

El testigo experto: efectos de convicción para la decisión judicial en procesos de responsabilidad civil por error médico

Cómo citar este artículo [Chicago]: Toro Garzón, Luis Orlando, Lucero Ocampo Henao y Daniel Estiven Tobón Mejía. "El testigo experto: efectos de convicción para la decisión judicial en procesos de responsabilidad civil por error médico". *Novum Jus* 17, núm. 3 (2023): 157-187. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.3.6>

Luis Orlando Toro Garzón / Lucero Ocampo Henao /
Daniel Estiven Tobón Mejía



El testigo experto: efectos de convicción para la decisión judicial en procesos de responsabilidad civil por error médico

Luis Orlando Toro Garzón*

Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

Lucero Ocampo Henao**

Universidad Católica de Oriente (Rionegro, Colombia)

Daniel Estiven Tobón Mejía***

Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

Recibido: 29 de mayo de 2023 | **Evaluado:** 29 de junio de 2023 | **Aceptado:** 31 de julio de 2023

Resumen

Un testigo es un tercero ajeno a la controversia de partes que aporta información específica como prueba testimonial. En esta expresión polisémica, con naturaleza compartida y efectos probatorios complementarios, por un lado, aparece el denominado testigo técnico conectado al caso, relevante por su presencia fáctica y su conocimiento o dominio del saber relacionado con los hechos *ex ante* al evento; por otro lado, se identifica al testigo perito sin naturaleza testimonial propia, pero que adquiere esta denominación al intervenir para dar explicaciones del dictamen a través de interrogatorio cruzado. En otro ámbito particular, se evidencia la participación del experto, pero sin la calidad de testigo técnico ni perito testigo, quien aporta su experticia en auxilio a la valoración de la prueba. Este experto fue denominado *nuevo medio de prueba* por la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En este artículo se caracteriza por aporte probatorio a cada uno de estos expertos en su intervención procesal, desde el modelo de responsabilidad civil extracontractual por error médico; luego, se esquematizan y analizan los niveles de convicción, en las variables de plus, superior y medio o inferior, sobre los que puede ubicarse el juez para justificar argumentativamente la decisión a partir de la aportación de información experta al proceso.

Palabras clave: testimonio experto, responsabilidad médica, mala praxis, nexo de causalidad, culpa, convicción probatoria

* Abogado, especialista en Gestión Pública, especialista en Derecho Penal mixto, magíster y doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, docente e investigador, líder e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: ltoro@udem.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4571-8991>

** Abogada, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Medellín, docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico: locampo@uco.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9801-2688>

*** Estudiante de derecho, auxiliar de investigación en este estudio dentro del programa Semilleros de Investigación de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: dtobon842@soyudemedellin.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9811-3713>

The Expert Witness: Effects of Conviction on the Judicial Decision in Civil Liability Proceedings for Medical Malpractice

Luis Orlando Toro Garzón

Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

Lucero Ocampo Henao

Universidad Católica de Oriente (Rionegro, Colombia)

Daniel Estiven Tobón Mejía

Universidad de Medellín (Medellín, Colombia)

Received: May 29, 2023 | **Evaluated:** June 29, 2023 | **Accepted:** July 31, 2023

Abstract

A witness is a third party outside the dispute between the parties, who provides specific information as testimonial evidence. In this polysemic expression, with a shared nature and complementary evidentiary effects, there is, on the one hand, the so-called *technical witness*, connected to the case, relevant for his factual presence and his knowledge or mastery of knowledge related to the facts previous to the event. On the other hand, there is the *expert witness*, identified without a testimonial nature of his own, but who acquires this denomination when he intervenes to give explanations of his opinion through cross-examination. In another particular area, the participation of the expert is evidenced, but without the capacity of technical witness or expert witness, who provides his expertise to assist in the evaluation of evidence. This expert has been named *a new means of evidence* by the Supreme Court of Justice of Colombia. This article characterizes the evidentiary contribution of each of these experts in their procedural intervention, from the model of tort liability for medical error. Then the levels of conviction are outlined and analyzed, in the variables of *plus, superior and medium or inferior*, on which the judge can place himself to justify the decision argumentatively from the contribution of expert information to the process.

Keywords: expert testimony, medical liability, medical malpractice, causation, fault, evidentiary conviction

Aspectos conceptuales

La expresión *testigo*, según la Real Academia Española (RAE)¹, proviene del latín *Testificare* (atestiguar), compuesta a su vez por el prefijo *testis* (testigo) y el sufijo *facere* (hacer); en el sentido particular de fuente de información, es “aquella persona que da testimonio de algo o que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo”.

El testigo, al ser una persona que por lo general no tiene interés alguno en el debate procesal en relación con el conflicto desatado y sus resultados, dado el mérito de calificación probatoria, más que atestiguar, es un sujeto que directamente presencia unos hechos o que accede a su conocimiento de forma indirecta. El testigo se activa jurídicamente cuando los sujetos procesales buscan que se admita como fuente de prueba, para que en su práctica concreta “exponga en forma narrativa, y con finalidad informativa, hechos o circunstancias que declare conocer [...] y que puedan suministrar directa o indirectamente (en vía presuntiva) elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de prueba”².

Desde la normatividad colombiana, en particular la Ley 1564 de 2012³, no se prescribe directamente sobre el término *testigo*, pero entre los artículos 165, 208 y 225 se hace referencia indistintamente al testimonio de terceros, a la declaración de parte y a la declaración de terceros como fuentes de información testimonial sobre hechos relevantes para el proceso. En el caso específico de la declaración de parte, se implica al demandante o demandado cuando aporta información por vía espontánea o por efecto de interrogatorio de oficio o de parte.

Aunque el Código General del Proceso (CGP) no conceptualice al testigo de forma directa, desde las fuentes del derecho sí se realza el concepto. En el caso de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, precisa:

Un testigo es un tercero ajeno a la controversia, quien declara sobre algo que ha percibido directamente por cualquiera de sus órganos de los sentidos. El testigo da fe sobre las circunstancias de tiempo, modo, lugar, persona, objeto o causa que le constan porque las presenció⁴.

¹ Real Academia Española, “Testigo”, *Diccionario de la Lengua Española*. [En línea] <https://dle.rae.es/testigo>.

² F. Quiceno Álvarez, *Valoración judicial de las pruebas* (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000).

³ Congreso de la República de Colombia, Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” (Bogotá, Diario Oficial núm. 48.489, 12 de julio de 2012).

⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-9193-2017 de 29 de marzo de 2017, Radicación 11001, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

A pesar de lo anterior, es claro que contar con un testigo no significa tener un testimonio y menos una prueba concreta de ese orden, a causa de diversas situaciones que pueden presentarse en el camino hacia el desahogo de la declaración, por ejemplo: la inasistencia del testigo, o que las personas llamadas para intermediar con conocimiento relevante al momento de declarar “sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas”, lo que genera inaptitud testimonial⁵.

Además, el testimonio puede ser ausente cuando la persona en principio tenía intención de declarar, pero al llegar el momento de deponer la información se cohibe de hacerlo⁶, ya sea por desconocimiento verdadero o por alguna razón bajo su libertad de expresión, o incluso por coacción ajena, aunque pueda haber coactividad judicial legítima para ello.

Adicionalmente, respecto de la construcción de la prueba testimonial, en sentido estricto se requiere primero lograr la caracterización del testigo en condiciones de validez, ya sea por licitud en el proceso de identificación y preparación para el examen de interrogación o por legitimación de las partes, y que, de manera complementaria, la información que vierta en el proceso pase los juicios críticos y de convicción. No menos importantes, para el estudio de fiabilidad testimonial y de corroboración bajo los índices de probabilidad exigidos jurídicamente, son las variables de calidad empírica, técnica, especializada o científica de los distintos testigos.

Visión clásica de la clasificación del testigo

Para efectos de comprender la ubicación del testigo experto en el contexto del presente estudio, se expone la clasificación genérica de este órgano personal de información probatoria (la cual no se puede considerar unívoca o universal en referencia a los diferentes sistemas procesales de orden internacional), para luego, siguiendo el hilo argumentativo, dar entrada en dicho esquema ilustrativo y explicativo a la figura testimonial del experto, en la que sería la fase dos (ver Figura 1); con ello se busca respaldar la idea de nueva fuente de información para el proceso en el orden civil.

