sus instalaciones donde tal bacteria había contaminado a la paciente.

Fecha Sentencia: Agosto 16 de 2007

Revoca _____ Confirma __X__

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI__X__ NO_____

En caso afirmativo, breve resumen:

La Sala del Tribunal analizó detalladamente el dictamen y concluyó que en el mismo NO se determinaba que la bacteria había sido adquirida en el quirófano, ni tampoco se estableció tales sitios como “únicos portadores de la misma.”

7. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Fecha de Análisis: Marzo 03 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA

Proceso No. 0800131030111997021002

Juzgado Procedencia: Once Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE__X__ DEMANDADO_____

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI _____ NO__X__

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Agosto 29 de 2007

Revoca _____ Confirma __X__

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI_____ NO__X__

Observación: NO hubo dictamen pericial.

8. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Fecha de Análisis: Marzo 10 de 2014

Magistrado Ponente RUTH ELENA JIMÉNEZ GONZÁLEZ

Proceso No. 0800131030072001045101

Juzgado Procedencia: Séptimo Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE__X__ DEMANDADO_____

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI __X__ NO__

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Se indica en la apelación que el dictamen señaló fallas en el servicio médico porque no se le practicó previo a la cirugía, un examen de gravidez a la paciente.

Fecha Sentencia: Marzo 14 de 2008

Revoca Confirma

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen:

La Sala del Tribunal consideró que aunque el dictamen expresó que lo "ideal" hubiera sido que se le practicara el examen de gravidez a la paciente, no se señaló que tal conducta era "obligatoria", por lo tanto no podían concederse las pretensiones demandadas.

9. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Fecha de Análisis: Marzo 17 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente MANUEL JULIÁN RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Proceso No. 08001310300120030035501

Juzgado Procedencia: Primero Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Mayo 08 de 2008

Revoca Confirma

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen:

Se apoyó en la manifestación del perito en la imposibilidad de conceptuar la existencia de mala praxis, debido a la insuficiencia de la Historia Clínica, la cual fue aportada incompleta al proceso.

10. Nombre Investigador: GISELA ANASTACIA GARCIA TORRES

Fecha de Análisis: Marzo 31 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Proceso No. 08001310300919980041301

Juzgado Procedencia: Noveno Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Septiembre 12 de 2008

Revoca Confirma

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO

Observación: NO hubo dictamen pericial.

11. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES

Fecha de Análisis: Enero 14 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente ABDON SIERRA GUTIÉRREZ

Proceso No. 08001310300920010034001

Juzgado Procedencia: Noveno Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Octubre 15 de 2008

Revoca Confirma

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO

Observación: NO hubo dictamen pericial.

12. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES

Fecha de Análisis: Enero 20 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente MARGARITA CABELLO BLANCO

Proceso No. 08001310301020040028402

Juzgado Procedencia: Décimo Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Noviembre 10 de 2008

Revoca Confirma

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen:

La Sala encontró que en el dictamen emitido por la Junta Regional de Invalidez se determinó como causa del tumor, un crecimiento anormal del tejido, y no una mala colocación del yeso.

13. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES

Fecha de Análisis: Enero 27 de 2014, 8:00 AM

Magistrado Ponente MARGARITA CABELLO BLANCO

Proceso No. 08001310301420020012701

Juzgado Procedencia: Catorce Civil del Circuito

Apelante: DEMANDANTE DEMANDADO

Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Entre otros argumentos, se expuso que el Dictamen era inconsistente, pues pese a manifestar la carencia de documentos para emitir un concepto más específico, terminó concluyendo que hubo una atención inadecuada e inoportuna.

Fecha Sentencia: Diciembre 11 de 2008

Revoca Confirma

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI NO

En caso afirmativo, breve resumen:

La Sala del Tribunal consideró que NO era posible darle suficiente valor probatorio al dictamen para condenar a las demandadas, debido a que la misma prueba expresó que no se le suministró suficiente información documental importante, tales como monitoreo fetal, el ingreso a la maternidad, y la necropsia, entre otros, que SI reposaban en el expediente, y a pesar de ello entregó una conclusión, que no resulta "certera" para la Sala.

14. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES
Fecha de Análisis: Febrero 03 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente ABDON SIERRA GUTIÉRREZ
Proceso No. 08001310300220070004801
Juzgado Procedencia: Segundo Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE X DEMANDADO _____
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI _____ NO X____
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Septiembre 02 de 2009
Revoca _____ Confirma X_____

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI _____ NO X____
Observación: NO hubo dictamen pericial.

15. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES
Fecha de Análisis: Febrero 10 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA
Proceso No. 0800131030032004019701
Juzgado Procedencia: Tercero Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE X DEMANDADO _____
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI X NO _____
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante
Reclamó que al presentar la demanda solicitó la práctica de un dictamen pericial, y la juez de primera instancia negó tal prueba.

Fecha Sentencia: Septiembre 09 de 2009
Revoca _____ Confirma X_____

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI X NO _____
En caso afirmativo, breve resumen:
La Sala analizó el dictamen y lo valoró teniendo en cuenta que allí se dictaminó que la bacteria se encuentra tanto en centros hospitalarios, como fuera de ellos, por lo tanto no permitía condenar a la demandada.

16. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES
Fecha de Análisis: Febrero 24 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES
Proceso No. 08001310300220010041101
Juzgado Procedencia: Segundo Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE X DEMANDADO _____
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI _____ NO X____
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Marzo 12 de 2010
Revoca _____ Confirma X_____

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI _____ NO X____
Observación: NO hubo dictamen pericial.

17. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES
Fecha de Análisis: Marzo 03 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente LILIAN PÁJARO de DE SILVESTRI
Proceso No. 08001310301020050024701
Juzgado Procedencia: Décimo Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE___ DEMANDADO__X__
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI ___ NO_X__
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Junio 28 de 2010
Revoca __X__ Confirma _____

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI___ NO__X__
Observación: NO hubo dictamen pericial.

18. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES
Fecha de Análisis: Marzo 10 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES
Proceso No. 08001310301120040007701
Juzgado Procedencia: Once Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE__X__ DEMANDADO_____
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI ___ NO_X__
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Agosto 30 de 2010
Revoca _____ Confirma __X__

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI_X__ NO_____
En caso afirmativo, breve resumen:

Del análisis del Dictamen rendido por el INML, la Sala extractó el aparte en que claramente señala el Perito que la conducta de los demandados se ciñó con todo rigor a los protocolos de manejo de las circunstancias que presentaba el paciente cuando llegó a Urgencias.

