

El conocimiento privado del juez y la valoración de la prueba pericial en la responsabilidad penal médica

The private knowledge of the judge and the assessment of the expert evidence in medical criminal responsibility

Pastor Camilo Perafán Cardona¹
Sebastián Arenas Jaramillo²
Juan David Luna Quintero³

Recibido: 29/01/2021 – Aceptado: 12/05/2021 – Publicado: 01/06/2021

Cómo citar este artículo: Perafán Cardona, P.C., Arenas Jaramillo, S. y Luna Quintero, J.D. (2021). El conocimiento privado del juez y la valoración de la prueba pericial en la responsabilidad penal médica. *Nuevo Derecho*; 17(28): 1-14. <https://doi.org/>

Resumen

Al determinar la responsabilidad penal médica por conductas culposas, concretamente por homicidio y lesiones personales, el juez enfrenta su falta de preparación médica y se atiene al deber de imparcialidad inherente al sistema penal acusatorio y a las ineludibles exigencias propias de la prueba pericial. Ante esa situación se generan los siguientes interrogantes: ¿el análisis crítico del dictamen encuentra límite en el propio marco de referencia?, ¿está facultado el juez para consultar literatura no citada en la pericia y cuestionar sus postulados?, ¿puede, en definitiva, acudir a la literatura especializada para decidir al margen de los dictámenes practicados en juicio? Estos interrogantes, a su vez, invitan a la aproximación al objeto de prueba de la tipicidad en responsabilidad médica, a entender la importancia de la prueba pericial para acreditar la culpa, a reconocer lo fundamental de las garantías de imparcialidad y contradicción, y de la sana crítica y las reglas de la jurisprudencia en torno a la valoración de la prueba pericial. Se propone como solución comprender el deber del juez de valorar desde la sana crítica, la construcción y el concepto final llevado por el experto; concepto del que es posible apartarse solo cuando su edificación no sea idónea, clara, exacta, no tenga la suficiente aceptación científica o no sea consistente.

Palabras clave: conocimiento privado; valoración probatoria; responsabilidad médica; sana crítica; literatura especializada.

¹ Abogado titulado de la Institución Universitaria de Envigado; especialista en pedagogía de los derechos humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana y derecho penal y procesal penal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Juez penal del Circuito de Itagüí. Correo electrónico: cpc_90@hotmail.com.

² Abogado titulado con especialización en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Autónoma Latinoamericana y Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Sustanciador del Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Medellín. Correo electrónico: ssarenasj9@gmail.com

³ Abogado titulado de la Universidad de Medellín. Especialista en derecho procesal civil de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho penal y procesal penal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: lylabogadosmedellin@gmail.com

Abstract

In determining medical criminal liability for culpable conduct, specifically homicide and personal injury, the judge is faced with a lack of medical preparation and follows the duty of impartiality inherent in the accusatory criminal system and the unavoidable requirements of expert evidence. Given this situation, the following questions arise: Does the critical analysis of the opinion find limits in the reference framework itself? , is the judge empowered to consult literature not cited in the expertise and to question its postulates? Can the Commission, in the final analysis, refer the matter to the specialist literature in order to take decisions outside the scope of the opinions delivered at the trial? These questions, in turn, invite us to approach the object of proof of medical liability, to understand the importance of expert evidence to prove guilt, to recognize the fundamental of guarantees of impartiality and contradiction, and of sound criticism and the rules of jurisprudence concerning the assessment of expert evidence. It is proposed as a solution to understand the duty of the judge to evaluate from the sound criticism, the construction and the final concept carried out by the expert; concept from which it is possible to depart only when its construction is not suitable, clear, accurate, not sufficiently scientifically acceptable or not consistent.

Keywords: Private knowledge; evidentiary assessment; medical liability; healthy criticism; specialized literature.

1. Introducción

Por su particular dificultad técnica, sin la participación de un perito versado en la materia, el proceso de responsabilidad penal médica resulta impensable. La calificación de la conducta clínica, además de presuponer precisos conocimientos teóricos y prácticos acerca de los sistemas de diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, es una tarea que no se desenvuelve bajo una lógica lineal. Y es que, aun si se prescindiera de los problemas de disponibilidad de recursos (que en un país empobrecido como el nuestro son bastantes y generalizados), se encontraría que la atención exitosa del paciente es una labor que enfrenta serios desafíos, e incluso que en su desarrollo el azar desempeña un importante papel (aunque en la medicina el espacio para la fortuna se intenta reducir a su mínima expresión, lo cierto es que los facultativos siempre trabajan en términos de probabilidad y no de certeza y, por ende, todas sus decisiones terapéuticas, en el fondo, conllevan una apuesta). Así las cosas, a la hora de evaluar el comportamiento médico, el censor tendría que incluir en sus cálculos variables, trabas y dificultades como las siguientes:

(i) el problema de la especialización que —si bien es necesaria por la inabarcable aprehensión del global conjunto de la ciencia médica, pues como asevera García Morente (2000): “a partir del siglo XVIII no queda ningún espíritu humano capaz de contener en una sola unidad la enciclopedia del saber” (p. 21)— implica un sesgo para la percepción del profesional, al incitar al analista a abordar sus consultas desde la perspectiva del funcionamiento del órgano o sistema que domina. Y es que, de acuerdo con los profesores Mark y Wong (2018), un atajo cognitivo utilizado frecuentemente es la dispo-

nibilidad heurística, que implica juicios basados en la facilidad con la que pueden recordarse casos previos o resultados similares, lo cual puede proporcionar buenos réditos, pero también es factible que dirija a sesgos cognitivos y juicios incorrectos.

(ii) Los factores de interferencia que pueden afectar los resultados de las pruebas diagnósticas, dando lugar a falsos hallazgos que terminarían por desviar fatalmente el curso del proceso curativo. Nicoll y Lu (2018) han explicado que asuntos internos, como la ingestión de fármacos y el uso de medios de contraste, o externos como los estados fisiológicos anormales, son los responsables del 75 % de los errores preanalíticos de los exámenes clínicos.

(iii) El acelerado avance de la ciencia médica, que ha traído consigo un gran número de pruebas de laboratorio y técnicas para el tratamiento, y que exige un detallado entendimiento del potencial, los límites y el alcance de las diversas alternativas, lo cual implica que las elecciones del profesional médico (que tendrán que estar orientadas por complejos raciocinios científicos) conlleven eventuales diferencias que impacten (para bien o para mal) la salud del paciente. En un proceso judicial afín, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 41245-SP8759, 2016a) concluyó que, dadas las circunstancias del caso, la prueba diagnóstica practicada por el acusado (observación arquitectural) era insuficiente e inconclusiva, por lo que se tendría que haber recurrido a otra más minuciosa (examen de inmunohistoquímica). Al respecto, la doctrina médica especializada ha señalado que: “El gran y creciente número de pruebas y las incoherencias en la nomenclatura de muchas de ellas han introducido desafíos significativos para los médicos, como, por ejemplo, seleccionar la prueba de laboratorio adecuada e interpretar correctamente sus resultados” (Nicoll y Lu, 2018, p. 1).