⁵ Congreso de la República Colombia, *Ley 1564 de 2012*, art. 210.

⁶ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 18.ª ed. (Bogotá: Editorial del Profesional, 2015), 267-268.

Figura 1. Clasificación del testigo



Fuente: elaboración propia.

El testigo por percepción de los sentidos

El testigo por percepción de los sentidos permite identificar la incidencia de la originalidad probatoria y, con ello, de la idoneidad por acreditación en el enfoque valorativo testimonial. Este órgano decimonónico de prueba tiene una perspectiva de acreditación probatoria semiplena, ya que, aunque sea el único medio probatorio presentado en un caso dado, puede ser o llegar a ser una prueba que no cause la suficiente convicción en el juez⁷, por lo que en ocasiones lleva a una decisión negativa o, por lo menos, no a la esperada por la parte que la presentó. En este cauce de calificación confluyen:

El testigo directo: puede ser ubicado como testigo ocular o de vista o presencial, pues es quien presencia los hechos con intermediación de cualquiera de sus sentidos, y son estos los aspectos trascendentes para valorar positiva o negativamente el peso probatorio, a lo que se suman las cualidades personales o fisiológicas que lo afecten positiva o negativamente y los factores objetivos y subjetivos desplegados por el deponente en un juicio oral concreto.

El testigo indirecto: evidencia la falta de presencialidad en el contexto de los hechos enunciados de parte, lo cual es relevante frente a la consecuencia jurídica causada por su falta de originalidad o dominio cognitivo directo. No obstante, este tipo de testigo sí puede denotar estar en posesión de información pertinente producto del intercambio de comunicación fáctica con otro órgano de prueba, sea persona o

⁷ Parra, *Manual de derecho probatorio*, 109.

cosa, directamente relacionado con los hechos según el *thema probandum*⁸. El testigo indirecto en sí mismo aportaría un testimonio inseguro y frágil en confiabilidad, ya que, por su condición frente a la información obtenida, puede llegar a exagerar o distorsionar de forma voluntaria o involuntaria y generar una persuasión equivocada si no se controla adecuadamente a partir de juicios de convicción serios y rigurosos.

El testigo por presencia y conocimiento (testigo técnico)

Es una variable de cognición en evolución dentro del perímetro extendido de libertad probatoria y de la epistemología aplicada al proceso de búsqueda de la verdad como fin último de la prueba. El testigo por presencia está concebido probatoriamente como aquel sujeto que, además de haber presenciado los hechos en su calidad privilegiada de testigo directo, posee, en suma de esta circunstancia de cercanía sensorial, especiales conocimientos empíricos, técnicos, científicos o artísticos sobre estos hechos.

Con base en una pacífica interpretación de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia en Colombia, se condiciona la calidad de este testigo bajo dos requisitos fundamentales, a saber: 1) presenciar los hechos y 2) tener conocimiento técnico en relación con el hecho que se presenció; a pesar de lo anterior, el nivel de peso de convicción no se asegura, pero se hace trascendente si se explora con justo balance este híbrido de fuente de conocimiento y se articula de la forma correspondiente en el plano lógico con los demás componentes valorativos que son propios de un orden testimonial en su naturaleza especial, y no de un enfoque casual⁹.

Así, esta expresión variable del testigo cobra reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pero, además, en la regulación expresa en la ley, pues en el CGP¹⁰, cuando se hace referencia a las formalidades del interrogatorio de los testigos, se preceptúa el imperativo laxo en la manera de formular las preguntas, al excepcionar la rigidez de preguntas, “excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos y artísticos sobre la materia”. Sin duda, el sentido interpretativo por ubicación y contexto de la disposición se orienta a la protección ampliada del conocimiento vertido por

⁸ Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal*, Tomo 1. Teoría general del proceso; Tomo 6. Pruebas judiciales. 3.ª ed. (Bogotá: Temis, 2008).

⁹ Corte Suprema de Justicia Colombia, Sentencia SC-9193-2017.

¹⁰ El artículo 220, inciso tres, corresponde por ubicación normativa dentro del CGP al capítulo IV respecto de la declaración de terceros, sin extensión de lo que sería el interrogatorio de peritos, ya que este tiene su propia ubicación en el artículo 228 del capítulo VI. Congreso de la República de Colombia, Ley 1564 de 2012.

una persona que no puede ser calificada como testigo común ni en el rol de perito, más bien es un punto intermedio de calificación testimonial.

Ejemplos prácticos con los que se puede entender esta figura son los siguientes: el caso de un médico cirujano que presencia la mala praxis de uno de sus compañeros, o un mecánico en calidad de pasajero de un vehículo que se accidenta en su recorrido, o un piloto que va como usuario en un avión y percibe fallas mecánicas o maniobras inseguras del piloto de acuerdo con los protocolos de la aeronavegación nacional e internacional. Todos estos eventos por lo regular tienen desenlaces fatales y, por supuesto, en la mayoría de los casos se generan procesos jurisdiccionales para resolver las correspondientes controversias de orden indemnizatorio, penal o contravencional, los cuales son propicios para la participación trascendente del testigo técnico.

El testigo perito

Es una cualificación especial dentro de la epistemología, aplicada a la prueba judicial en el orden procesal, con la que se distingue a un tercero —puede ser una persona natural o jurídica— que por gestión oficiosa de la jurisdicción o de parte, y por su naturaleza de especialista en técnica, ciencia o arte y aun con cimentación de experiencia empírica por situación residual en la materia de la que trate el caso, comparece a dar razones de un dictamen o informe pericial rendido previa o concomitantemente sobre hechos particulares y con génesis enunciativa de parte.

La intervención del perito está atada a la especial delegación por efecto de la *causa petendi*; por ello, el informe o dictamen que sirve de rasero a la exposición y sustentación debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, pero con delimitación según las necesidades de claridad o valoración signadas.

Gran parte de la doctrina califica al perito como un testigo, como podrá constatarse en la doctrina que se expone más adelante¹¹, aunque directamente no lo sea, dado que su presencialidad solo se circunscribe a la muestra, rastro, huella, lugar o persona objetos del ejercicio pericial y a los resultados que se derivan de ese universo de contacto especial. La caracterización de testigo indudablemente proviene del ejercicio de testimoniar por escrito o en audiencia con interrogatorio cruzado especial sobre los fundamentos de idoneidad, experiencia y concreciones aplicadas a la valoración muestral.

¹¹ En el acápite “Visión comparada del testigo experto”, se amplía el criterio doctrinal al respecto.

Naturaleza probatoria del testigo experto

La tendencia nacional e internacional de orden dogmático y jurídico está dada en asimilar al testigo experto en la figura del perito, el cual es definido como aquel sujeto que es presentado o citado a un proceso judicial o administrativo para que, de acuerdo con su experiencia y conocimientos técnicos, científicos o artísticos, o subsidiariamente por acumulación empírica en una materia determinada, ayude al juez a aclarar o dilucidar conceptos, o a elaborar criterios de valoración o aceptación, también a construir hipótesis parciales o finales y juicios de valor sobre los hechos ocurridos y que son estudiados en un caso¹².

No obstante, su naturaleza probatoria puede variar de acuerdo con el sistema procesal que se adopte y las formas de contradicción inherentes, es decir, si solo con el dictamen pericial hay existencia y suficiencia probatorias o si, por el contrario, en este orden probatorio se requiere un requisito dual compuesto por el dictamen y la intervención en interrogatorio cruzado, con el cual se sustenten tanto los hallazgos evidentes en el dictamen como la misma idoneidad y fiabilidad del perito.

Esta persona, calificada en esencia probatoria por la experticia —unión de la experiencia y la pericia— de su acompañamiento, en ningún momento puede pronunciarse sobre los hechos del conflicto de parte con rangos de generalidad, ni tampoco explicar cómo se dio su ocurrencia fáctica, porque su naturaleza probatoria no depende de la presencia o percepción de la ocurrencia de los hechos. Lo único que este puede hacer, y para lo cual se convoca y requiere su auxilio científico o especializado, es aclarar y dar juicios de valor sobre cómo se actuó en función de un ámbito fáctico muy concreto.