19. Nombre Investigador: JULIO CESAR CONTRERAS MORALES
Fecha de Análisis: Marzo 17 de 2014, 8:00 AM
Magistrado Ponente ABDON SIERRA GUTIÉRREZ
Proceso No. 08001310300520060011501
Juzgado Procedencia: Quinto Civil del Circuito
Apelante: DEMANDANTE___ DEMANDADO_X__
Motivo Apelación RELACIONADO CON EL DICTAMEN PERICIAL: SI ___ NO_X__
En caso afirmativo, breve resumen argumento del apelante

Fecha Sentencia: Diciembre 13 de 2010
Revoca __X__ Confirma _____

Valoración y Calificación del dictamen pericial: SI___ NO__X__
Observación: NO hubo dictamen pericial.

La etapa final: luego del análisis de las 19 sentencias que constituye el número completo de sentencias encontradas en los registros de la Relatoría del Tribunal Superior de Barranquilla, de acuerdo al objeto de estudio y dentro de la temporalidad tenida en cuenta, el equipo investigador procedió a hacer la discusión de los resultados encontrados producto del análisis de las sentencias y se cotejó con la teoría desarrollada dentro del marco teórico de este estudio para llegar a conclusiones y recomendaciones plasmadas en este informe final, lo que permitió alcanzar el objetivo de verificar la valoración del dictamen pericial en los procesos de responsabilidad médica en las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010, que a su vez también permitió establecer que la hipótesis planteada al inicio de este proyecto resultó ser parcialmente cierta, por cuanto la valoración del Dictamen Pericial en las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010 en procesos de responsabilidad médica, no se realizó con aplicación de las reglas de la sana crítica y del deber del juez de buscar y encontrar la verdad, al no ejercer su facultad discrecional de decretar oficiosamente prueba pericial o solicitar la Aclaración o Complementación de la practicada en primera instancia.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar la valoración del dictamen pericial en sentencias de responsabilidad médica, proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Efectuar un acercamiento al dictamen pericial y a su valoración en el proceso civil.
- Establecer la forma de valoración del dictamen pericial en los casos de responsabilidad médica, doctrinal y jurisprudencialmente.
- Verificar la valoración del dictamen pericial en las sentencias por responsabilidad médica proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010.

5. PROPÓSITO

Este trabajo de investigación tuvo como propósito aportar un material de conocimiento a la comunidad jurídica, acerca de la valoración del dictamen pericial que hacen los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil en los procesos de responsabilidad médica, y como se debería hacer para lograr una efectiva administración de justicia, en este tipo de procesos, cuyo objeto fundamental es de carácter especializado, técnico – científico, distinto a la mera discusión de un derecho, que no se podría decidir sin el concepto de un experto en la materia.

6. HIPÓTESIS

En este estudio se partió de la hipótesis que teóricamente la valoración del Dictamen Pericial debe realizarse de forma conjunta con los demás medios de prueba, pero que a nivel práctico, con relación a las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010 en procesos de responsabilidad médica, no se tenía la certeza de cómo éste había valorado el dictamen pericial, por lo que se requería la verificación y análisis de las sentencias dictadas en tales procesos en el periodo indicado.

Una vez terminado el trabajo de investigación se pudo establecer que la valoración no se realizó con aplicación de las reglas de la sana crítica y del deber del juez de buscar y encontrar la verdad, dejando incluso de ejercer su facultad discrecional de decretar oficiosamente prueba pericial, o solicitar la Aclaración o Complementación de la practicada en primera instancia.

7. METODOLOGÍA

7.1 TIPO DE ESTUDIO

Este estudio se abordó desde el paradigma histórico hermenéutico, fue una investigación cualitativa y el nivel de profundidad fue el analítico.

- Teórico, porque se partió de la base de las normas legales, y la doctrina contenida en la escuela de Fenoll, sobre la correcta actividad de valoración de la prueba.
- Analítica, porque se pudo identificar la valoración del dictamen pericial efectuada por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil en los procesos de responsabilidad médica durante los años 2006 al 2010, donde se examinaron 19 expedientes seleccionados en el Tribunal, y la jurisprudencia correspondiente.
- Práctica, porque la obtención del dato se hizo mediante investigación de campo sobre casos reales (expedientes del Tribunal durante el periodo señalado).

7.2 POBLACIÓN

La población objeto de estudio, estuvo constituida por las sentencias proferidas por los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil en procesos de responsabilidad civil médica, durante los años 2006 al 2010. De ellas se observó y analizó la valoración que hicieron los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil en torno al dictamen pericial. Se analizaron las sentencias anteriormente relacionadas, y se tomó como muestra las sentencias en procesos de Responsabilidad Médica en los cuales se hubo practicado dictamen pericial. (19 Sentencias).

7.3 DISEÑO MUESTRAL

El diseño muestral estuvo constituido por la totalidad de las sentencias anteriormente relacionadas, tomadas de procesos de Responsabilidad Médica en los cuales se practicó dictamen pericial.

7.4 DISEÑO DEL PLAN DE DATOS

7.4.1 Gestión del Dato

Los datos necesarios para realizar esta investigación se gestionaron por medio de visitas directas a la oficina de Relatoría del Tribunal, en donde sin necesidad de solicitud formal o autorización alguna, se pudieron revisar los Libros de Sentencias de cada Magistrado correspondientes al periodo 2006 al 2010, debido a que están organizados por año y por Magistrado. Por ello no fue necesario usar la solicitud a la Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, suscrita por la Universidad de Medellín y la Universidad Simón Bolívar conjuntamente, según el modelo contenido en la solicitud F1 del Proyecto de Investigación²⁰⁴, para que le fuera permitido al grupo de investigación el acceso a los libros de radicación de procesos en el período 2006 a 2010, para seleccionar los radicados que correspondieron a procesos de responsabilidad médica. Ya obtenida la información inicial, y la fotocopia de las sentencias en la Relatoría, los expedientes respectivos se pudieron revisar en cada juzgado. Este mismo modelo conductual, es decir el acceso directo a la fuente sin necesidad de solicitar permiso en Biblioteca alguna, se implementó para la Gestión del Dato que se obtuvo mediante la revisión bibliográfica de los textos indicados en la Bibliografía, pues alguno de los textos allí indicados fueron adquiridos por el equipo investigador, y otros se accedieron mediante el internet. En cuanto al dato proveniente del análisis de

²⁰⁴ Ver Anexo 1 y 1.1 del Proyecto de Investigación aprobado.

jurisprudencia seleccionada, se gestionó mediante la búsqueda en internet de sentencias de la Corte Suprema de Justicia referidas a la valoración del dictamen pericial, y a la importancia de este en procesos de responsabilidad medica; de manera similar se hizo para la gestión del dato de la doctrina. Los resultados se registraron en las Fichas #5 y 6 (Ver Anexos # 5 y 6 correspondientes a las fichas de análisis de Jurisprudencia, y a las Fichas Bibliográficas textuales).