(iv) Los casos de enfermedades asintomáticas que, aunque latentes, no exteriorizan signos que las revelen, lo que dificulta su hallazgo y genera riesgos desconocidos frente a intervenciones que se vayan a realizar. El caso ejemplar es el de la infección por VIH que posee un periodo prodrómico o ventana, previo a la aparición de los primeros síntomas, en el cual pese a que “no se siente nada [...] sí se puede contagiar a otra persona” (Rodríguez Armario y Villegas Suárez, 1994, p. 2), revelándose, por tal característica de la enfermedad, no sólo riesgos para terceros, sino un peligro terapéutico (que es el que se resalta en este punto) para su portador, quien al desconocer su estado podría someterse a procedimientos que le son contraproducentes, y es que se dice que, a pacientes bajo tal condición (con un sistema inmune debilitado) “hay ciertas vacunas que no deben ponerse” (Rodríguez Armario y Villegas Suárez, 1994, p. 29).

(v) La heterogeneidad genética de los individuos que determina su susceptibilidad a las enfermedades y condiciona su respuesta a los medicamentos, y cuya comprensión ha sido definida por Feng et al. (2015) como el gran reto de la comunidad médica y científica en este siglo, lo que constituye, a su vez, un elevado desafío para el operador judicial, ya que, acorde con los últimos descubrimientos en el área, para definir el proceder médico más acertado, se tendría que conocer el genoma de cada individuo, lo cual conlleva la posibilidad de mejorar la predicción, prevención y tratamiento de las enfermedades, pero supone la adquisición de un saber mucho más especializado, que es el de la medicina molecular.

(vi) Los altos riesgos de ciertos procedimientos que pueden hacer aconsejable la renuncia a su práctica. Así, Nicoll y Lu (2018) han señalado que “los médicos deben sopesar los posibles beneficios contra los costos potenciales y los efectos adversos. Algunas pruebas conllevan un riesgo de morbilidad o mortalidad; por ejemplo, el angiograma cerebral conduce a un accidente cerebrovascular en 0,5 % de los casos” (p. 1).

(vii) La polivalencia de los mensajes que arrojan los síntomas corporales, y la confusión que de ello puede derivarse. Así, por ejemplo: “La apendicitis aguda puede simular casi cualquier otra enfermedad abdominal aguda, y a su vez, diversas enfermedades pueden imitarla” (Pennington y Burke, 2018, p. 1).

(viii) La radical inseguridad de la práctica de la medicina derivada del desconocimiento de muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano, y es que

La actividad médica, por las especiales características de la misma: [implica una] radical inseguridad, [derivada del] desconocimiento (todavía) de muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano o de las variables que determinan que éstas operen de modo distinto en función del individuo, [lo que conlleva a que este] sea un campo especialmente abonado para errores invencibles (Silva Sánchez, 1999, p. 14).

En el mismo sentido expresa la doctrina médica especializada lo siguiente

La conocida cita de Sir William Osler: “La medicina es una ciencia de incertidumbre y un arte de probabilidad” captura bien la compleja naturaleza de la medicina clínica. Aunque la ciencia de la medicina a menudo se enseña como si los mecanismos del cuerpo humano operaran con predictibilidad newtoniana, cada aspecto de la práctica médica está impregnado de un elemento de incertidumbre irreductible que el médico desdeña. La medicina clínica tiene sus raíces profundas en la ciencia, pero es una ciencia imprecisa. Más de 100 años después de que la práctica de la medicina asumiera su forma moderna, su núcleo todavía es un arte en el que los médicos individuales aplican grados diversos de habilidad y entendimiento. Con el crecimiento exponencial de la bibliografía médica y otra información técnica y un número siempre creciente de pruebas y opciones terapéuticas, los médicos del siglo XXI que buscan la excelencia en su práctica deben dominar un conjunto más diverso y complejo de habilidades que cualquiera de las generaciones que los precedieron (Mark y Wong, 2018, p. 1).

De ese panorama (que es apenas una aproximación a las complejidades de la actividad) puede concluirse que el juez natural, que generalmente carece de herramientas conceptuales y experiencia clínica para evaluar el desempeño del médico acusado, con la finalidad de cumplir su labor tendrá que apoyarse en las apreciaciones formuladas por el perito que declare en juicio, pero no solo porque prescinde de la preparación teórica y práctica para hacerlo, sino porque el principio de imparcialidad del artículo 5 de la Ley 906 (Congreso de la República, 2004) y la regla acusatoria del modelo de procesamiento penal colombiano le tienen proscrita la iniciativa probatoria. El maestro italiano Luigi Ferrajoli (1995) ha puntualizado que

Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, [...] [será] inquisitivo [...] todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa (p. 564).

De lo que se infiere que, al optarse en este país por un mecanismo de procesamiento criminal de tendencia acusatoria, se le ha negado al juez la iniciativa de investigación, siendo este un asunto sobre el que ha conceptualizado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos

Uno de los aspectos que guarda singular importancia con la debida imparcialidad del juez es el referido a la atribución que en materia de pruebas ostenta, pues, en términos de teoría general, el sistema acusatorio que debe preservarse durante la etapa del juicio implica que sólo a las partes les corresponde la iniciativa en ese rubro, debiendo el fallador mantenerse ajeno al impulso oficioso de incorporar pruebas en la causa, ya que toda actitud mediante la cual por sí solo pretenda obtener el ingreso de elementos de conocimiento o de orientar el sentido de los propuestos por los intervinientes, hace evidente una predisposición o inquietud de parte, indistintamente que sea originado en pro o en contra de alguna de ellas, y tal proceder es inconciliable con la equidistancia y ecuanimidad que debe guardar el juez con los sujetos y el objeto de la controversia (Corte Suprema de Justicia, Radicado 39257, 2013b)

Este concepto ha sido reiterado por el alto tribunal en decisiones más recientes, como la que se cita a continuación

Acorde con los postulados constitucionales de los artículos 29, 228, 230 y 250, la imparcialidad del juez debe mantenerse a toda costa en el diligenciamiento, matiz que se resalta con la clara separación de las funciones de investigación y juzgamiento propia del modelo procesal colombiano implementado con la Ley 906 de 2004, lo cual conlleva a que el funcionario establezca la verdad de lo acontecido con toda la objetividad posible y decida con total equilibrio (Corte Suprema de Justicia, Radicado 4366-SP3964, 2017a).