En estas condiciones de identidad jurídica, el testigo experto es, sin duda, el órgano personal de prueba, ya sea en materia civil o penal, que actúa como componente especial de la prueba pericial en auxilio de las partes, demás terceros y, sobre todo, del juez de la causa, para evaluar e interpretar de una forma correcta hechos, rastros, elementos o genéricamente evidencias, ante la presencia de complejidades cognitivas en dichas fuentes de información, con el fin de posibilitar una sentencia con probabilidad altamente fidedigna, de acuerdo con los estándares de conocimiento requeridos en cada campo del saber jurídico.

¹² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia SC-9193-2017.

A pesar de ello, debe admitirse que el testigo experto, como composición jurídica en el escenario probatorio, no se agota con la asimilación al perito y su experticia, pues su contexto de fuente de información, ya sea para producir datos frente a los hechos del *thema probandum* principal o secundario, y circunstancialmente complementario, también permite el ingreso a la escena probatoria en el gran campo del experto, es decir, al denominado testigo técnico o calificado y, de otro lado, al experto que, sin las connotaciones anteriores, por sí solo también aporta criterios interpretativos y valorativos frente a las diferentes incertidumbres que pueda tener el juez por persistencia, ante la presencia incluso de prueba pericial plural o la participación múltiple de testigos técnicos.

Lo anterior hace parte de la concepción de libertad probatoria, en cuanto a que las herramientas de conocimiento, valoración y convicción no se adoptan de forma exacta o cerrada, sino en un plano lógico de arbitrio expansivo, pero con controles racionales, pues los indeterminismos y liberalidades en extremo de discrecionalidad ilimitada pueden ser inconvenientes para los fines de un proceso jurisdiccional o administrativo equilibrado, de acuerdo con el criterio de democratización y garantismo.

Visión comparada del testigo experto

Es a partir de la cultura jurídica del *Common Law* —derecho consuetudinario inglés—, producto de la experiencia decisonal de orden judicial, que se adopta la figura del testigo experto. Precisamente su génesis data del año 1767, cuando esta expresión probatoria se utilizó por primera vez en un caso sobre responsabilidad médica. El conflicto se desató por la acción judicial del ciudadano Slater contra los médicos Baker y Stapleton, que se resume así:

Involucró la conducta de dos médicos que fueron contratados por un paciente para quitar los vendajes de su fractura parcialmente curada. En cambio, los médicos refracturaron la pierna [...] el paciente presentó una demanda y, en apoyo de su caso, presentó el testimonio pericial de otros médicos-testigos que declararon que el dispositivo utilizado era incompatible con la práctica médica estándar.¹³

¹³ Sonny B. Bal, “The Expert Witness in Medical Malpractice Litigation”. *Clinical Orthopaedics and Related Research* 467, núm. 2 (2009): 383-391. https://journals.lww.com/clinorthop/Fulltext/2009/02000/The_Expert_Witness_in_Medical_Malpractice.10.aspx

En este caso, particularmente, no se hace referencia al calificativo de perito, pero puede advertirse la presencia de expertos que se constituyen en puentes o facilitadores para acceder a la información o la valoración situadas en conocimientos específicos de técnica o ciencia que escapan al control o dominio comune, por los saberes generales de las partes y los jueces.

La relevancia de la expresión *experto*, que por criterio significa que en el proceso hace presencia una persona “especializada o con grandes conocimientos en una materia”¹⁴, estriba en que su contexto probatorio no es cerrado, es decir, es un término de género y no de especie, por lo tanto, admite subclasificaciones, con la condición de que el conocimiento y la experticia tengan ámbitos individuales de dominio y progreso, por efecto investigativo en los escenarios técnicos y científicos o por acumulación de experiencias prácticas a su alrededor.

En referencia específica al derecho norteamericano, que por supuesto es parte de la cultura del *Common Law* o del derecho del juez —aunque no absoluta en la versión contemporánea—, Ronald Allen examina la relación entre el conocimiento experto como fuente de saber para el proceso en lo que tiene que ver con la forma de juicio, y adopta la doctrina del testimonio de expertos en clara referencia al perito connotado como experto calificado, el cual es asignado a la tarea de comprender, procesar y deliberar sobre la evidencia¹⁵.

El autor pone en escena que este tipo de testimonios son necesarios ante la complejidad de la información que llega al proceso, y comprende que las reglas federales de evidencia 702 de su país tienen taxonomía propia y se refieren al manejo regulado de la evidencia en el orden científico, con lo cual trasluce la necesaria participación de personas con la cualidad de expertos para aumentar el rigor y la eficiencia probatorios. Estas reglas de evidencia establecen los requisitos bajo los cuales procedería el testigo experto¹⁶. Veamos:

- a. Los conocimientos científicos, técnicos u otros conocimientos especializados del experto ayudarán al examinador de hechos a comprender la evidencia o determinar un hecho en cuestión.

¹⁴ Real Academia Española, “Experto”, *Diccionario de la lengua española* [En línea]. RAE. <https://dle.rae.es/testigo>

¹⁵ Roland J. Allen, “El desafío conceptual de la prueba pericial”, *Revista Discusiones Filosóficas* 14, núm. 23 (2013): 41. <http://www.scielo.org.co/pdf/difil/v14n23/v14n23a03.pdf>

¹⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Reglas federales de evidencia”. <https://www.rulesofevidence.org/table-of-contents/>

- b. El testimonio se basa en hechos o datos suficientes.
- c. El testimonio es producto de principios y métodos fiables.
- d. El perito ha aplicado de manera confiable los principios y métodos a los hechos del caso.

Con lo anterior, es posible evidenciar que, en Estados Unidos, la figura del testigo experto solo es aceptada en casos *sui generis*, en los que realmente sea requerido y cumpla una finalidad específica y no genérica.

El derecho español, de otro lado, en concreto el artículo 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷, permite afirmar desde una hermenéutica pacífica que en el proceso de orden civil no solo participa el testigo perito con connotación de experto, quien aporta información por necesidad especial de auxilio valorativo y cognitivo, sino también el testigo con presencialidad en los hechos de relevancia para la pretensión jurídica, de quien se resalta la circunstancia condicionante para efectos expansivos de su narrativa testimonial de contar, de forma concurrente al hecho percibido, con conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia de la cual podrá testificar.

En igual sentido, con influencia del ordenamiento jurídico de Uruguay, Ignacio Soba establece una clara distinción entre el testigo común o estándar, el testigo técnico o testigo ilustrado y el testigo perito, tomando como puntos de quiebre: la presencia en el escenario de los hechos, la percepción, la memoria y la posibilidad de reinterpretación de los hechos¹⁸.

Soba afirma que, “cada vez que declara, el testigo interpreta y cada vez que su memoria recuerda, arma o reconstruye lo que quiere transmitir”¹⁹, con ello permite converger en la idea de la importancia del experto en el proceso por su capacidad de estudio, retención de datos a efectos de memoria asistida por la experiencia e

¹⁷ La Ley 1.ª de 2000 (con última modificación del 13 de julio de 2022) en el artículo citado dispone: “cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”. Corte General de España, Ley 1º de 2000, Ley de Enjuiciamiento, BOE-A-2000-323. BOE núm. 7, 8 de enero de 2000.

¹⁸ Ignacio Soba Bracesco, “De la declaración representativa a la reconstructiva. Las opiniones de los testigos y el caso del testigo técnico”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, núm. 2 (2019), ver distinciones entre páginas 67-83, <http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/de-la-declaracion-representativa-a-la-reconstructiva-las-opinion>

¹⁹ Soba Bracesco, “De la declaración representativa...”, 71.

interpretación de circunstancias en razón al dominio del fenómeno fáctico en sus diferentes momentos de inicio, ocurrencia, resultados y rastros finales, según el impacto de la preparación, la acción o la omisión por relevancia jurídica.

Con esta diferenciación, se naturalizan dos corrientes o líneas probatorias: la prueba testimonial especializada o técnica y la prueba pericial con enfoque técnico o científico o residualmente empírico, sin que puedan desconocerse la interacción probatoria por unidad valorativa de las dos y los demás medios de prueba, y sin dejar de lado las potencialidades de conocimiento y convicción probatorios que de cada una se desprenden abductiva o inductivamente, pues la jerarquía probatoria es evidente no solo por el reconocimiento legal de mayor idoneidad probatoria, sino también por los diferentes retos de carácter epistemológico que asume cada fuente de prueba y que por justicia decisional se deben salvar en recurrentes casos de complejidad calificada.