7.4.2 Obtención del Dato

Los datos se obtuvieron de fuentes secundarias a través de distintos instrumentos de medición donde se condensó el dato proveniente de sentencias, jurisprudencia, normas, y textos temáticos.

- Ficha de Datos F1: Protocolo de Capacitación. Corresponde al registro de la instrucción dada al Investigador Auxiliar, para el proceso de gestión inicial del dato en la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla.
- Ficha de datos F2: Revisión Libros de Archivo de Sentencias de la Sala Civil, que reposan en la Relatoría del Tribunal Superior de Barranquilla. Este formato contiene la información obtenida por el Investigador Auxiliar en los Libros de Archivo de sentencias dictadas por cada magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla entre los años 2006 a 2010, en cuanto a determinar si las pretensiones de la demanda estaban dirigidas a la declaratoria de la existencia de algún tipo de responsabilidad médica, y la consecuente indemnización.
- Ficha de Datos F3: Revisión Preliminar de Expedientes. Este formato contiene los datos del proceso, obtenidos por el Investigador Auxiliar respecto de la siguiente información: si se decretó prueba pericial médica, si el perito fue

persona natural o jurídica, y si la sentencia de primera instancia fue absolutoria o condenatoria.

- Ficha de Datos F4: contiene el Análisis de los Expedientes correspondientes a las sentencias seleccionadas, realizados por los Investigadores, a fin de verificar la solicitud del dictamen, su práctica y contenido en cuanto a la forma, la sustentación, la contradicción, y la valoración judicial de 2ª instancia.
- Ficha de Datos F5: contiene Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional realizado por los Investigadores, sobre algunas sentencias destacadas dentro del precedente referido al valor probatorio del dictamen pericial y el deber del juez de realizar la valoración del mismo.
- Ficha de Datos F6: contiene el Análisis de los referentes bibliográficos, realizado por los Investigadores en textos de autores reconocidos doctrinantes en el tema del dictamen y su valoración, especialmente los de las Escuelas escogidas por el equipo, como referentes de la Investigación. (Ver Anexo 6: Ficha bibliográfica textual).

7.4.3 Recolección del Dato

La recolección del dato estuvo a cargo del grupo de investigación, apoyado en un grupo de dos (2) auxiliares, estudiantes de últimos semestres de Derecho, previamente instruidos por el grupo de investigación. Estos auxiliares revisaron en la Relatoría del Tribunal Superior de Barranquilla, los libros de archivos de sentencias del período comprendido entre los años 2006 a 2010, extractando los datos referenciales de cada proceso para los formatos de análisis de sentencia en procesos relativos a responsabilidad médica en los que se practicó Dictamen Pericial.

Asimismo, los Investigadores gestionaron y analizaron los datos provenientes de precedentes judiciales, de tal forma que se plasmó en las fichas de Análisis de Jurisprudencia, la posición de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional sobre el valor probatorio del dictamen pericial y el deber del juez de realizar la valoración del mismo.

El dato para los referentes bibliográficos para la construcción del marco teórico se hizo por parte de los Investigadores, en fichas bibliográficas textuales en las cuales se identificó plenamente la obra, su autor, editorial, y el texto citado.

- El Análisis de Jurisprudencia de la Corte

7.4.4 Control de Sesgos:

Para evitar la desviación de la medición, se implementaron controles a los posibles sesgos de selección, información y confusión, que pudieron presentarse.

Estos controles consistieron en las siguientes acciones:

- a) Control de Sesgos de Selección: el grupo de investigación se comprometió con la selección del objeto de estudio, atendiendo su representatividad, manejando un criterio de exclusión referido a la antigüedad mínima de cuatro (4) años en el cargo de magistrado que conforman las salas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. En los despachos se seleccionaron los procesos sentenciados entre 2006 y 2010, correspondientes a casos de responsabilidad médica.
- b) Control de sesgos de información: Debido a que los dos investigadores son abogados litigantes en el distrito judicial de Barranquilla, quedaron por fuera de la investigación todos los procesos en los que hayan tenido alguna participación, ya sea como parte, apoderado, auxiliar de la justicia, testigo,

consultor, etc. Esto permitió capacitar de manera objetiva a los auxiliares recolectores del dato, en el proceso de obtención y recolección del dato, en el diligenciamiento de las Fichas respectivas. Así se evitó influencia subjetiva del investigador sobre la objetividad que persigue el instrumento frente al objeto de estudio. De tal manera se controlaron los siguientes aspectos que pudieron influir de forma sesgada en la información obtenida:

1.- Sobre el sujeto: el grupo de investigación realizó capacitación permanentemente al grupo de trabajo con el objetivo de estandarizar la medición al objeto de estudio.

2.- Sobre el objeto: el grupo de investigación elaboró un protocolo para el manejo del objeto de estudio.

- c) Control de sesgos de confusión: para atender la posible aparición de variables incontrolables o imprevistas que pudieron modificar el comportamiento del objeto de estudio, el grupo de investigación tuvo especial cuidado en conocer y procesar las fechas (momento cronológico) en que se dictaron las sentencias proferidas por los magistrados, y las que conformen la jurisprudencia respectiva. Ello permitió comparar las decisiones judiciales con la jurisprudencia, para revisar si hubo posiciones diferentes.

7.5 PLAN DE ANÁLISIS DEL DATO

El análisis de los expedientes –que involucró las sentencias-, la jurisprudencia y la Bibliografía respectiva, fue realizado personalmente por los miembros del grupo de investigación, de manera individual.

En la tabla número uno se presenta el plan de análisis detallado.

Tabla 1. Plan de análisis detallado

OBJETIVOS	TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN	INSTRUMENTO DE MEDICIÓN	OBSERVACIONES
Efectuar un acercamiento al dictamen pericial y a su valoración en el proceso civil	Análisis de texto	Ficha de análisis de norma, doctrina y jurisprudencia	Este objetivo se alcanzó con la indagación de la norma y jurisprudencia colombiana y desde el derecho comparado en torno a la doctrina.
Establecer la forma de valoración del dictamen pericial en los casos de responsabilidad médica, doctrinal y jurisprudencialmente.	Análisis de texto	Ficha de Análisis de jurisprudencia Fichas Bibliográficas Formato de análisis de sentencia	Para el alcance de este objetivo se contrastó la teoría dada desde la doctrina y jurisprudencia relacionada al dictamen pericial y su valoración en procesos civiles en casos de responsabilidad médica apelados ante el Tribunal de Barranquilla-sala civil y se cruzó información con lo obtenido en el análisis de las sentencias proferidas por el Tribunal en mención.
Verificar la valoración del dictamen pericial en los procesos de responsabilidad médica en las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010.	Análisis de texto	Formato de análisis de sentencia	Se hizo una selección de los expedientes de procesos ordinarios de responsabilidad médica, a partir de la información contenida en los libros de radicación del Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil, durante el periodo 2006 al 2010. El análisis de los 19 expedientes se realizó teniendo como marco referencial, la norma, la jurisprudencia y la doctrina correspondiente.