¿Esto implica que el análisis crítico del dictamen deba circunscribirse a su propio marco de referencia?, ¿está facultado el operador judicial para consultar literatura no citada en la pericia y, con base en ella, cuestionar los métodos o conclusiones del experto? Para formular respuestas a tales interrogantes en el presente artículo: (i) se analizará el tema del objeto de prueba de la tipicidad respecto al par de figuras delictuales de responsabilidad médica de mayor recurrencia; (ii) se expondrán unas cuantas reflexiones en torno a las garantías procesales de imparcialidad y contradicción; (iii) se analizarán el postulado de la sana crítica y las reglas que la jurisprudencia nacional ha diseñado sobre el estudio y la valoración judicial de las evidencias y (iv) se propondrá una fórmula de solución al problema de investigación planteado.

2. Objeto de prueba de la tipicidad en materia de responsabilidad médica

Aunque el personal médico, por el ejercicio de su profesión, puede verse incurso en pleitos penales por delitos dolosos como el homicidio por piedad, las lesiones al feto, la ayuda al suicidio, el aborto, la omisión de socorro, o la manipulación genética (Congreso de la República, Ley 599, 2000, arts. 106, 125, 107, 122, 131, 132), en este primer acápite se centrará el estudio únicamente en los asuntos relativos a las modalidades culposas de las lesiones personales y el homicidio (Ley 599, 2000, arts. 109 y 120), pues solo en estos últimos supuestos existe discusión acerca de la buena o mala práctica clínica, cuya difícil determinación, como acaba de indicarse, es la que justamente nos ha dirigido a los cuestionamientos de esta investigación.

En este orden de ideas, para que se acredite la existencia de esas tipologías delictuales culposas, el primer requisito que debe evidenciarse es el alusivo al comportamiento, activo u omisivo, del profesional que ocasione, por causalidad o nexo de evitabilidad, la muerte o la lesión del paciente. En segundo lugar, tendrá que comprobarse que ese resultado le es imputable objetivamente al justiciado, siendo necesario corroborar, para ello, que el facultativo, al violar su deber objetivo de cuidado, ha creado un riesgo desaprobado socialmente, y que ha sido precisamente esa amenaza la que se ha materializado en el daño. Por último, será forzoso certificar que el fatal desenlace era previsible y evitable (Ley 599, 2000, arts. 9, 10, 23 y 25).

Como podrá ser intuido, en el proceso de constatación de cada uno de los elementos descritos, el concepto científico de los peritos que testifiquen terminará siendo decisivo. La previsibilidad y evitabilidad de los daños se evaluará a la luz del particular conjunto de conocimientos, técnicas de diagnóstico y métodos de tratamiento del que dispusiere el profesional en el instante de los sucesos sometidos a juicio, y, por ende, al ser interrogados, los expertos tendrían que precisar si, con la información que se poseía, era posible pronosticar el accidente, y, si acaso, al divisarse su potencial ocurrencia, existían medidas que podrían haberse implementado para impedir su materialización. En lo concerniente al nexo naturalístico de las comisiones imprudentes, y el vínculo hipotético de evitación de las omisiones culposas, acontece algo similar, pues solo con la profesional comprensión de las leyes causales que rigen el funcionamiento del cuerpo humano se puede concluir si la conducta del médico propició, o no, la lesión o muerte del paciente. Sucede lo mismo en la imputación objetiva, la cual, según Jakobs (1997), está fundamentada en el criterio de la creación de riesgos desaprobados, cuya delimitación puede estar dada por la ley, pero que en el caso de la medicina suele estar definida, además, por reglas técnicas o referencias al hombre medio, siendo, en consecuencia, el saber especializado el que perfilará, en gran parte, las fronteras entre el ejercicio lícito de la labor curativa y las prácticas no toleradas. No se puede dejar de lado que, en el proceso de determinación de los riesgos aprobados, se suscitan discusiones en torno a la estimación o descarte de los conocimientos especiales del autor, se aplica la regla de la prohibición de regreso, se reconoce el valor del principio de confianza y se contemplan los supuestos relativos a la competencia de la víctima. Valga precisar que la reconstrucción de las pautas de comportamiento que constituirían el terreno de los riesgos permitidos en el desempeño de actividades médicas es una labor que

presupone la articulación de diversos (y dispersos) enunciados normativos y preceptos técnicos que, al ser conjugados, darán como resultado pensamientos imperativos de alta complejidad. En su texto de introducción al derecho, al explicar la diferencia existente entre norma y enunciado normativo, el profesor Henry Roberto Solano Vélez (2016), respecto al ensamblaje de las numerosas fuentes de las que, habitualmente, se derivan las reglas de derecho aplicables a cualquier materia, indica lo siguiente

Los enunciados normativos pueden clasificarse [...] [en] enunciados normativos completos e incompletos; aquellos expresan la totalidad de una norma, expresan todos los elementos que integran una norma; estos, y son la gran mayoría, expresan tan sólo un fragmento de la norma. Respecto de estos últimos, para obtener la norma completa, el intérprete ha de descubrir los distintos fragmentos que de ella se expresan a través de varios enunciados normativos. Así, por ejemplo, [...] para obtener una norma penal completa, el intérprete deberá desentrañar, descubrir el fragmento que de ella se expresa en el enunciado normativo vertido en la parte especial del Código Penal; luego, el intérprete deberá integrar ese fragmento de la norma con los demás fragmentos que de esta se encuentran expresados a través de los enunciados normativos que integran la parte general (pp. 107-109).

Se debe anotar, complementando lo anterior, que los tipos culposos (como los de responsabilidad médica que se analizan en este acápite) son de naturaleza abierta y, para determinar su objeto de prohibición, es necesario recurrir a otras pautas extrape-nales e incluso ajenas a la regulación estatal administrativa. En efecto, en su libro de Derecho Penal (Parte General) al abordar el tópico de los tipos comisivos culposos, el profesor Fernando Velásquez Velásquez (2017) expresa lo siguiente

la característica esencial de esta clase de figuras típicas comparadas con las dolosas es la forma como el legislador individualiza el comportamiento prohibido: mientras que en estas últimas los comportamientos objeto de prohibición se encuentran casi siempre determinados mediante una descripción más o menos precisa, en aquellas la conducta aparece indeterminada, aunque es determinable en cada caso concreto. Así las cosas, la técnica legislativa utilizada por el codificador es distinta: sanciona cualquier conducta causante de un determinado resultado lesivo, siempre y cuando éste sea previsible y viole un deber de cuidado de modo determinante para la producción del resultado: los tipos imprudentes son, pues, abiertos, dado que el juez debe complementarlos mediante una cláusula de carácter general no contenida en ellos y en la cual se establece el deber de cuidado (pp. 433-434).