En el mismo orden discursivo, Édison Calahorrano, ubicado situacionalmente en Chile, ante el escenario de posible responsabilidad médica considera necesario probar la culpa médica como eje fundamental en este tipo de señalamientos, para lo cual indica que se debe acreditar la obligación de medios no cumplida en conexión con los supuestos del daño, así como la relación causal entre daño y actividad u omisión médica²⁰.

Así, en este propósito probatorio encuadra la regulación legal y jurisprudencial de la participación del experto en vía de peritaje, ante lo cual manifiesta Calahorrano que “el peritaje es una opinión experta que permite aclarar determinados interrogantes en el proceso; se configura como una especie de la prueba testimonial, aunque la experticia de quien realiza el informe le dota de cierta autoridad”²¹, atribuyendo dicha participación del versado al déficit epistémico en el proceso.

Esta postura se acepta sin descartar que este tipo de prueba es de disponibilidad y relevancia peculiares por la individualidad propia del caso y su objeto probatorio. Con este autor se confirma la tendencia actual, en cuanto al perito de parte como generalidad y de oficio o de juez, como excepcionalidad, en el campo civil.

²⁰ Edison Ramiro Calahorrano Latorre, “Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica”, *Revista de Derecho*, 29 (2022): e3944, <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-3944>

²¹ Calahorrano, “Razonamiento probatorio...”, 8.

Para el caso del sistema procesal de orden probatorio colombiano, no se cuenta con una elaboración legislativa que de manera precisa anuncie al testigo experto como fuente de prueba con identidad propia. Sin embargo, en el código procesal civil vigente, de un lado, se hace referencia a la prueba pericial, de donde emerge el experto que puede ser llamado a interrogatorio cruzado por interés de parte o de oficio, lo que lo convierte en una especie de testigo perito, sin que por esto pueda ubicarse dentro de la generalidad de la prueba testimonial; de otro lado, en el mismo código aparece regulada la prueba testimonial con vocación probatoria propia e independiente y con un entorno especial de complemento, donde se caracteriza al testigo de presencialidad, en el ámbito de la necesidad de prueba, y se le reconocen otros atributos probatorios en hibridación con el conocimiento técnico, científico, artístico o especializado que es afín al desencadenamiento de los hechos del que recibe su aptitud de testigo.

En el tejido doctrinal colombiano, de igual manera, el término *testigo experto* no ha adquirido una identidad propia, no obstante, por generalidad, se admite la presencia probatoria del perito en su denominación de *testigo perito* y la presencia del testigo técnico en dimensiones probatorias diferentes, siendo el punto de distanciamiento entre estos dos entornos el hecho de la presencialidad, que solo es propia del testigo técnico²².

Como resultado de la revisión jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia colombiana en materia civil²³, se evidencia que esta hace distinción entre el testigo común, el testigo técnico, el testigo perito y el concepto o criterio de expertos, de lo que se infiere una postura de flexibilidad probatoria no solo por aplicación del principio de libertad de la prueba, sino por condiciones especiales orientadas a la necesidad de auxilio de expertos, al punto que sustenta tal flexibilidad en un razonamiento comparativo al poner como rasero el hecho de que, si se acepta valorar las pruebas y decidir en consecuencia con base en las máximas de experiencia, no hay razón para no permitir y acoger como fuente de prueba e instrumento de valoración el apoyo en los dictados científicos o técnicos que aparecen visibles para consulta en las diferentes fuentes de producción de conocimiento.

²² Sobre este aspecto, algunos doctrinantes consultados fueron: A. Camacho, *Manual de derecho procesal*; Hernán López Blanco, *Código General del Proceso: Pruebas*. 2.^a ed. (Bogotá: Dupre editores, 2009); Quiceno Álvarez, *Valoración judicial...*, y Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*.

²³ En Sala de Casación Civil, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el nuevo medio de prueba denominado *concepto de expertos*, al resolver sobre inconformidades de la decisión respecto a un señalamiento de error médico en la atención de un trabajo de parto. Corte Suprema de Justicia de Colombia, *Sentencia SC-9193-2017*.

Dice la Corte en la aludida sentencia: “es preciso aclarar, en primer lugar, que los expertos que acuden al proceso a exponer su criterio científico o técnico sobre aspectos generales de un área del saber no son testigos”, lo cual es un criterio hermenéutico de caracterización y de valoración probatorias.

Así, como desarrollo de la clasificación anterior, la Corte anuncia la existencia del medio de prueba denominado “concepto o criterio de experto”, y lo define a partir de características propias que lo alejan de la generalidad de testigo y lo ubican como un nuevo medio de prueba autónomo, sin que con ello la Corte aluda a un grado propio de convicción por tarificación jurisprudencial, lo que permite entender que se trata de un medio probatorio que refuerza el proceso de conocimiento de circunstancias que pueden ayudar a una mejor apreciación de los hechos llevados a través de los medios de prueba clásicos, y así fortalecer la convicción de manera más objetiva.

Aunque la Corte reconoce “que los conceptos o criterios de los expertos y especialistas son medios de prueba no regulados expresamente en el estatuto adjetivo”, los califica como admisibles y relevantes, a pesar del desvalor que les asigna en cuanto a no ser instrumentos para facilitar o ayudar al conocimiento directo de los hechos sobre los cuales se ancla el conflicto y, por supuesto, la pretensión punitiva.

Características del testigo experto

A pesar de haber dimensionado tres escenarios propios de aportación probatoria alrededor del experto como órgano de prueba, ello es, como testigo perito, testigo técnico y como experto (este último en su emisión de conceptos o criterios circunstanciales de apoyo valorativo), la figura del experto en general se caracteriza por referirse a un sujeto identificado fundamentalmente por su conocimiento *ex ante* al proceso, pero conectado de manera particular a las afirmaciones procesales sobre los hechos de cada parte, que proporciona la base de la teoría del caso; de este modo, en complemento, resaltan otras virtudes que sin duda impactan la convicción del juez y la aceptación de su decisión cuando esta tiene como fundamento el acompañamiento del experto.

Igualmente, al ser una persona especializada en determinada ciencia o arte, que la hace altamente confiable al relatar conclusiones fácticas —y más si ha presenciado los hechos—, dada la influencia por convicción que puede generar, el experto se instituye como herramienta probatoria totalmente compatible con la era racional o científica de la prueba en la contemporaneidad.

Al respecto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el testigo experto percibe los hechos objeto de investigación y puede agregar al relato vertido en juicio, por una especial cualificación o preparación técnica, científica o artística, opiniones, impresiones o apreciaciones vinculadas con aquello que conduzca a su esclarecimiento²⁴. Asimismo, como persona calificada, se trata de un sujeto reconocido por dominar conocimientos diferenciados en el caudal epistemológico, gnoseológico o empírico que, en comparación con lo que se necesita saber en el debate particular de determinado proceso o una frontera de este, evidencia como rol *sui generis* su naturaleza experta, ante la posibilidad de superar el sentido común y el saber generalizado.

La connotación de idoneidad calificada es una virtud sobresaliente del experto que se materializa cuando este demuestra en las intervenciones apreciativas, con respaldo en sus antecedentes profesionales y el contacto analítico o valorativo de los hechos o de la evidencia, que tal cuestión presente o por predicción fáctica es así y no de otra manera en su justo equilibrio por trascendencia y utilidad, y así emerge la característica más resonante: la propiedad de inducir al juzgador de forma objetiva y subjetiva a compartir muchos —si no todos— de los criterios interpretativos, de naturaleza fáctica o valorativos, para resolver de fondo.

Se resalta igualmente, como característica intransigente, que la confiabilidad por efecto de la constatación de antecedentes de experiencia concreta y suficiente, y la ausencia de mácula del experto, son piezas cognitivas propias de este orden probatorio y por supuesto auxiliares ineludibles para todo análisis, valoración o reflexión de opinión que venga del experto. Sin embargo, estas piezas a la vez se constituyen en criterios excepcionales de argumentación funcional que debe tener en cuenta el juez, en casos de necesidad de interacción con la prueba de expertos, para legitimar ante los distintos auditorios o públicos de control su postura conclusiva.