OBJETIVOS	TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN	INSTRUMENTO DE MEDICIÓN	OBSERVACIONES
			Luego del análisis se alcanzó el objetivo verificando la valoración que los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla-Sala Civil dieron del dictamen pericial.
<p>HIPÓTESIS La valoración del Dictamen Pericial en las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010 no se realizó con aplicación de las reglas de la sana crítica y del deber del juez de buscar y encontrar la verdad, ejerciendo incluso su facultad discrecional de decretar oficiosamente prueba pericial o solicitar la Aclaración o Complementación de la practicada en primera instancia.</p>	Análisis de texto	<p>Ficha de Análisis de jurisprudencia</p> <p>Fichas Bibliográficas</p> <p>Formato de análisis de sentencia</p>	Se efectuó el cruce de las informaciones conclusivas de los distintos instrumentos de medición utilizados para el alcance de los objetivos para poder confirmar luego del análisis de 19 sentencias que efectivamente no se hace la adecuada valoración del dictamen pericial en casos de responsabilidad médica lo que va en contravía de una correcta administración de justicia.

7.6 PROCESAMIENTO DEL DATO

Finalizada la etapa de recolección del dato, se procedió a realizar los siguientes pasos:

1.- Revisión de instrumentos a fin de determinar cuántos se obtuvieron de cada tipo implementado.

2.- Se elaboró una base de datos con todos ellos. De allí se extrajo los resultados.

3.- Posteriormente se clasificaron los datos subdividiendo los provenientes de las sentencias proferidas por los magistrados, de los de las sentencias que conforman la jurisprudencia, de los de la bibliografía de textos, y artículos, confrontándolas con los objetivos. Es decir, que los resultados obtenidos con el análisis de sentencias fueron tabulados para poder graficar los datos. Todo lo anterior, atendiendo las fichas que se elaboraron para esa recolección del dato.

4.- Se realizó el procesamiento de los modelos teóricos obtenidos de las reglas normativas relativas a la valoración del dictamen pericial, a fin de comparar el resultado de la etapa anterior con el modelo teórico, buscando respuestas a los objetivos y a la hipótesis planteada.

5.- A los resultados obtenidos del procesamiento de datos, se les verificó mediante el control de sesgos implementado.

Para lograr los resultados, se revisaron los modelos teóricos que constituyen las reglas de valoración del dictamen pericial frente a los datos obtenidos, lo cual permitió interpretar y entregar los resultados de la medición de los objetivos y de la hipótesis. Lo anterior de acuerdo con el alcance de los objetivos del procesamiento de los datos, que permitió la medición respectiva.

El alcance de las conclusiones y de las recomendaciones estuvo determinado por el resultado de la medición de los objetivos frente a la hipótesis.

8. RESULTADOS

A continuación se muestran los resultados obtenidos en cada uno de los objetivos formulados en este estudio así:

Con relación al primer objetivo: Efectuar un acercamiento al dictamen pericial y a su valoración en el proceso civil, cabe decir que:

La Ley procedimental colombiana, la jurisprudencia y los doctrinantes escogidos, coinciden en la definición del Dictamen Pericial como un medio de prueba, así como en su forma y contenido, las reglas para su presentación, y su contradicción dentro del debido proceso. Valga precisar que el marco legal procedimental vigente en Colombia entre los años 2006 al 2010, -período determinado para la ubicación temporal del objeto de la Investigación-, eran los Art. 233 al 243 del Código de Procedimiento Civil que a partir del 2012 se aplica bajo la reforma de la Ley 1395 de 2010, y actualmente se encuentra derogado por la Ley 1564 de 2012 por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso, cuya entrada en vigencia se dio el 1 de Enero de 2016 en todo el territorio nacional, según indicación del Consejo Superior de la Judicatura por medio del Acuerdo PSAA15-10392. Esta nueva reglamentación contenida en el Capítulo VI del Título Único de la Sección Tercera del Libro Segundo del C.G.P., trae una reglamentación mucho más completa y técnica acerca del contenido del dictamen y el perfil que debe cumplir el perito, simplificando la utilización de este medio probatorio a la obligación de su presentación por parte de quien lo considere necesario para sus intereses dentro del proceso, eliminando así el trámite incidental de la objeción, pues la contradicción se hará mediante la comparecencia del perito a solicitud de parte para que sustente el dictamen y su idoneidad pericial para rendirlo, y/o la presentación de un dictamen que contradiga el presentado por la otra parte, o mediante ambos mecanismos. En el caso de la comparecencia, el perito podrá ser

interrogado por el Juez y por las partes. También establece esta nueva reglamentación la multa al perito que no rinda el dictamen en tiempo, y la obligación de acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen, so pena del deber de reembolsar las sumas no acreditadas y recibidas como gastos de pericia. Asimismo adiciona otros requisitos para la apreciación del dictamen por parte del juez, tales como *solidez, claridad, exhaustividad, comportamiento del perito en la Audiencia*, y cambia la cualidad de *competencia* por *idoneidad* del perito.

Estas novedades procedimentales seguramente serán de gran ayuda para evitar la abundancia de fallos absolutorios en favor de entidades y profesionales de la salud, por falta de prueba del nexo causal, especialmente el requisito de la *exhaustividad* del dictamen, pues la ausencia de este aspecto o componente fue un denominador común en los dictámenes periciales practicados y valorados en las sentencias objeto de investigación. Efectivamente no se apreció en ellos exhaustividad.

Volviendo al resultado relativo a la Valoración del Dictamen Pericial, ciertamente en la ley vigente para los años 2006 a 2010, existían unas reglas y técnicas de causalidad, científicidad, precisión y calidad que debían cumplirse al decretar y practicarse el dictamen. Paralelo a estas reglas y técnicas, también existía la facultad oficiosa del tribunal (juez de segunda instancia) para decretar la prueba pericial que aportara claridad científica al proceso cuando aquella no hubiese sido decretada o practicada, por causa no imputable a las partes, –pero si solicitada– en primera instancia, o para solicitar la aclaración y complementación cuando en el caso contrario, el dictamen practicado no contuviera la firmeza, claridad, precisión y detalle suficientes para analizar los hechos de la demanda susceptibles de tal medio probatorio, y así utilizar todas las herramientas del debido proceso para resolver todas las pretensiones de manera justa. Sumadas a los anteriores, la imparcialidad judicial y el deber del juez de la búsqueda de la verdad.