Lo anterior explica que, en casos como el de las “transfusiones de sangre contaminada del Hospital Bellvitge en Barcelona, analizado en la STS de 18 de noviembre de 1991” (Silva Sánchez, 1999, p. 17), pese a que en el reglamento correspondiente no se exigía a los bancos de sangre efectuar a las donaciones pruebas de detección de anticuerpos anti-VIH, se haya imputado a título de imprudencia el daño ocasionado por no efectuarlas (vínculo hipotético de evitación), ya que, para la época de los hechos, en el medio médico, se conocían con suficiencia los riesgos de contagio de SIDA en transferecias sanguíneas. Este es, como se ve, un ejemplo de la reconstrucción de la norma aplicable a través de la conjugación de los diversos parámetros de conducta del área

bajo revisión (no se tuvo en cuenta únicamente el reglamento y, de hecho, lo que aquel disponía resultó irrelevante para el caso). Silva Sánchez (1999) ha recalcado que “la integración del concepto jurídico-penal ‘infracción del deber de cuidado’ no tiene por qué recurrir a una normativa administrativa incompleta u obsoleta, cuando resulta que existen ‘standars’ objetivos sectoriales de conducta más exigentes” (p. 19). En la misma línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia (2016a) de nuestro país señaló que

En materia de procedimientos médicos, los protocolos no son una especie de lista inflexible previamente elaborada, a la manera de un catálogo de instrucciones o, en términos jurídicos, una suerte de código de procedimiento, que fija y manda de manera exhaustiva qué es lo que se debe hacer frente a situaciones hipotéticas. Sería tanto como pensar que el operador judicial dispone de un catálogo taxativo de reglas de experiencia para apreciar las pruebas, o bien que cuenta con un reglamento que le enseña cuáles pruebas debe practicar frente a un caso dado, para satisfacer el deber de investigación integral. El protocolo no opera así; este está configurado por el conjunto de prácticas y procedimientos médicos que la comunidad científica ha admitido y aceptado como eficaces, pero su concreción, en últimas, depende de otros factores como la situación y antecedentes específicos de cada paciente, los medios científicos al alcance en un momento dado, y el criterio y experiencia del profesional (Radicado 41245-SP8759).

El horizonte descrito, que pone de presente el complejo raciocinio que debe elaborar el juez para evaluar la tipicidad de este tipo de comportamientos, permite concluir que —si bien existe libertad probatoria (Ley 906 de 2004, art. 373) y, en principio, las partes podrían optar por recurrir a otros medios de conocimiento— en asuntos de responsabilidad médica, para reconocer la existencia de los elementos de los tipos penales bajo examen, el peritazgo o el testimonio técnico resultan indispensables, no porque sea improcedente invocar otras formas de prueba, sino porque a la hora de su valoración se descubrirá que la información de declarantes legos, los documentos, las inspecciones, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Ley 906 de 2004, art. 382) no sometidos al estudio de los respectivos expertos será tan incipiente que el juicio derivará en una necesaria absolució por operancia de las reglas contenidas en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal sobre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* (Congreso de la República, Ley 906, 2004), sin descartar, por supuesto, la posibilidad de que la defensa haya acreditado a plenitud la inocencia.

Es prudente resaltar que, dada la carga probatoria que nuestro ordenamiento ha asignado al órgano de persecució penal (Ley 906 de 2004, art. 7, inciso segundo) es a este a quien incumbe, en primer lugar, obtener los conceptos de expertos que respalden su tesis inculpativa, pero nada obsta para que la defensa cite los propios (Ley 906 de 2004, arts. 8, literal k, 267, 268, 270, 407 y 412).

3. Garantías procesales de imparcialidad y contradicción

“El juez que no presta audiencia sino a una sola parte, se asemeja a un ciego: sólo por pura casualidad halla la buena senda”

GOLDSCHM IDT (1950, p. 283)

Como modelo de encausamiento fundado en el enfrentamiento de intereses, argumentos y postulaciones de partes antagonistas, el proceso acusatorio penal tiene por base epistémica al sistema de depuración dialéctico de las ideas, en cuya virtud sostiene Popper (1991) que

Hay cosas —muy especialmente, el pensamiento humano— que se desarrollan de una manera caracterizada por lo que se llama la tríada dialéctica: *tesis, antítesis y síntesis*. Primero se da una idea, teoría o movimiento que puede ser llamada una “tesis”. Esta tesis a menudo provoca oposición, porque, como la mayoría de las cosas de este mundo, probablemente será de valor limitado y tendrá sus puntos débiles. La idea o movimiento opuesto es llamada la “antítesis” porque está dirigida contra la primera, la tesis. La lucha entre la tesis y la antítesis continúa hasta llegar a una solución que, en cierto sentido, va más allá que la tesis y la antítesis al reconocer sus respectivos valores, tratar de conservar los méritos de ambas y evitar sus limitaciones. Esta solución, que es el tercer paso, es llamada la *síntesis*. Una vez alcanzada, la síntesis puede convertirse a su vez, en el primer paso de una nueva tríada dialéctica, lo cual ocurrirá si la síntesis particular alcanzada es unilateral o presenta cualquier aspecto insatisfactorio. Pues, en este caso, surgirá nuevamente la oposición, lo cual significa que se puede considerar la síntesis como una nueva tesis que ha provocado una nueva antítesis. De este modo, la tríada dialéctica pasará a un nivel superior, y puede llegar a un tercer nivel cuando se haya alcanzado una segunda síntesis (p. 377).