El error médico, la responsabilidad civil y los retos probatorios propios para expertos

Al respecto del error en términos generales, Reason indica que el error, desde un punto de vista psicológico, es definido como “todas aquellas ocasiones en las que

²⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia AP-2020-2015 de 22 de abril de 2015, Radicación 45711. M. P. Eugenio Fernández Carlier.

una secuencia planificada de actividades mentales o físicas no logran alcanzar el resultado deseado, y cuando este fracaso no pueda ser atribuido a la intervención del azar”²⁵.

Como corolario, los errores se pueden cometer por omisiones o acciones conscientes o inconscientes. En el campo de los errores, Sergio Luengas indica que aquellos derivados de una acción equivalen a “hacer lo que no había que hacer”, mientras que los errores producto de una omisión consisten en “no hacer lo que había que hacer”. Los errores inconscientes se originan cuando la persona no se percató de la falla al no mediar la voluntad del sujeto, mientras que en los errores conscientes interviene la voluntad del sujeto²⁶.

Como enfoque particular hacia la medicina asistencial, el error médico no es en absoluto un término novedoso, pues la medicina es un ejercicio tan antiguo como la misma humanidad y, en la medida en que la ejercen personas falibles por naturaleza, es claro que siempre han existido eventos en los que la intervención del médico, en vez de favorecer la salud del paciente, la perjudica.

Para fundar la ocurrencia del error médico desde el entorno probatorio, se debe establecer que se violaron los preceptos de la *lex artis*²⁷, esto es: verificar que en el acto médico no se aplicó la técnica correcta o la buena práctica médica, no se cumplieron los principios esenciales que tienden a su normal desenvolvimiento y no hubo ceñimiento a las normas deontológicas de la profesión de médico y sus especialidades. Para el caso colombiano, el ordenamiento jurídico destaca los elementos de la *lex artis*, particularmente en la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981 (este último compilado en el Decreto 780 de 2016)²⁸.

²⁵ James Reason, *El error humano* (Madrid: Modus Laborandi, 2009), 7.

²⁶ Sergio Luengas, *Seguridad del paciente: un modelo organizacional para el control sistemático de los riesgos en atención en salud* (Bogotá: Centro de Gestión Hospitalaria, 2009), 26.

²⁷ Son las reglas técnicas y científicas de la medicina que deben ser observadas y cumplidas por el médico, para concluir si en una situación o conducta determinada este incurrió en una mala práctica; desde luego, y con fundamento en este concepto, el profesional de la medicina no cometerá falta cuando haya correlación entre su actuar y el uso apropiado de estas pautas, obrando así como un buen profesional. Ricardo Barona, *Responsabilidad médica y hospitalaria* (Bogotá: Editorial Leyer, 2016).

²⁸ La *lex artis* implica: (i) un profesional idóneo debidamente legitimado para ejercer una actividad a través de los títulos obtenidos en cumplimiento de los requisitos legales exigidos; (ii) un estudio y análisis previo del paciente dedicándole el tiempo necesario para precisar el diagnóstico y prescribir el tratamiento a seguir de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 de la Ley 23 de 1981; (iii) empleo de técnicas o medios diagnósticos o terapéuticos convenientes con aceptación universal, entendiéndose como tales los debidamente aceptados por instituciones científicas legalmente reconocidas de conformidad con lo señalado en el artículo 12 de la Ley 23 de 1981; (iv) consentimiento del paciente para la aplicación de tratamientos pertinentes, bajo los supuestos y presupuestos dispuestos en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981. Congreso de la República de

Significa, entonces, que el análisis de la *lex artis* es imprescindible para juzgar el comportamiento del galeno, el cual debe llevarse a cabo en todos los momentos del tratamiento médico, y su estudio no puede realizarse de manera abstracta sino de acuerdo con las exigencias del momento, lo que significa que el énfasis recae sobre el ámbito histórico y la exigibilidad de determinado protocolo y el caso específico en sus propias particularidades y complejidades de atención, diagnóstico y tratamiento.

Pasando al escenario de la responsabilidad civil derivada de error en la prestación de servicios médicos, en este estudio se reafirma que la jurisprudencia colombiana no ha sido pacífica en cuanto a determinar criterios para el tratamiento de estas situaciones y mucho menos lo ha sido el orden médico global y sus distintas asociaciones. Así lo ratifica Acosta Madiedo:

De hecho, se trata de uno de los pocos campos en los cuales no existen etapas claras y delimitadas en la jurisprudencia, pues las posturas en uno u otro sentido parecen sobreponerse en ciertas épocas, al punto de observarse “regresiones” en el tiempo para aplicar teorías que parecían superadas.²⁹

Para el estudio de la responsabilidad médica, es necesario particularizar algunos elementos axiológicos de la responsabilidad en general, como son el daño, la culpa y el nexo causal, aunque cabe aclarar que teorías más contemporáneas han reestructurado dichos elementos e indicado que los mismos son: 1) el hecho ilícito o antijurídico y 2) el daño que afecta un interés ajeno. Estos conceptos se explican brevemente a continuación.

El *daño* es uno de los primeros elementos de la responsabilidad civil y su naturaleza se deriva del artículo 1494 del Código Civil como una de las fuentes de las obligaciones, donde se hace referencia al hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona³⁰. El Consejo de Estado de Colombia (en adelante CEC) ha reconocido

Colombia, *Ley 23 de 1981*, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 35.711, 27 de febrero de 1981); Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 3380 de 1981*, “Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 35914, 30 de diciembre de 1981); Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 780 de 2016*, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 49865, 6 de mayo de 2016).

²⁹ Carolina Deik Acosta Madiedo, “Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 43 (2010): 4. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>

³⁰ Código Civil, Artículo 1494. Fuente de las obligaciones. 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 la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por

que la antijuridicidad del daño a todas luces es imputable al agente material del mismo³¹, por ejemplo, acreditando lo sencillo que resultaba para el cuerpo médico actualizar el conocimiento en relación con la determinación del diagnóstico correcto, o cuando el error es craso e inexcusable.

La *culpa*, en vía subjetiva, ha sido definida por el CEC como el error de conducta en el cual no habría incurrido una persona prudente en las mismas circunstancias que el autor del daño, o como la falta de previsión del resultado dañino previsible, o como la confianza imprudente en poder evitarlo³².

En el escenario médico, el ejercicio de establecer la culpa se hace con base en el principio de la *lex artis*, esto es, de las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente³³.

En ese mismo sentido, el nexo causal constituye el vínculo que surge con la conducta del agente causante, por una parte, y con el daño, por otra. Como lo afirma Bueres³⁴, este elemento es esencial en el escenario de la responsabilidad médica, porque el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños no conlleva indefectiblemente imputar estos daños a dicho profesional, de ahí que, desde la práctica probatoria, se haga necesario recurrir a medios de prueba no solo conducentes, sino provistos de la mayor idoneidad posible hacia la demostración ineludible del vínculo causal.

Sonny Bal, por su parte, fija la atención en la importancia del testigo experto, pero su tesis se centra sobre todo en el arraigo profesional de este tipo de gestores de auxilio judicial, lo que a su vez genera la necesidad de intervención en los procesos de responsabilidad médica de un profesional *a simili* como garantía de fiabilidad cognitiva, para defender la idoneidad por especialidad y experiencia práctica y tener

disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. Congreso de la República de Colombia, Ley 57 de 1887, "Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional" (Bogotá: *Diario Oficial*, núm. 7.019, 20 de abril de 1887).

³¹ Consejo de Estado de Colombia, Sentencia radicado núm. 18364 de 19 de agosto de 2009, C. P. Enrique Gil Botero.

³² Consejo de Estado de Colombia, Sentencia radicado núm. 5902 de 24 de octubre de 1990, C. P. Gustavo de Greiff Restrepo.

³³ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia radicado núm. 9467 de 3 de abril de 1997, C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

³⁴ Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006).

la correcta comunicación con el tema de prueba en específico. Este autor acude a la premisa según la cual el experto en su actuación valora la calidad de la atención y los actos médicos sin estándares previos. Reconoce, eso sí, con debilitamiento de los propósitos de objetividad procesal, que algunos expertos pueden ser más indulgentes que otros³⁵.