De lo investigado, como resultado se muestra que existía coincidencia entre los Art. 233 a 243 concordantes con los Art. 179 y 189 del C. de P.C., la jurisprudencia y la doctrina estudiada proveniente de los doctrinantes Hernando Devis Echandia, Michelle Taruffo, y Jordi Fenoll.

Respecto al segundo objetivo 2 “establecer la forma de valoración del dictamen pericial en los casos de responsabilidad médica, doctrinal y jurisprudencialmente”, el cual se alcanzó a través de una técnica de investigación como lo fue el análisis de texto y diseño de dos instrumentos de medición (fichas bibliográficas para el análisis de la doctrina; fichas de análisis de jurisprudencia que permitió confrontar las posturas de las altas cortes en torno a la valoración del dictamen pericial en procesos de responsabilidad médica). En este aspecto de la investigación se encontró una característica de severidad en la jurisprudencia acerca del deber del juez en procurarse un dictamen idóneo, cuando del resto del acervo probatorio se colija su pertinencia para poder obtener la información especializada que tal acervo no contenga. Sin embargo, y paralelo a este reconocimiento del deber oficioso del juez de obtener un dictamen pericial idóneo en procesos de carácter especializado de responsabilidad médica, también hay una postura jurisprudencial acerca del deber de la parte interesada de solicitar y/o aportar la prueba pericial pertinente, y ser diligente en torno a ella. Igualmente se observó en la jurisprudencia estudiada, que la Corte también ha reiterado el deber de claridad, precisión y detalle que debe cumplir el dictamen, además del de la idoneidad e imparcialidad del Perito. Estos mismos aspectos se encontraron analizados por algunos de los tratadistas citados, de tal manera que aparte de algunas discusiones conceptuales sobre la preferencia y sobre valoración del dictamen pericial sobre otras pruebas del acto médico, se encontró que tales análisis y posturas doctrinarias, traídas de los conceptos generales de Dictamen Pericial, y Valoración del Dictamen, se ajustaban perfectamente a los procesos por demandas de responsabilidad civil médica, dado el carácter científico y especializado de esta clase de conflictos.

En lo que respecta a los resultados del tercer **objetivo** “Verificar la valoración del dictamen pericial en las sentencias por responsabilidad médica proferidas por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil durante los años 2006 al 2010”, alcanzado mediante la técnica de investigación análisis de texto, el instrumento de medición fueron los formatos de análisis de sentencias y revisión de expedientes – respectivamente-, que permitieron evidenciar la valoración que los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla- Sala Civil- hicieron sobre el dictamen pericial en los casos objeto de estudio y como argumentaron su pronunciamiento.

A continuación se muestra en gráficas el resultado obtenido de la revisión de las 19 sentencias, así:

➤ **SENTENCIAS POR CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA APELADAS POR:**

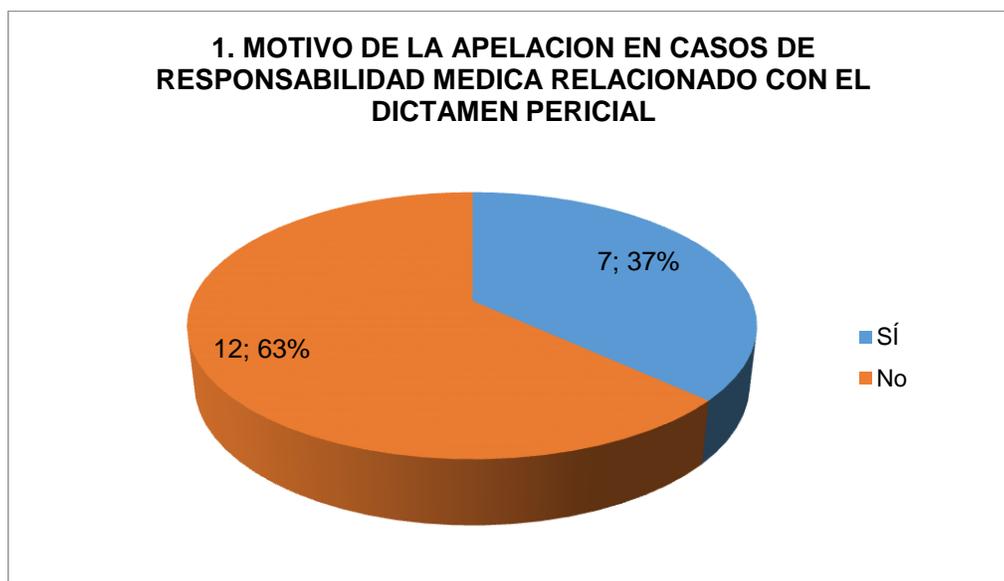
DEMANDANTE: 14

DEMANDADO: 5

Gráfica 1. Motivo de la apelación en casos de responsabilidad medica relacionado con el dictamen pericial