De acuerdo con lo anterior se espera que, a través del cruce argumental protagonizado por fiscalía y defensa, el juez que instruye el caso se aproxime a la realidad desde la doble perspectiva del acusador y el inculcado. Cada una de las partes aporta fragmentos relevantes del relato que servirán al fallador para reconstruir la historia; las críticas recíprocas que a las hipótesis contrarias formulan los adversarios resultan ser altamente fecundas, ya que resaltan aquellas lagunas o inconsistencias de cada una de las narraciones o, por el contrario, terminan de reafirmar la solidez de las declaraciones que superan las objeciones que se les eleven. El sistema contempla la posibilidad de escalar dialécticamente las discusiones, otorgando a los contendientes un conjunto de recursos —reposición, apelación y casación— en los artículos 176 y 180 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República, Ley 906, 2004) y acciones —revisión y tutela contra providencia judicial— en los cánones 192, *ibídem*, y 86 de la Constitución Política, medios que reabren los debates sometiendo a análisis —del mismo funcionario o de uno superior— las decisiones que tome el juez. Eso sí, se ha reconocido que, pese a que el choque de razones podría seguir refinando las conclusiones del caso, un proceso ilimitado —además de ser insostenible— conllevaría a la zozobra (Corte Suprema de Justicia, Radicado 45072 -SP4235, 2017b), por lo que se hace forzoso que,

tras agotar algunas instancias —las que la ley y la constitución determinen—, se conceda a las providencias el “carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no...[resulte] admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 45072 -SP4235, 2017b). En este sentido, explica Luigi Ferrajoli (1995) que

A diferencia de otros tipos de investigación, la comprobación jurisdiccional [...] debe concluir en algún momento: así pues, si el dilema no es resoluble, prevalece la hipótesis más favorable al acusado gracias a una regla jurídica sobre las condiciones de aceptabilidad de la verdad procesal (p. 54).

Ahora bien, sin obviar que “la justicia humana no puede ser más que una justicia parcial [...] [y] todo lo que se puede hacer es tratar de disminuir esta parcialidad” (Carnelutti, 1997, p. 31), para que la triada dialéctica del proceso penal funcione, el individuo fallador, que es a quien se ha encargado la labor de resolver la tensión entre las partes, debe asumir, en la medida de las posibilidades, pero siempre con una tendencia al mayor nivel alcanzable, una actitud de objetividad, y ello es así por razones políticas y por razones gnoseológicas. Las razones políticas se explican, *grosso modo*, con los siguientes conceptos

La importancia de la imparcialidad judicial radica en la necesidad de su existencia para tener por configurado un proceso como debido. Y esto se justifica en la legitimidad que ella otorga al juez como tercero ajeno al litigio para resolverlo [ya que] Las partes sólo pueden concebir la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses por un tercero si éste actúa en base al respeto de los derechos de ambas (Picado Vargas, 2014, p. 38).

Sobre este asunto (citando a la Corte Constitucional) ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2016b) que

La garantía de la imparcialidad se convierte no sólo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática (Radicado 47115).

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional (1996), al manifestar que

La imparcialidad es un asunto [...] de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honrabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos (Sentencia C-037, revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara).

Por su parte, las razones gnoseológicas nos indican que: “ningún hombre llega a apoderarse de la verdad [...]. Aquella que cada uno de nosotros cree la verdad, no es más que un aspecto de la verdad; algo así como una minúscula faceta de un diamante maravilloso” (Carnelutti, 1997, p. 65). Por lo tanto, no resulta recomendable que, como se hace en los modelos de corte inquisitivo, el funcionario judicial adopte hipótesis que se evalúan a lo largo del proceso, incrementando el riesgo de caer en sesgos cognitivos de confirmación que terminarían por extraviar la respectiva investigación y que, de hecho, romperían con el principio de igualdad de armas. Acerca de este error sistemático del razonamiento inductivo, el profesor Arturo Muñoz Aranguren (2011), precisamente en un texto dedicado a la influencia de este tipo de tergiversaciones en las decisiones jurisdiccionales, explicó que se trata de un proceso mental que

Se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis (p. 8).

Resulta, entonces, de vital importancia impedir que en el servidor judicial se instauren maquinaciones mentales de tal naturaleza

La neutralidad y ecuanimidad del juez debe reinar no solo en las decisiones que adopte, sino en todas sus actuaciones procesales para preservar la franqueza que rodea el juego dialéctico de la tesis y antítesis planteadas en el juicio cuando se enfrentan la postura de la fiscalía frente a la expuesta por la defensa (Corte Suprema de Justicia, Radicado 4366-SP3964, 2017a).

Lo correcto, como sabiamente hizo notar el maestro Francesco Carnelutti (1997), es que sean los contendientes quienes formulen teorías parcializadas que irán perfilando, en dinámica dialéctica, la realidad de los hechos, el defensor y el acusador sirven de esa manera –abogando por sus intereses abanderados– al interés impersonal de la justicia, el primero aporta todas las razones (probatorias y dogmáticas) que puedan servir para la declaratoria de inocencia de su asistido, y el segundo contribuye con todos los argumentos para el decreto de su culpabilidad, ofreciendo al fallador una visión multidimensional, y por ende más completa, del objeto de su juzgamiento (p. 65).

Este llamado a la imparcialidad implica, por un lado (aspecto subjetivo de la garantía), que el juez únicamente “[conozca y decida] asuntos que le sean ajenos, es decir, en los que no tenga de por medio ninguna clase de interés directo o indirecto en las resultados del proceso” (Corte Suprema de Justicia, Recusación 201800594-00, APL5514, 2018a), y por otro (aspecto objetivo), que “[no haya] tenido contacto anterior [o paralelo pero exterior al proceso] con el objeto de decisión” (Corte Suprema de Justicia, 2018a), pudiéndose acudir al régimen de recusaciones (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 60) para

desplazar al funcionario del que se sepa que posea alguno de aquellos impedimentos (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 56) y estando, en todo caso, el servidor obligado a expresarlo y a abstenerse de hacer uso de su conocimiento privado en las decisiones que profiera (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 16, en concordancia con el 162.4, el 372 y el 381 del mismo estatuto). La prohibición de la inclusión de información obtenida por cauces distintos a los estipulados por la ley para el proceso tiene íntima relación con el derecho a la defensa, puesto que solo es posible someter a contradicción (art. 378, *ibidem*), refutar y cuestionar la credibilidad de medios de conocimiento que sean expuestos en el juicio, y las memorias y representaciones del juez no son filtradas por el exhaustivo debate que valida las pruebas practicadas en el avistamiento público. Se podría alegar que el interesado aún cuenta con la posibilidad de impugnar las providencias, pero ello es fácilmente rebatible, no solo porque hay decisiones que no pueden ser recurridas (como aquella que resuelve la impugnación especial reglada en la Sentencia C-792 de 2014 de la Corte Constitucional y el Auto AP 1263-2019 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2019a), sino porque, al igual que lo que ocurre con la prueba de referencia, prohibida por regla general en el proceso penal (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 438), al no poder confrontarse al individuo que aporta la información (que en el caso del conocimiento privado es el propio juez) dicho instrumento de convicción pierde confiabilidad (Corte Suprema de Justicia, Radicado 50723 -SP6538, 2018b). El profesor Luigi Ferrajoli (1995) ha explicado que

En el derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos [...] La coherencia y la aceptabilidad justificada son [...] los criterios subjetivos conforme a los que el juez evalúa y decide sobre la verdad o la fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción del hecho y de las interpretativas de su calificación jurídica [...]: la coherencia, para afirmar que la tesis avanzada está confirmada y/o no refutada por una o varias pruebas recogidas y por una o varias interpretaciones jurídicas de otras normas y que, por tanto, es verdadera respecto del conjunto de los conocimientos de que disponemos; y la aceptabilidad justificada, para afirmar que tal conjunto, incluida la tesis avanzada, es más satisfactorio o plausiblemente verdadero que cualquier otro a causa de su mayor capacidad explicativa (p. 144).