Los retos probatorios son por naturaleza complejos y, ante el error médico y la pretensión de claridad causal, el vínculo de conexidad y los contextos propios del daño como resultado, demandan la presencia analítica y la opinión de expertos ligados a la gestión y la experiencia médicas desde diferentes líneas de especialización. Precisamente, como ya se indicó, el antecedente de acompañamiento de expertos ante la demanda de reconocimiento de error médico data de 1767 en Inglaterra, aspecto histórico que, lejos de ser un hito estático, es un referente del dinamismo insondable de los estudios del cuerpo humano y de todas las versiones protocolizadas y no establecidas (ante enfermedades huérfanas) de tratamiento físico, psicológico o psiquiátrico.

Es innegable que la ciencia médica ha tenido impacto en el orden causal, por vía de intervenciones equivocadas u omisiones, sobre el equilibrio funcional del cuerpo humano, de donde surge la trascendencia de la actividad probatoria en el proceso de responsabilidad civil, cuyo fundamento fáctico sea corroborar el error médico que se afirme. De ahí que sea responsabilidad del juzgador desentrañar lo sucedido en el cauce de la relevancia jurídica y, con fundamento en la declaración brindada por el experto en sus distintas variables, poder estar al nivel cognitivo del estándar de prueba posicionado legal o doctrinariamente, para lograr una determinación racional de los presupuestos reales que le permitan establecer una decisión con mayor probabilidad de acierto, con aceptación jurídica y, por supuesto, cultural.

En el sistema colombiano, la oportunidad procesal para asignar valor al testimonio o concepto que rinde un experto se da mediante la valoración inicial de admisibilidad y luego de mérito probatorio final, cuyas conclusiones se expresan por medio de un ejercicio argumentativo en el que se reflejan los aspectos objetivo y subjetivo, fuente de convicción del juzgador.

El primer paso de esta argumentación es la cadena de tesis construidas con los datos aportados por expertos, que resultan de realizar inferencias probatorias en

³⁵ Bal, *The Expert Witness*.

comunidad con las reglas de la sana crítica, con especial énfasis en las máximas de la experiencia de la ciencia médica; luego, en un segundo paso, hace presencia la justificación, también conocida como argumentación propiamente dicha, a partir del contraste del resultado de lo probado con el estándar de prueba previamente anotado, que se ubica en el universo de la probabilidad baconiana³⁶.

Ante el ejercicio valorativo y argumentativo de la evolución de la prueba, para Vittorio Denti la evaluación del testimonio del experto se soporta no solo en el lenguaje utilizado por el declarante para dar claridad del dictamen, sino en la calidad de este³⁷, que depende de la preparación técnica, intelectual o artística del experto. No obstante, la exposición que rinda este experto, aunque sea en un lenguaje técnico, no siempre significará que su experticia frente al tema de prueba sea verdadera, en razón de los diferentes confines del saber, y más si están de por medio ciencias o saberes noveles de impacto jurídico. Tal como lo manifiestan Niño y Marrero, la acreditación de un testigo experto “fija estándares altos e invariables para la adjudicación de conocimiento especializado requerido por el testigo con experticia”³⁸.

En consecuencia, en el proceso de responsabilidad médica, el reto para el juzgador ha de ser valorar el testimonio o concepto del experto, en relación con la particularidad del daño afirmado, como una información fiable y relevante, que atienda las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia; verificar a su vez con el consenso de partes y de la comunidad científica, o en general experta, la solidez, precisión y calidad de la versión rendida por el experto, y con ello encontrar la relación entre las hipótesis que se han creado y el resultado de la prueba.

Niveles de convicción del juez a partir del testigo experto

La motivación subjetiva y objetiva expuesta para resolver el conflicto, con soporte probatorio en el testimonio de expertos, a no dudarlo, da mayor garantía de respaldo

³⁶ Para más información sobre la probabilidad baconiana, véase L. Jonathan Cohen, *Lo probable y lo demostrable (The probable and the provable)*. Traducción de Orión Vargas Vélez y Carlos Iván Ruiz (Medellín: Editorial Orión Vargas, 2017).

³⁷ Vittorio Denti, “Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos”, *Revista Jurídica de la UNAM*, núm. 6 (1965): 543-583. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/683/943>

³⁸ Douglas Niño y Danny Marrero, “El testimonio de un experto. Una perspectiva Agentiva”, en *Hechos, evidencias y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*, ed. A. Páez (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015), 192.

y de confianza en el juez, no obstante, lejos está de llevar la convicción al estándar de plenitud o univocidad de conocimiento, en razón de las condiciones personales y profesionales valorativas en las que actúa el experto y en las que actúa el juez ante las diferentes zonas de penumbra que perviven por rezagos de la ciencia y por la forma de administración del arbitrio que este elabore en ejercicio de su autonomía jurisdiccional. En este ejercicio de autonomía, los términos: generalización, certeza moral, prudente arbitrio y probabilidad en el entorno por cualificación objetiva y subjetiva, se tornan fundamentales para el manejo de lo que se considera probado y lo no probado³⁹.

Tal como lo acredita Aliste Santos, en cuanto a lo expresado por la Sala del Tribunal Supremo Español (STS de 11 de mayo de 1981), “la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones ni en la condición, categoría o número de autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia”⁴⁰. Ello evidencia que el énfasis de donde emerge la fuerza de convicción es la capacidad de cientificidad demostrativa y no el manejo del perito del léxico pericial envolvente, a través de tecnicismos o criterios personales.

Ante las circunstancias de inestabilidad objetiva y subjetiva que puedan derivarse del conocimiento proveniente de expertos, se ofrece a continuación una representación gráfica de los diferentes niveles de convicción que podrían tenerse en cuenta para fortalecer la argumentación decisional, con base en esta tipología de prueba especializada.

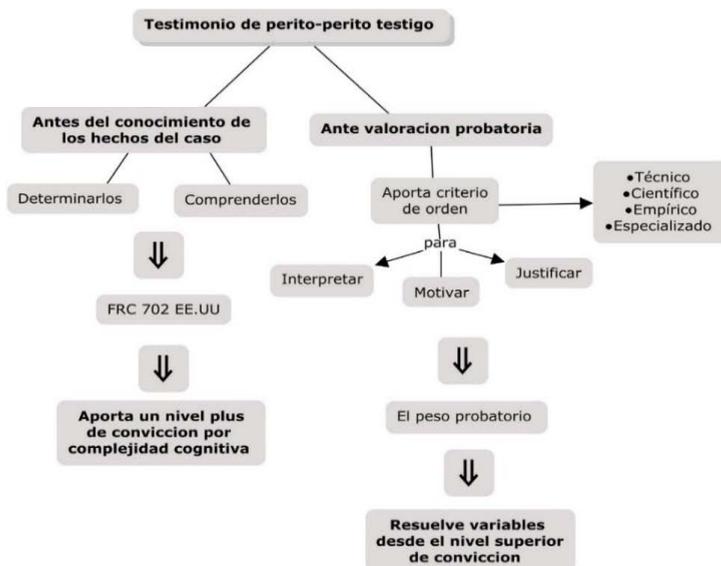
Ruta de convicción del juez ante el error médico por aporte probatorio de expertos

El testimonio experto puede generar prueba en estricto sentido para determinar actos por acción o por omisión (acción impropia) acontecidos o servir de apoyo probatorio en varios campos de conocimiento, unos cercanos al ideal epistemológico por efectos de cientificidad de la prueba y otros en un ambiente cognitivo más técnico, especializado o por subsidiaridad empírico. En las figuras 2, 3 y 4 se muestra la que se considera la ruta a seguir por parte del juez ante una situación de error médico.

³⁹ Tomás-Javier Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales*. 2.ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2018), 236.

