



**La carga probatoria de la culpa y de la falla
del servicio en la responsabilidad médica**
Estudio comparado entre la Corte Suprema de Justicia
y el Consejo de Estado

Kevin Alejandro Rojas

Directora: María Teresa Carreño Bustamante PhD



La carga probatoria de la culpa y de la falla del servicio en la
responsabilidad médica

Estudio comparado entre la Corte Suprema de Justicia y el
Consejo de Estado

Kevin Alejandro Rojas Echeverry

Directora: María Teresa Carreño Bustamante

Universidad de Manizales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Maestría en Derecho

Manizales, abril de 2016

CONTENIDO

Introducción	6
Presentación.....	6
El problema	8
Objetivos.....	10
General	10
Específicos.....	10
Metodología	11
Tipo de estudio	11
Algunos textos destacados.....	12
Usuarios	14
Carga de la Prueba	15
Generalidades en torno a la Carga de la Prueba	15
Reglas y criterios de distribución de la carga de la prueba	18
La carga de la prueba recae sobre quien afirma, no sobre quien niega	19
Carga de la prueba de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido	19
Carga Estática de la prueba	21
Carga Dinámica de la Prueba	22
Inversión de la carga de la prueba	23
Prueba por presunciones.....	25
La Carga de la Prueba en el ámbito civil.....	26
La Carga de la Prueba en el ámbito Contencioso Administrativo	30
Responsabilidad Médica.....	32
Algunas precisiones	32
La Culpa	34
El Daño	37
El Nexo Causal	39
Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad médica	40
Responsabilidad médica contractual	40
Responsabilidad médica extracontractual	42
Obligaciones de medio y de resultado	44
La carga probatoria de la culpa y de la falla del servicio en la responsabilidad médica	47
Teorías adoptadas por la Corte Suprema de Justicia	48
La Teoría de las Obligaciones de Medios y de Resultado en la prueba de la culpa ...	50
Teorías de flexibilización o racionalización probatoria.....	54
Res Ipsa Loquitur (Las cosas hablan por sí mismas)	55
Prueba prima facie (Prueba por primera impresión o apariencia).....	56

Faute virtuelle (Culpa Virtual).....	57
Resultado o daño desproporcionado.....	57
Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en la prueba de la culpa.....	59
Teorías adoptadas por el Consejo de Estado	62
Teoría de la falla probada, primera regla probatoria acogida por el Consejo de Estado.	
Obligaciones de medio y de resultado.....	63
Teoría de la Falla Presunta, dificultad probatoria para el demandante.....	64
Teoría de la Carga dinámica de la prueba. Principios Constitucionales de igualdad, equidad y solidaridad de las partes en el proceso.....	68
Retoma de la teoría de la falla probada. Complejidad de resolución de los temas médicos y dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio.	
Relevancia de la prueba indiciaria.....	71
Teoría de la Falla Probada con aplicación de mecanismos de facilitación probatoria	73
La Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba aplicada por el Código General del Proceso. Auto del Consejo de Estado del 6 de Agosto de 2014	75
Diferencias teóricas entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado ...	78
Aplicación de la teoría de carga dinámica de la prueba por la Corte Suprema de Justicia y ausencia de aplicación de esta por el Consejo de Estado.....	78
La culpa como factor de atribución de la responsabilidad civil y la falla del servicio como elemento configurativo de la responsabilidad estatal.....	83
La historia clínica como prueba.....	88
Conclusiones	93
Trabajos citados	98

RESUMEN

El interés por la prueba en la Responsabilidad Médica surge a partir de las dudas y las controversias que ocurren al intentar demostrar en un proceso judicial la culpa o la falla del servicio de los médicos y los profesionales de la salud, tras la comisión de un daño en las intervenciones que realizan sobre los pacientes. Estas dudas complican las reclamaciones judiciales y, a la postre, vulneran los derechos de los pacientes o los de sus familiares. Las inquietudes surgen al tratar de adoptar la teoría aplicable al caso concreto, pues la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, con los años, han cambiado sus posiciones jurisprudenciales, teniendo incluso diferencias sustanciales entre ellas.

En este estudio se observa que la evolución jurisprudencial de uno y otro tribunal no ha sido el mismo con el paso de los años, pues, uno de ellos ha aplicado una teoría y el otro se acoge a otra opuesta frente a casos similares. Por eso, con el presente trabajo se busca comprender las razones de esta controversia.

El estudio se centra en el aspecto probatorio de la responsabilidad médica, concretamente en la prueba de la culpa y de la falla del servicio, que según varios autores es el elemento más complejo de demostrar comparado con el daño y el nexo causal, los cuales, si bien son difíciles de revelar, no tienen la trascendencia que logra adquirir el que se pretende analizar.