Concluyéndose de lo expuesto que es gracias a la mutua contradicción de las evidencias auxiliadas por los dos extremos en disputa que el operador judicial puede aproximarse a la verdad, estando ello vinculado a la prevención de condenas injustas, máximo imperativo ético del proceso penal

Verificabilidad y verificación de las motivaciones [...] son [...] las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. Y valen como tales para garantizar ese específico derecho fundamental que interesa al derecho penal que es la inmunidad del ciudadano inocente frente a punitivas arbitrarias (Ferrajoli, 1995, p. 543).

4. El postulado de la sana crítica y las reglas que la jurisprudencia nacional ha diseñado en torno al estudio y valoración judicial de la prueba pericial

Como se ha visto, la adopción de un sistema penal de corte o tendencia acusatoria implica que entre las partes enfrentadas en juicio se presenten medios de prueba que den sustento a cada tesis, los cuales, a la luz de lo reglado por el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República, Ley 906, 2004), deberán ser apreciados en conjunto, remitiéndose allí a los criterios de valoración señalados en los respectivos capítulos del estatuto del procedimiento penal, y en el caso particular de la prueba pericial, cuya importancia en debates sobre la responsabilidad médica ya fue tratada, remite el legislador nacional al canon 420 de la misma obra, donde se establecen como criterios para la apreciación de la prueba pericial

La idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas (Congreso de la República, Ley 906, 2004).

Estos no son más que postulados de la sana crítica, entendida como “las reglas del correcto entendimiento humano” (Couture, 1958, p. 270).

La jurisprudencia nacional, en la Sentencia C-202 (Corte Constitucional, 2005) con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería, definió el sistema de la sana crítica o persuasión racional como aquel en el cual el fallador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, requiriéndose de parte del juez una motivación con la expresión de las razones tenidas en cuenta para determinar el valor de cada medio de convicción, con apego a las citadas reglas.

Sobre lo anterior, en las conclusiones de la providencia referida, la Corte Constitucional citó el concepto doctrinal traído a colación en el salvamento parcial de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz de la Sentencia C-622 de 1998, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz

Ese concepto [el de la sana crítica] configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Se debe hacer hincapié en que el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre el cual se ha fundado la sentencia es concebido como una causal de casación por el numeral tercero del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, y con ello se quiere decir que el legislador ha dado especial importancia a los criterios de valoración probatoria, estableciendo como una causal de anulación de las sentencias la afectación de derechos o garantías fundamentales por el llamado error de hecho por falso juicio de existencia.

Error que, como se consideró (Corte Suprema de Justicia, Auto interlocutorio 15754, 2006), únicamente puede darse de dos formas: por omisión, dado que el juez ignoró una prueba llevada al proceso, o por suposición, cuando el fallador incluyó entre sus consideraciones un medio de conocimiento que no fue debidamente incorporado, evento que se ubica dentro del fenómeno del conocimiento privado del juez, proscrito para ser usado en sentencias por el inciso segundo del artículo 435 del Código de Procedimiento Penal.

Dicho esto sobre el postulado de la sana crítica como sistema de apreciación probatoria, se aterrizarán los conceptos aludidos concatenándolos con las reglas que la jurisprudencia nacional ha diseñado en torno a la valoración judicial de la prueba pericial. Antes de ello hay que referir las conclusiones acerca de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia a las que arribó la Corte Suprema de Justicia con la ponencia del magistrado Eyder Patiño Cabrera, en la que se indicó sobre las máximas de la experiencia que

Son premisas cuyo fundamento cognoscitivo se construye a partir de patrones de comportamiento válidos con pretensiones de generalidad en un contexto sociohistórico específico, que son previsibles y homogéneos para la comunidad de un lugar determinado dada su repetición y reproducción bajo similares presupuestos de concreción (Corte Suprema de Justicia, Radicado 48265-SP1962, 2018c).

Respecto de los postulados de la lógica formal sostiene la jurisprudencia nacional, en concreto en la Sentencia 34134 del 5 de junio del 2013, con ponencia del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, que

Son proposiciones que responden al principio de conocimiento y que, por lo tanto, representan adecuadamente la realidad y la verdad a partir de la verificación de las alternativas posibles de inferencia racional, entre ellos, como se consideró en la sentencia con radicado 42.602 del 24 de septiembre del 2014 con la ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero. (Corte Suprema de Justicia, Radicado 34134, 2013a)

Por su parte, las leyes de la ciencia deben ser siempre comprobables, lo que exige que el juez

En el proceso de ponderación de los medios de prueba se apoye, bien en postulados científicos, reglas de la experiencia o axiomas lógicos que gocen de los presupuestos de universalidad, generalidad y abstracción, de tal forma que, desde un examen deductivo, individual y en conjunto del acervo probatorio, logre identificar el valor suasorio que más se ajuste a la racionalidad (Corte Suprema de Justicia, Radicado 39257, 2013b).

En cuanto a las reglas diseñadas para la valoración de la prueba pericial resulta clave para este estudio la decisión que en sede casación tomó la Corte Suprema de Justicia (Radicado 49047-SP070, 2019b) con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en la que se precisó el deber de valorar la prueba pericial como los demás medios de prueba, es decir, de manera racional, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, no de manera incondicional o mecánica ante los dictámenes de los especialistas. Para mayor claridad, se citó allí la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (2009) en la Sala de Casación Penal en fallo con radicado número 31795, en la que se dijo que

Como ocurre con todos los medios probatorios, la pericial debe ser considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos que obren en el proceso. Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito (Corte Suprema de Justicia, Radicado 31795, 2009).

No obstante, se debe tener en cuenta la siguiente salvedad

Todo bajo el entendido de que no debe aceptar como una verdad apodíctica las conclusiones por el simple hecho de provenir de un experto, porque, a manera de ejemplo, es posible que el dictamen haya sido emitido por el profesional más calificado, pero: (i) la técnica utilizada solo sirva de orientación, o permita establecer en un nivel medio de probabilidad que un determinado hecho pudo haber ocurrido (Art. 417); (ii) las características del caso objeto de decisión judicial sean sustancialmente diferentes a las de la muestra utilizada para los experimentos o estudios a los que alude el perito, etcétera (Corte Suprema de Justicia, Radicado 50637-SP2709, 2018d).