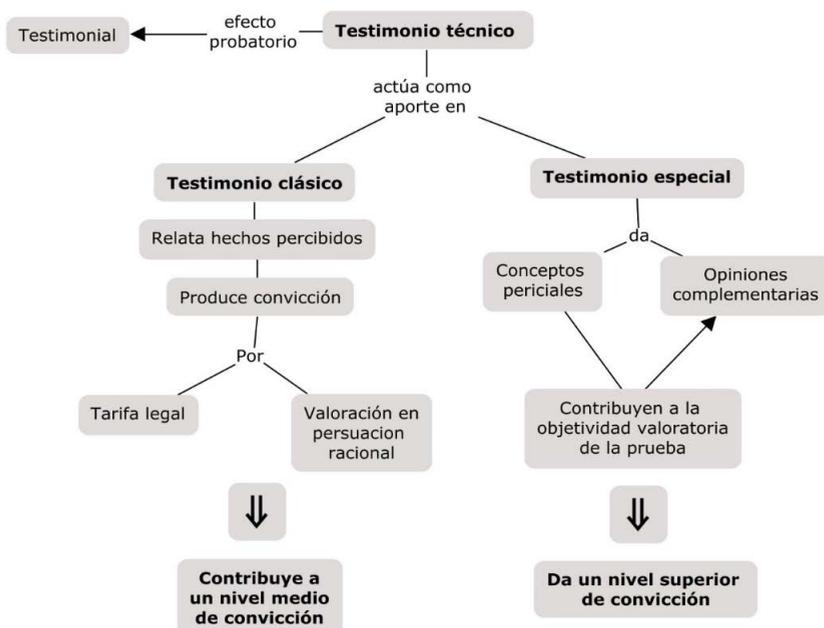
⁴⁰ Aliste Santos, *La motivación*.

Figura 2. Testimonio de perito



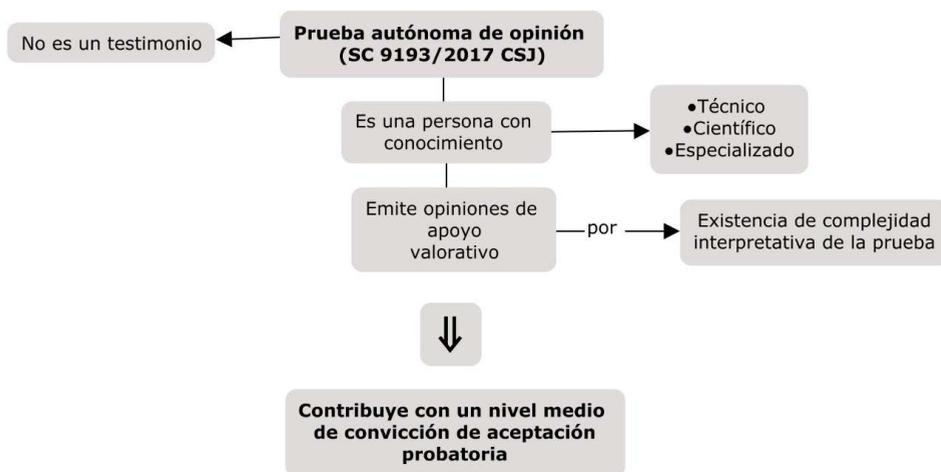
Fuente: elaboración propia.

Figura 3. Testimonio técnico



Fuente: elaboración propia.

Figura 4. Prueba autónoma de opinión



Fuente: elaboración propia.

De lo anterior se desprende que, para justificar la cualificación y convicción que se les atribuyan, es fundamental individualizar, utilizar e interpretar adecuadamente las fuentes de prueba afines al experto, según sea el caso: la prueba pericial, la prueba testimonial técnica y la prueba autónoma de opinión evaluativa.

Frente al criterio de ciencia, para Michel Taruffo la relación entre ciencia y proceso, y la importancia de la tipología de ciencia⁴¹ a través de la cual se allegue conocimiento al proceso, son esenciales para determinar qué tanto puede activarse la ciencia privada del juez⁴² en la valoración probatoria,⁴³ y así saber en qué medida debe orientarse la decisión jurisdiccional por las proposiciones científicas que se vierten a través del perito, teniendo claro su rol como intermediario epistémico ante las penumbras del caso en la particularidad fáctica, y con mucha relevancia cuando se trata de la denominada ciencia dura y su incidencia en la convicción.

⁴¹ La clasificación de las ciencias expertas en el proceso jurisdiccional se observa, entre otras, en la SC 5186 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Allí se evidencia un caso particular de error médico y el ejemplo de cómo se demerita el conocimiento experto a partir de la utilización de artículos publicados en internet relativos a la disciplina médica, lo cual sirve de eje para el reproche a las ciencias basura. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, *Sentencia SC 5186 de 18 de diciembre de 2020, Radicación 47001*, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁴² Acerca del conocimiento privado del juez, véase Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*. Traducción de Andrés de la Oliva Santos. 3.ª ed. (Bogotá: Temis, 2018).

⁴³ Michel Taruffo, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 38, núm. 114 (2005): 1296. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11413.pdf>

Sin lugar a dudas, la pluralidad de medios de prueba afines al conocimiento experto debe ser jerarquizada desde un ambiente de probática plenamente controlado, a partir de la pertinencia y la conducencia específicas hacia los hechos que se afirmen y los momentos históricos que se quieran corroborar o predecir, pues ello será trascendental en la persuasión jurisdiccional que por lo regular es el fin probatorio de parte.

No obstante, desde los fines del proceso, el epicentro de esta jerarquización de la prueba derivada del conocimiento experto ha de tener como fin la justicia de la decisión por efecto, no solo por la coherencia de las narraciones y lógicas inferenciales conectadas a lo pretendido y lo finalmente probado, sino en mayor grado de importancia por el nivel de correspondencia entre la prueba lograda y la verdad del hecho acontecido por fuera del proceso, en este caso, el acto u omisión desencadenantes del daño a la salud o la vida en la práctica médica.

Para llegar a este resultado concreto de coherencia y correspondencia en el ámbito de la responsabilidad médica, deben estar como actores principales la técnica de manejo de reglas de valoración y la estrategia de apoyo en expertos, bajo el ensamble del sistema de libre valoración probatoria en comunión inescindible con el nivel de convicción que se haya acogido, como estándar práctico o teórico, en el sistema procesal imperante.

En estas reflexiones se ubica la dinámica del rol del perito en la especialidad médica, propuesto entre otros por Williams, para quien el discurso valorativo del perito no es absoluto, a causa de las posibles lagunas de la prueba pericial. Este autor ilustra un caso de aparente maltrato a un menor y las apreciaciones valorativas del perito sobre hallazgo de patologías biológicas y descarte de agresiones, y cómo entra el juzgador a desvirtuar tales expresiones conclusivas, lo cual es indicador de la no irrefutabilidad pericial desde los poderes del juez⁴⁴.

El testimonio experto para el caso de la responsabilidad médica, representado con naturalidad en el perito y su análisis, puede ser ubicado como vía de aprehensión del conocimiento que se requiere frente a los hechos de debate o un segmento de estos, pero también puede ser utilizado para dar luces sobre los entornos propositivos y de rigurosidad informativa de los diferentes medios de prueba. Por esta razón,

⁴⁴ Catherine. Williams, "The role of the expert witness", *Archives of Disease in Childhood* 87, núm. 4 (2002): 267-268. https://www.researchgate.net/publication/11147071_The_role_of_the_expert_witness

en esas condiciones, se podrá afirmar con propiedad lógico-inductiva que existen distintos niveles de convicción que son determinantes para la postura de cierre del juez de instancia.

Así, si la prueba pericial orbitó con el acompañamiento de los mayores avances de la ciencia en la proposición del perito y en el aval de la comunidad científica de respaldo a las conclusiones, estaríamos ante un plus de convicción individual difícilmente demeritable o derrotable por las apreciaciones del juez, pero si tal testimonio experto se movilizó en los niveles técnicos o empíricos, así sea con connotación pericial, el nivel de convicción no podría ser más allá del superior, con la obviedad de un ámbito de movilidad valorativa más ostensible por parte del juez.

En igual sentido, si el experto solo rindió opinión para respaldar las condiciones suasorias en el ejercicio de valoración probatoria que corresponde al juez, este apoyo especializado solo debería servir de garantía para asignar un nivel medio de convicción en cada fuente de prueba, por la responsabilidad jurídica de no sobrepasar los distintos pesos probatorios asignados legalmente o en vía de precedente decisonal, según la naturaleza de cada medio de prueba, y, con ello, la centralidad de la prueba pericial en los corredores fácticos de importancia en el debate procesal.

Puede pasar igualmente, atendiendo la funcionalidad de las reglas de evidencia 702 de los EE. UU., que el aporte del perito haya sido insertado estratégicamente dentro de la narración procesal para servir de guía en la valoración de un medio o medios probatorios, con énfasis en la injerencia que se pueda desprender de ellos. Tal es el caso de las particularidades del testigo, el documento material o digital o el mismo dictamen y la participación declarativa de otro perito. En este caso, la valoración de convicción debe estar inclinada al trazo probatorio y las hipótesis deben ser construidas bajo las afirmaciones de parte, lo que posibilita, desde estos entornos, niveles de convicción medios o superiores que se deben justificar alrededor de los méritos inferenciales que se asignen y de la eficacia concretada, con dependencia en la necesidad de prueba y en su racionalidad como factor de optimización probatoria.