Si: 7

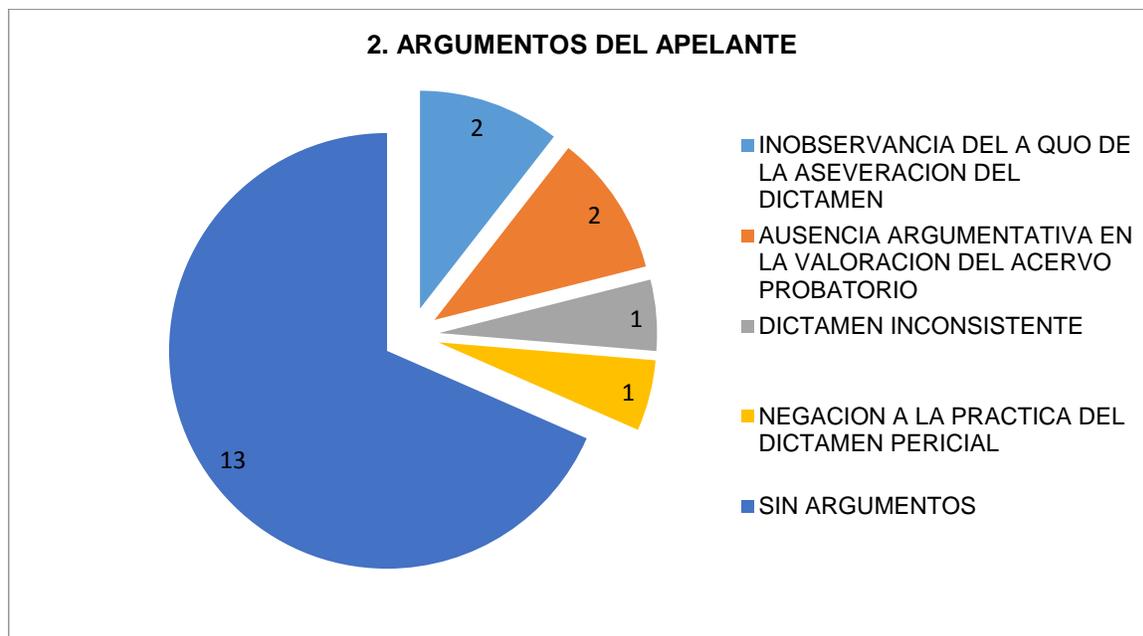
No: 12



Grafica No. 1. Esta gráfica nos muestra que de las 19 sentencias analizadas 14 fueron apeladas por el demandante y 5 por el demandado. De ellas, de igual manera en 7 de ellas, el motivo de la apelación fue con ocasión al dictamen pericial, es decir, el 7,37% de las sentencias analizadas.

Gráfica 2. Argumentos del apelante

- Inobservancia del a quo de la aseveración del dictamen: 2
- Ausencia argumentativa en la valoración del acervo probatorio :2
- Dictamen inconsistente: 1
- Negación a la práctica del dictamen pericial: 1
- Sin argumentos : 13



Grafica No. 2. Esta gráfica muestra los argumentos utilizados por los apelantes con ocasión al dictamen pericial. Uno solo de los apelantes no expuso argumentos al respecto. Dos de ellos esgrimieron la inobservancia del a quo respecto del dictamen. Otros dos hicieron alusión a la ausencia argumentativa del fallador en la valoración del dictamen pericial. Un apelante expuso la inconsistencia del dictamen pericial y otro apelante se refirió a la negativa del fallador de primera instancia a la práctica del dictamen pericial.

Gráfica 3. Sentencias de segunda instancia

Revocadas: 5

Confirmadas: 14



Grafica No. 3. Esta gráfica muestra que 14 de las sentencias apeladas fueron confirmadas por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil.

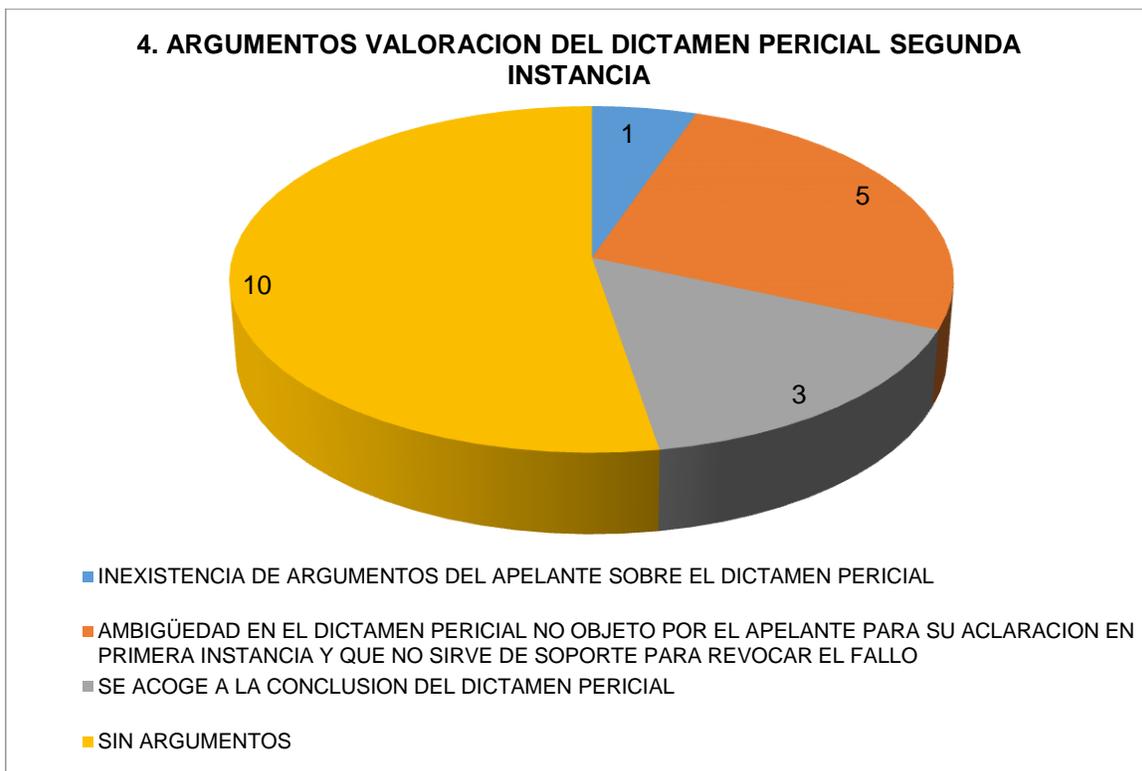
Gráfica 4. Valoración del dictamen pericial

Si Hubo: 10

No Hubo: 9

Argumentos valoración del dictamen pericial segunda instancia:

- Inexistencia de argumentos del apelante sobre el dictamen pericial: 1
- Ambigüedad en el dictamen pericial no objetado por el apelante para su aclaración en primera instancia y que no sirve de soporte para revocar el fallo: 5
- Se acoge a la conclusión del dictamen pericial: 3
- Sin argumentos: 10



Gráfica No. 4. Esta gráfica muestra los argumentos del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil en torno a la valoración del dictamen pericial, así, en la mayoría de las sentencias donde se apeló con ocasión al dictamen pericial (5 casos) los magistrados hicieron alusión a que el dictamen pericial presentaba ambigüedad por lo que no permitía soportar un fallo atendiendo al mismo, puesto que la información en el dictamen era incompleta, como por ejemplo el caso en el que el mismo perito manifestó en su informe, que la historia clínica estaba incompleta. En tres de los casos los magistrados acogieron las conclusiones del dictamen por su claridad y en uno de los casos no hubo argumentos del apelante sobre el dictamen pericial, por lo que los magistrados del Tribunal no se pronunciaron al respecto.

Por tanto, de los anteriores resultados es visible el escaso, por no decir nulo, ejercicio del operador judicial de su facultad oficiosa para ordenar al perito la aclaración, o complementación del dictamen, inclusive la de ordenar a las partes la aportación integral de la Historia Clínica, que permitiera un informe especializado de lo ocurrido durante el acto, y/o atención médica.