Se considera, entonces, que el objeto de valoración en la prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento en el que este sustenta sus afirmaciones, tal y como precisó la Corte Suprema de Justicia

En el proceso de reconstrucción histórica de la conducta punible, se pueden presentar circunstancias donde se requieren conocimientos extrajurídicos ajenos al funcionario judicial, motivo por el cual debe acudir al auxilio de personas versadas en esos temas para que lo ilustren, como son los peritos. Sin embargo, recuérdese que el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito, sino el procedimiento técnico científico empleado para su examen, pues es éste el que en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino. Por ello se ha dicho que cuanto interesa al juzgador tratándose de pericia documental no es la conclusión en sí, sino la forma como fue adoptada (Corte Suprema de Justicia, Radicado 32882-232213, 2012a).

Lo anterior quiere decir que el fallador puede apartarse del dictamen pericial cuando este no supere la valoración racional. Esto es, el postulado de la sana crítica se aplica no a la conclusión del dictamen, sino al procedimiento llevado a cabo por el perito para llegar a sus conclusiones, lo cual se compadece con los criterios de apreciación de la prueba pericial contenidos en el artículo 420 de la Ley 906 del 2004.

Aunado a esto, se debe indicar que en el sistema de procedimiento penal que ha adoptado nuestro ordenamiento jurídico, como se ha acotado en líneas anteriores, de manera legítima el juez se puede apartar del dictamen pericial porque este no supere positivamente la crítica hecha sobre reglas científicas aplicadas al caso en concreto, pues puede requerirse para el respectivo caso alejarse la probabilidad y acercarse a un grado certeza, mas no podría apartarse el juez aduciendo un mejor criterio científico allegado por él mismo a la fundamentación de su decisión, pues como se advirtió en precedencia, podría darse lugar a un falso juicio de existencia por suposición, lo cual viciaría la sentencia.

Sin embargo, en este repaso jurisprudencial es necesario mencionar un proceso en el que, al estudiar la absolución de un médico cirujano por el punible de lesiones personales culposas, el magistrado Bustos Ramírez hizo salvamento de voto (Corte Suprema de Justicia, Radicado 33920, 2012b) y sostuvo que la Corte sorprendió a la defensa dejando de lado los precisos términos de la acusación, abandonó el contenido de la pericia científica y acudió a las manifestaciones de legos en la materia, con base en documentos de apariencia científica que no fueron materia de controversia durante la investigación o el juzgamiento.

La Corte Suprema de Justicia, en su mayoría, consideró que el error del profesional de la salud se presentó en el procedimiento quirúrgico y que dicho desacierto causó las lesiones en la paciente; mientras el salvante expuso que

A partir de ahora va a generarse de manera equivocada, por ende nociva para la funcionalidad del modelo de procesamiento penal, en el sentido que los jueces se hallan facultados

por el ordenamiento para prescindir de la pericia científica y realizar sus propias averiguaciones sobre el estado de la ciencia de cuyo conocimiento de ordinario carecen y, a partir de allí, supliendo a los doctos en la materia, expresar particulares criterios sobre un caso concreto, a la mejor manera de aquello que se ha convenido en denominar “el conocimiento privado de juez. [Seguidamente, dijo que:]

Por ello llama la atención que en la decisión se afirme que el médico procesado ha debido realizar la cirugía de tal o cual modo, o aplicar determinados procedimientos, o recetar un específico medicamento porque así aparece en alguna literatura consultada a propósito de la decisión, sin posibilidad alguna de permitir la controversia de las partes, pues no puede olvidarse que aún en el caso del dictamen pericial, la ley les confiere la oportunidad de pedir aclaración o incluso de presentar objeción por error grave u ostensible (Corte Suprema de Justicia, Radicado 33920, 2012b).

5. ¿Puede o no el juez acudir a la literatura médica especializada para decidir al margen de los dictámenes practicados en juicio? Propuesta de solución al problema planteado

Advertida ya la relevancia de las garantías de la imparcialidad y la contradicción, no parece admisible la idea de ofrecer al fallador funciones inquisitivas que tergiversarían su labor, perturbarían las finalidades del proceso y degradarían considerablemente las oportunidades de defensa del acusado. Aunque es cierto que el juez tiene la obligación de analizar críticamente las evidencias que se le presenten (Congreso de la República, 2004, Código de Procedimiento Penal, arts.: 380, 381, 404, 420, 432) al exhortarlo a adelantar investigaciones teóricas acerca de la pertinencia de la actividad médica desempeñada, se lo estaría situando en la posición de parte, subrayándose que

Un juez que ha tenido participación en la construcción y elaboración del proceso, [y] en la búsqueda de la prueba, no puede separar de su psiquis la finalidad de perseguir, por lo que, no puede exigir[se] le posteriormente, que defina el asunto con imparcialidad y objetividad (Salazar Cote, 2015, p. 20).

Pero no es solo ello; resulta que si adelanta sus estudios y exploraciones de manera privada y de espaldas al juicio, los argumentos científicos que, en últimas, emplearía el juez para fundamentar su decisión no habrían sido sometidos a la necesaria contradicción, con lo que negaría la posibilidad del escalamiento dialéctico de las conclusiones y restringiría seriamente el derecho a la defensa del procesado. También se corre el riesgo de que el operador extienda deducciones genéricas de experimentaciones a un caso particular para el que no sean válidas. Se recuerda que, aunque compartimos rasgos biológicos, no existe una homogeneidad genética en nuestra especie, por lo que los cuerpos pueden reaccionar de formas muy diversas frente a la enfermedad, la lesión y el tratamiento clínico, siendo, en consecuencia, lo recomendable que si algún sondeo, examen o análisis médico-científico ha de practicarse, sea ejecutado directamente en el organismo del individuo que presuntamente haya sido afectado con el acto o la omisión

del facultativo, o se asegure que el individuo muestreado posea condiciones idénticas, por lo menos en lo esencial, al que se dice que ha sufrido el daño, y es que, en un área abundante en variables (muchas veces no identificadas) la extrapolación de resultados de eventos pasados a otros presentes o futuros, sin la respectiva corroboración de concordancia de criterios de análisis, extiende el margen de error a límites intolerables para el derecho penal de corte garantista.