Piéñese ahora en el nivel de convicción del testimonio técnico, ya descrito con anterioridad. En este caso, indiscutiblemente, se imprime la marca de la naturaleza de prueba testimonial reforzada para la aceptación, credibilidad y peso probatorios, con los dichos del testigo y con acopio de sus opiniones estipulativas de orden causal, nexos y consecuentes del daño, pero sin que pueda generar un nivel de

convicción diferente al inferior con respecto a las otras intervenciones de peritación precedentes, y sin que pueda sobrepasarse la entidad de eficacia probatoria de este testimonio frente a los demás medios de prueba, menos cuando aquellos ostentan tarifa legal positiva con asignación de un mérito probatorio superior.

Conclusiones

Actuar con la asistencia probatoria del conocimiento experto, pero amparándose en los distintos niveles de análisis lógico en su justa validez inferencial, es estar a tono con el modelo imperante de racionalidad de la prueba, sin renunciar a las directrices doctrinales clásicas de consistencia probatoria.

La evolución y clasificación de las distintas fuentes de prueba de expertos, a no dudarlo, dejan de ser un asunto absoluto de la prueba pericial, entendida en su naturaleza científica o técnica de forma autónoma, pues la realidad legal, jurisprudencial y doctrinal abre espacio a otras fuentes de información experta que son, para el caso, el testigo técnico y el experto con aporte de opiniones o reflexiones valorativas de las piezas probatorias.

Los niveles de convicción propuestos no son estándares absolutos frente al nivel de conocimiento y convencimiento que se genera en el juez por el aporte probatorio de los expertos, pero sí son derroteros de equilibrio en la valoración, argumentación y decisión sobre los hechos sometidos a corroboración bajo la interacción de los enfoques, subjetivo y objetivo, propios de la jurisdicción.

La convicción expuesta con anclaje sobre la intervención de expertos es apenas uno de los enfoques valorativos de esta fuente de prueba, por lo tanto, el siguiente paso en la cadena de razonamiento es hacer el análisis individual de los pesos probatorios de cada una de las otras fuentes de prueba, para luego concurrir en la utilización del criterio de unidad probatoria por cada cuestión fáctica que deba resolverse, sin desconocer el mérito de los mayores o menores aportes probatorios que por autoridad epistémica tenga cada prueba inferida.

Referencias

Acosta Madiedo, Carolina. “Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 43 (2010): 3-26. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf> (acceso 15 de mayo de 2022).

- Aliste Santos, Tomás J. *La motivación de las resoluciones judiciales*. 2.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- Allen, Roland J. “El desafío conceptual de la prueba pericial”. *Revista Discusiones Filosóficas* 14, núm. 23 (2013): 41-65. <http://www.scielo.org.co/pdf/difil/v14n23/v14n23a03.pdf> (acceso 22 de mayo de 2022).
- Bal, Sonny B. “The Expert Witness in Medical Malpractice Litigation”. *Clinical Orthopaedics and Related Research* 467, núm. 2 (2009): 383-391. https://journals.lww.com/clinorthop/Fulltext/2009/02000/The_Expert_Witness_in_Medical_Malpractice.10.aspx (acceso 10 de junio de 2022).
- Barona, Ricardo. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bogotá: Editorial Leyer, 2016.
- Bueres, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006.
- Calahorrano, Edison Ramiro. “Razonamiento probatorio sobre la admisibilidad de la prueba pericial en responsabilidad médica”. *Revista de Derecho* 29 (2000): e3944. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-3944> (acceso 15 de mayo de 2022).
- Camacho, Jaime A. *Manual de Derecho Procesal*, Tomo 1. *Teoría General del Proceso*. Tomo 6. *Pruebas Judiciales*. 3.^a ed. Bogotá: Temis, 2008.
- Cohen, Jonathan. *Lo probable y lo demostrable (The probable and the provable)*. Traducción de Orión Vargas Vélez y Carlos Iván Ruiz. Medellín: Editorial Orión Vargas, 2016.
- Colombia, Congreso de la República. Código Civil. Ley 57 de 1887. “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. Diario Oficial núm. 7.019, 20 de abril de 1887.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial núm. 48.489, 12 de julio de 2012.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 23 de 1981. “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”. Diario Oficial núm. 35.711, 27 de febrero de 1981.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia radicado núm. 9467 de 3 de abril de 1997. C. P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Colombia, Consejo de Estado. Sentencia radicado núm. 18364 de 19 de agosto de 2009. C. P. Enrique Gil Botero.
- Colombia, Consejo de Estado. Sentencia radicado núm. 5902 de 24 de octubre de 1990. C. P. Gustavo de Greiff Restrepo.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia AP-2020-2015, Radicación 45711 (M. P. Eugenio Fernández Carlier; 22 de abril del 2015).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-9193-2017, Radicación 11001 (M. P. Ariel Salazar Ramírez; 29 de marzo del 2017).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC 5186-2020, Radicación 47001 (M. P. Luis Armando Tolosa Villabona; 18 de diciembre de 2020).

- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia AP-2020-2015, Radicación 45711 (M. P. Eugenio Fernández Carlier; 22 de abril del 2015).
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto 3380 de 1981. “Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981”. Diario Oficial núm. 35914, 30 de diciembre de 1981.
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto 780 de 2016. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”. Diario Oficial núm. 49865, 6 de mayo de 2016.
- Denti, Vittorio. “Evolución del derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos”. *Revista Jurídica de la UNAM*, núm. 6 (1965): 543-583. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/683/943> (acceso 10 de abril de 2022).
- España, Corte General. Ley 1º de 2000, Ley de Enjuiciamiento. BOE-A-2000-323. BOE núm. 7. 8 de enero de 2000.
- Estados Unidos, Corte Suprema. “Reglas federales de evidencia”. <https://www.rulesofevidence.org/table-of-contents/> <https://doi.org/10.1007/s11999-008-0634-4> <https://doi.org/10.1136/adc.87.4.267> <https://doi.org/10.30778/2015.72> <https://doi.org/10.32853/01232479.v40.n40.2014.12>
- López Blanco, Hernán. Código General del Proceso: Pruebas. 2.ª ed. Bogotá: Dupre editores, 2009.
- Luengas, Sergio. *Seguridad del paciente: un modelo organizacional para el control sistemático de los riesgos en atención en salud*. Bogotá: Centro de Gestión Hospitalaria, 2009.
- Niño, Douglas y Marrero, Danny. “El testimonio de un experto. Una perspectiva Agentiva”. En *Hechos, evidencias y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*, editado por A. Páez, 185-203. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015.
- Parra Quijano, J. *Manual de Derecho Probatorio*. 18ª ed. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2015.
- Quiceno Álvarez, Fernando. *Valoración judicial de las pruebas*. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es> (acceso 20 de agosto de 2022).
- Reason, James. *El error humano*. Madrid: Modus Laborandi, 2009.
- Soba Bracesco, Ignacio. “De la declaración representativa a la reconstructiva. Las opiniones de los testigos y el caso del testigo técnico”. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, núm. 2 (2019): 67-90. <http://www.revistasmarcialpons.es/trivitsproc/article/view/de-la-declaracion-representativa-a-la-reconstructiva-las-opinion>
- Soba Bracesco, Ignacio. “La incursión en el conocimiento científico a través de la prueba pericial. Su impacto en la decisión judicial”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 40, núm. 40 (2014): 227-261. <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/12/7> (acceso 20 de febrero de 2022).

- Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción de Andrés de la Olivia Santos. 3.^a ed. Bogotá: Temis, 2018.
- Taruffo, Michele. “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 38, núm. 114 (2005): 1285-1312. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11413.pdf> (acceso 24 de mayo de 2022).
- Williams, Catherine. “The role of the expert witness”. *Archives of Disease in Childhood* 87, núm. 4 (2002): 267-268. https://www.researchgate.net/publication/11147071_The_role_of_the_expert_witness (acceso 22 de julio de 2022).