9. CONCLUSIONES

De todo lo investigado y plasmado en la presente Investigación, es preciso concluir por separado, según la temática de cada capítulo desarrollado, de tal manera que haya claridad en el contenido y pertinencia de cada conclusión:

Sobre el **CAPITULO 1: ACERCAMIENTO AL DICTAMEN PERICIAL Y A SU VALORACIÓN EN EL PROCESO CIVIL:**

A) En el tiempo determinado para el objeto de estudio, existía una normatividad precisa y clara sobre la definición y particularidades del dictamen pericial; que a pesar de seguir vigente hoy día, ya fue derogada por el Código General del Proceso, cuya vigencia esta diferida a partir del 01 de enero de 2016.

B) El tramite dentro del proceso civil, respecto de la prueba pericial esta detallado desde su presentación, admisión, elaboración, presentación, y contradicción. Se observó además, que el Código de Procedimiento Civil no detallaba con estrictez los requisitos sobre la probanza de la idoneidad del perito, y permitía cierta dilatación del proceso al establecer la posibilidad de un nuevo dictamen para resolver la objeción propuesta; por el contrario el Código General del Proceso señala taxativamente la sustentación de su idoneidad que el perito debe incluir en el dictamen, y elimino toda posibilidad de que se ordenase un nuevo dictamen, al desaparecer la figura de la objeción al dictamen pericial.

C) La doctrina y la jurisprudencia coinciden en aceptar que el dictamen es un medio de prueba que le permite al juez un mejor conocimiento del daño y del nexo de causalidad de este con los hechos, en procesos de carácter especializado, artístico o técnico. Asimismo, no desconocen quien tiene la carga de la prueba, y la diligencia que debe observarse al solicitar el dictamen, y al ser admitida tal solicitud, para que efectivamente se practique.

Sobre el **CAPÍTULO 2: FORMA DE VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.**

A) La doctrina coincide y profundiza la tesis jurisprudencial de la idoneidad del perito en procesos de responsabilidad médica, de tal manera que el dictamen lo debe rendir un par del médico o especialidad que involucre la Litis.

B) Está claro para la Jurisprudencia que el dictamen que rinda el Instituto de Ciencias Forenses y Medicina Legal no es infalible, de tal manera que acepta la posibilidad de su objeción. En menor profundidad la doctrina se refiere a esta circunstancia procesal, pero en todo caso no cierra la posibilidad de infalibilidad de esta entidad.

Sobre el **CAPÍTULO 3: VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL EN LAS SENTENCIAS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL DE BARRANQUILLA - SALA CIVIL DURANTE LOS AÑOS 2006 A 2010.**

A) Teniendo en cuenta los dos aspectos expuestos, cuales fueron el teórico, conformado por la Ley, la Jurisprudencia, y la Doctrina; y el fáctico, representado en las sentencias estudiadas, dentro de las cuales operó la conducta del juzgador, y la del litigante respecto a la probanza de su demanda, se concluye una extrema pasividad en el fallador de segunda instancia, que no obstante no desplegar una conducta oficiosa respecto del dictamen pericial en los casos en los que lo hubo, revocó las sentencias positivas de primera instancia, a pesar que en algunos de los casos era evidente la insuficiencia probatoria del dictamen, tanto para condenar como para absolver.

B) Dado lo anterior, es fácil concluir que en aquellos casos en los que procedía una prueba pericial oficiosa, o la solicitud de complementación y/o aclaración de la ya practicada, la sana crítica no fue aplicada de manera objetiva y en beneficio de la verdad procesal, sino de manera sesgada castigando la falta de diligencia del abogado demandante, en relación con la probanza de sus hechos, y la procedibilidad de sus pretensiones.

10. RECOMENDACIONES

De acuerdo con las anteriores conclusiones y dado que aún se encuentra vigente el marco normativo procedimental para la valoración del dictamen pericial, correspondiente al aspecto temporal del objeto de esta Investigación, por cuanto aún se están tramitando procesos de responsabilidad medica conforme al Código de Procedimiento civil, debido al tránsito de legislación, y dado que la tesis es también extendible a los procesos tramitados en vigencia del CGP, se considera útil hacer las siguientes recomendaciones dirigidas, unas a la Sala Civil del Tribunal, y otras a la comunidad de litigantes:

A LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA:

- Ejercer atentamente las facultades oficiosas para la verificación de los hechos alegados por las partes, que para el caso de la Responsabilidad Medica está en mejor posición de probar los suyos la parte demandada, pues generalmente los demandantes son personas naturales que tanto en lo económico como en lo científico constituyen la parte débil de la Litis. Específicamente las facultades oficiosas de decretar pruebas periciales, o adicionar a los cuestionarios presentados por las partes, y a las de requerir la complementación y/o aclaración que requieran los dictámenes una vez presentados.

A LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO:

- El Dictamen pericial es una herramienta singular e importante para la labor del Juez, en cuanto a la búsqueda de la verdad procesal que le permita cumplir la función del Estado de administrar justicia, sin desconocer la prevalencia del derecho sustancial y sin sacrificar derechos constitucionales. Por ello la correcta valoración de esta prueba, se sustenta en la imparcialidad judicial vinculada a la obligatoria motivación de las razones concretas por las que el Juez se ha

convencido de la realidad de los hechos. Al omitirse la imparcialidad y/o la motivación, se rompe la ecuación y resulta una inseguridad jurídica que violenta el debido proceso, incidiendo incluso en el desequilibrio social de la comunidad. Por tanto se recomienda a los jueces tomar conciencia de la importancia de valorar esta prueba en conjunto y hacer uso de ella, así sea de manera oficiosa en aras de una correcta decisión judicial.

A LA COMUNIDAD DE LITIGANTES:

- Estudiar y asesorarse responsable y previamente los casos que reciban de sus clientes en el área de la Responsabilidad Civil Médica. Tener en cuenta para ello la oportunidad de conocimiento de la posición de la parte contraria que brinda la audiencia de conciliación prejudicial.
- Elaborar un cuestionario al perito, que permita la verificación de los hechos de la demanda relativos al acto médico, al daño y al nexo entre ambos.
- Aprovechar al máximo las oportunidades probatorias que actualmente brindan las normas procedimentales del decreto del dictamen, su presentación, y su contradicción.
- Cumplir con el deber de mantenerse informado y actualizado en materia procedimental, y jurisprudencial respecto de la Responsabilidad Civil Médica.

A LA COMUNIDAD ACADÉMICA:

Que promueva la educación continua en Derecho Probatorio puntualizando y profundizando el tema del Dictamen Pericial, y su valoración, tanto en las etapas de pregrado como en las comunidades de egresados de las distintas facultades de Derecho.