Ahora, si al valorar una prueba pericial médica de descargo el fallador encuentra que esta posee graves falencias atribuibles a una defensa técnica mediocre (lo que podría ocurrir, por ejemplo, a causa de un equivocado direccionamiento del interrogatorio directo o del redirecto, artículo 391 del Código de Procedimiento Penal), se estima que lo adecuado sería que declare la nulidad de la actuación (Corte Suprema de Justicia, Radicado 45098-SP2364, 2018e) y no que entre a reemplazar al perito formulando hipótesis para las que, seguramente, carece de preparación. O, si es la prueba acusatoria la que adolece de tales vicios se estima que lo que debe primar es la duda probatoria en favor del reo.

La razón de esto es que la prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de la experiencia o leyes naturales que el juez no posee o no puede poseer, por las anotadas dificultades que conlleva el ejercicio de la medicina, y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate (Climent Durán, 2005). Así, como se anotó al abordarse los criterios de valoración de la prueba pericial, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional acuden a la sana crítica de las pericias para determinar, según lo reglamenta el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, si el perito cumple con la suficiente idoneidad técnico, científica y moral que exige el caso bajo estudio, si su exposición es clara y sus respuestas exactas, si se observó un buen comportamiento al responder, si sus postulados, tesis o conclusiones tienen el suficiente grado de aceptación de la comunidad científica, si los instrumentos utilizados fueron los debidos y si, en conjunto, sus respuestas son consistentes. Todo para verificar la fiabilidad o el grado de acierto del perito y si, con base en su dictamen, se puede apoyar una decisión judicial, pues de no superarse estos criterios para lograr el grado de certeza que requiere un pronunciamiento jurisdiccional, puede el juez apartarse de la prueba pericial, no porque en su conocimiento privado halle un mejor o diferente criterio, sino porque el llevado a juicio y debatido por las partes no superó un examen sobre el procedimiento que precede la exposición del experto.

6. Referencias

Carnelutti, F. (1997). *Las miserias del proceso penal*. Temis.

Climent Durán, C. (2005). *La Prueba Penal*. Tirant lo Blanch.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia*. Gaceta Constitucional N.º 116.

- Colombia. Congreso de la República. (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial N.º 45 658.
- Colombia. Congreso de la República. (2000, 24 de junio). Ley 599 de 2000. *Código Penal*. Diario Oficial N.º 44 097.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996, 5 de febrero). *Sentencia C-037* (Vladimiro Naranjo Mesa, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1998, 4 de noviembre). *Sentencia C-622* (Jaime Morón Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional (2005, 8 de marzo). *Sentencia C-202* (Jaime Araujo Rentería, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2014, 29 de octubre). *Sentencia C-792* (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2006, 6 de mayo). *Auto interlocutorio 15754* (Yesid Ramírez Bastidas, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2009, 16 de septiembre). *Radicado 31795* (Yesid Ramírez Bastidas, M. P. y Julio Enrique Socha Salamanca, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012a, 27 de junio). *Radicado 32882-232213* (Javier Zapata Ortiz, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012b, 11 de abril). *Radicado 33920* (Augusto J. Ibáñez Guzmán, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2013a, 5 de junio). *Radicado 34134* (Gustavo Alberto Malo Fernández, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2013b, 16 de octubre). *Radicado 39257* (Eugenio Fernández Carlier, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2016a, 29 de junio). *Radicado 41245-SP8759* (José Luis Barceló Camacho, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2016b, 24 de febrero). *Radicado 47115*. (Gustavo Enrique Malo Fernández, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017a, 22 de marzo) *Radicado 4366-SP3964* (Eugenio Fernández Carlier, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017b, 23 de marzo). *Radicado 45072 -SP4235* (Patricia Salazar Cuellar, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (2018a, 29 de noviembre). *Recusación 110010230000201800594-00, APL5514* (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2018b, 16 de mayo). *Radicado 50723 -SP6538* (José Francisco Acuña Vizcaya, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2018c, 30 de mayo). *Radicado 48265-SP1962*. (Eyder Patiño Cabrera, M. P.).

- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2018d, 11 de julio). *Radicado 50637-SP2709* (Patricia Salazar Cuellar, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2018e, 20 de junio). *Radicado 45098-SP2364* (Luis Antonio Hernández Barbosa, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2019a, 3 de abril). *Radicado 54215-AP1263*. Eyder Patiño Cabrera, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (2019b, 23 de enero). *Radicado 49047-SP070*. (Patricia Salazar Cuéllar, M. P.).
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Roque Depalma.
- Feng, X-H., Lin, X., Yu, J., Nemunaitis, J. y Brunicardi, F. Ch. (2015). Cirugía molecular y genómica. En F. Ch. Brunicardi, D. K. Andersen, T. R. Billiar, D. L. Dunn, J. G. Hunter, J. B. Matthews y R. E. Pollock, *Schwartz, Principios de cirugía*, 10 (pp. 1-44). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?bookid=1513§ionid=98625100#98625250>.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- García Morente, M. (2000). *Lecciones preliminares de filosofía*. Ediciones Encuentro.
- Goldschmidt, W. (1978). *Justicia y verdad*. La Ley.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas.
- Mark, D. B. y Wong, J. B. (2018). Toma de decisiones en la medicina clínica. En J. L. Jameson, A. S. Fauci, D. L. Kasper, S. L. Hauser, D. L. Longo y J. Loscalzo (eds.), *Harrison. Principios de Medicina Interna*, 20 (pp. 1-19). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?sectionid=199171758&bookid=2461&Resultclick=2>.
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret*, 2, 1-39. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241333/323924>.
- Nicoll, C. D. y Lu, Ch. M. (2018). Pruebas diagnósticas y toma de decisiones médicas. En D. Nicoll, Ch. M. Lu, S. J. McPhee (eds.), *Guía de pruebas para diagnóstico*, 7 (pp. 1-8). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?bookid=2424§ionid=188608337>
- Pennington, E. C. y Burke, P. A. (2018). Apéndice. En G. M. Doherty (ed.), *Diagnóstico y tratamiento quirúrgicos*, 14. (pp. 1-8). McGraw-Hill. Recuperado de: <https://accessmedicina-mhmedical-com.consultaremota.upb.edu.co:8443/content.aspx?sectionid=201528716&bookid=2364&Resultclick=2>.
- Picado Vargas, C. A. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *IUDEX*, (2), 31-62. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>.
- Popper, K. R. (1991). *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*. Editorial Paidós.
- Rodríguez Armario, E. y Villegas Suárez, P. (1994). Enfermedades de transmisión sexual y sida. *Cuaderno de Salud*, 5. Instituto Andaluz de la Mujer.

- Salazar Cote, A. P. (2015). *La imparcialidad del juez de conocimiento en Colombia, Análisis documental*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. J. M. Bosch Editor.
- Solano Vélez, H. R. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Velásquez Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de derecho penal, parte general*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>