Por tanto existe la necesidad de ampliar la oferta y estimular la demanda de la enseñanza más intensiva y práctica del Dictamen Pericial y su valoración, es dable considerar que –entre otras- una acertada forma de estimular el interés de las comunidades judicial, y la de los (futuros) litigantes sería incluir en las promociones de tales cursos, una breve premisa sobre un mayor grado de probabilidad de menos sentencias revocadas, y de un litigio asertivo, al conocer y aplicar correctamente la prueba pericial y las reglas para su valoración.

11. ÉTICA

Para la realización del proyecto los miembros del grupo de investigación aplicaron suficientemente la inspección, vigilancia y control en la Gestión del Dato, se veló por el respeto al Objeto de estudio, los derechos de autor y a los terceros (población) intervinientes en dicha Gestión, la permanente observancia del consentimiento informado verbal, correcto manejo de la información, y demás aspectos relativos a la ética profesional.

De tal manera se contó con personal con formación académica que garantizó el cumplimiento de este valor.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier. Derecho Probatorio. Bosch Editor. España, 2012.

ACHAVAL, Alfredo. Medicina Legal Derechos Civil y Penal. La Ley. Argentina, 2010.

DALL'ANESE, Francisco. Pericia Médica y el Derecho de Abstención. En: Medicina Legal de Costa Rica, 2002, Vol. 19, no. 1.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo II 10° Edición. pág. 358. Medellín: Diké. 1994.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Editorial ABC. 14ª Edición, Bogotá, 1996.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis. 6ª Edición, Bogotá, 2012.

DIAZ, Claudio Adrian. La Facultad del Juez de apartarse del dictamen pericial: Problemática argumentativa y del poder. Ensayo publicado por la Universidad Nacional de Comahue (Argentina). Documento tomado de: <http://postgradofadecs.uncoma.edu.ar/> . 01-10-2012.

FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Editorial Marcial Pons, 1ª Edición. Madrid. 2010.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Editorial Marcial Pons, 1ª Edición. Madrid. 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi, et al. La prueba y la decisión judicial. Editorial Sello Editorial, 1ª Edición. Medellín. 2010.

HERNANDEZ MARÍN, R. La obligación básica de los jueces. Editorial Marcial Pons 1ª Edición. Madrid, 2005.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, Carlos; SÁNCHEZ LEÓN, Miguel; BOROBA FERNÁNDEZ, César; PEREA PÉREZ, Bernardo; REQUERO IBÁÑEZ, José., y ALÍAS MARTÍN, Pilar. La prueba pericial médica. La Ley grupo WoltersKluwer. Madrid, 2008.

HURTADO DE BARRERA, Jacqueline. Cómo formular objetivos de investigación. Editorial Quirón –Sypal, 1ª Edición. Caracas, 2008.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica – La relación médico-paciente. Análisis jurisprudencial y doctrinal. 2da Ed, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2011.

KANT, Immanuel. Crítica de la razón pura. Ed. Taurus. 1ra Edición. Madrid. 2005. ISBN: 9788430605941.

LLUCH, Xavier, et al. La prueba pericial. Editorial librería Bosch. Barcelona. 2009.

LLUCH, Xavier Abel. Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>.28-03-2013.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. 8ª Edición Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. 1995.

MORGAN V. CHILDREN'S HOSPITAL, No. 84-756, Supreme Court of Ohio, 18 Ohio St. 3d 185; 480 N.E.2d 464; 1985 Ohio LEXIS 427; 18 Ohio B. Rep. 253; 49 A.L.R.4th 51, July 17, 1985.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda., 14ª Edición. Bogotá, 2004.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda., 15ª Edición. Bogotá, 2006.

PARRA QUIJANO, Jairo. Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio. Editorial Temis, 1ª Edición. Bogotá, 2004.

PODER JUDICIAL MICHOACAN – México. Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. Publicación – Debate No. 7. México. Poder Judicial Michoacán. Tomado de:

<http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero7/cientificidad.htm>. 21-09-2012.

RAMIREZ CARVAJAL, Diana María. La prueba de oficio una perspectiva para el proceso dialógico civil. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1ª Edición. Bogotá, 2009.

RODRÍGUEZ, Gustavo. Derecho Probatorio Colombiano. Ediciones de Cultura Contemporánea, Ltda. Bogotá, 1976.

ROMO PIZARRO, Osvaldo. La pericia médico-legal en el nuevo procedimiento penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I). [pp. 451 - 457]

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2000

TAMAYO LOMBANA, Alberto. La Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005.

TARUFFO, Michele. La Prueba, la verdad y la decisión judicial. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Ed. Trotta, Madrid – España, 2002.

TARUFFO, Michele. Nuevas Tendencias Sobre Derecho Procesal Constitucional y Legal. Medellín. Ed. Universidad de Medellín. 2005.

VALENCIA Zea, Arturo.(1990). Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones. Octava edición. Bogotá Editorial Temis.

LEGISLACIÓN

CODIGO GENERAL DEL PROCESO.

CODIGO CIVIL

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1990. Expediente No. 5902.C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia No. 12076 del Consejo de Estado del 24 de Enero de 2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, T- 466 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL, C-830 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL, T-920 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, T-579 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, T-796 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL, T-1034 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL, T-417 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA de Ecuador en su Resolución 050-2013 dictada el 27 de febrero de 2013, página 7

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 9 de Octubre de 1953.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 24 de agosto de 1982. Proceso ordinario de Rosa Castillo de Lozada contra Deogracias Lozano Penagos. Mag. Pon. Dr. Jorge Salcedo Segura.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Febrero 19 de 1999, referencia: Expediente 5099. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 30 de enero de 2001, Expediente 5507, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, M.P. Edgar Lombana Trujillo, junio 18 de 2002, Expediente 19464.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 14 de octubre de 2004, Expediente 6199, M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 18 de octubre de 2005, Expediente 14491M.P. Octavio Munar Cadena.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 19 de diciembre de 2005, Expediente 05001-3103-000-1996-5497-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SC-093 de 2006. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Expediente 05001-3103-000-1997-5125-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 22 de julio de 2010, Expediente 41001-3103-004-2000-00042-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación No. 33660 de Mayo 25 de 2011. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 17 de Noviembre de 2011, Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P. William Namén Vargas.

Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá. 30/03/2013.
<http://www.encolombia.com/medicina/TribunaleticaMedica/TribunalNaleticaMedica-Consentimiento.htm>.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sentencia del 15 de septiembre de 2003, referencia: RJ 2003, 6418.