Para el desarrollo del proyecto, se toman como base las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que han tratado el tema de tal forma que se puedan identificar los enfoques teóricos que estas instituciones han venido manejando para resolver el problema planteado.

INTRODUCCIÓN

Presentación

La Responsabilidad Médica es un campo que le ha interesado en los últimos años a disciplinas como la Ética, el Derecho, la Política y la Administración. Respecto al Derecho, cada vez más los altos tribunales y la doctrina plantean nuevas alternativas y nuevas teorías para la solución de los asuntos médicos. Esta inquietud por el tema ha originado teorías y prácticas judiciales que impactan la labor de los profesionales de la salud y que repercuten en la atención que reciben los pacientes. De ahí que el estudio de este tipo de responsabilidad, en el ámbito jurídico, relaciona la decisión que tome un juez en su ejercicio, con la adoptada por un médico en su quehacer profesional.

Motivados por los copiosos pronunciamientos judiciales que al respecto se han promulgado, y del constante reconocimiento de derechos, los usuarios de la administración de justicia están acudiendo con más regularidad a los jueces para reclamar sus derechos, hasta el punto de causar una verdadera avalancha de procesos relativos a la responsabilidad médica.

De todas formas, quienes tienen la última palabra sobre el tema son las dos altas Corporaciones que resuelven estos asuntos en última instancia, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, razón por la cual este trabajo acude a los pronunciamientos que

dichas instituciones han proferido frente al tema más controvertido, polémico y difícil de tratar en los asuntos de responsabilidad médica, la prueba de la culpa o falla del servicio.

Se acude al médico con la esperanza de que los males que aquejan a las personas sean curados, con la convicción de que sus estudios, su experiencia y su compromiso con la gente, que se predica en su profesión, se expresarán en su diligencia en el actuar. Sin embargo, en ocasiones, el bienestar ofrecido no se obtiene, muchas veces en razón a un error en el proceder del médico. Cuando esto ocurre, es preciso considerar varias alternativas: la primera es pensar que el médico es responsable sin lugar a discusión alguna; la segunda es que el afectado debe demostrar el error cometido por el médico aun cuando no tenga los conocimientos técnicos y científicos para saber lo que el médico hizo en su intervención; la tercera es que el médico es responsable de demostrar que actuó como se lo exige la *lex artis* (Reglas del oficio), y la última es que es función de los jueces cargar a una de las partes la obligación de demostrar la falta de diligencia o el buen actuar del facultativo.

Las decisiones sobre estas probabilidades son dadas por las altas corporaciones que ejercen como máximos tribunales de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, son pues la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado las instituciones que han delimitado el tema y las pautas de acción para todos los jueces que se ven abocados a atender la gran cantidad de procesos de responsabilidad médica.

Sin embargo, estas dos instituciones regidas por una misma constitución y por las mismas leyes que gobiernan el sistema procesal, tienen diferencias teóricas y prácticas en la resolución de los negocios que no son del todo comprensibles, puesto que en asuntos similares se aplican diferentes presupuestos respecto a la carga probatoria.

Lo anterior debe ser estudiado con especial atención puesto que no solo se habla de la decisión que se toma en un asunto particular, sino del precedente que fijan las altas instituciones para que los demás casos de responsabilidad médica sean resueltos con el mismo criterio. Esta situación tiene trascendencia en dos aspectos, primero porque fija los parámetros de decisión que deberán adoptar los funcionarios judiciales, y segundo, un poco impensable pero de gran importancia, fija criterios de actuación en los médicos, ya que las

decisiones judiciales que se tomen pueden predisponerlos a actuar en determinada forma. Por ejemplo, puede prevenirlos a no realizar todas las acciones que estén a su alcance para no verse inmersos posteriormente en un proceso judicial. Resulta extraño esto último, pero piénsese en un sistema en el que se parta de la presunción de culpabilidad del médico, en el cual le resulte más ventajoso no realizar los procedimientos más complejos para evitar un mayor riesgo de cometer errores en la intervención.

Por consiguiente, no es sencillo tomar una posición al respecto, puesto que se trata de resolver un problema con una fuerte incidencia social, máxime cuando se habla de poner en juego el derecho fundamental a la salud taxativamente regulado en la constitución, ligado al derecho más importante que tiene todo ser humano, la vida.

Para desarrollar entonces el tema propuesto, se adelantará un estudio jurisprudencial y conceptual que pueda contribuir a esclarecer la problemática. Con estos parámetros, se trabajará un primer capítulo en el que se exponen las características del proyecto de investigación, continuando con dos más en los que se presentan las generalidades del tema de la carga de la prueba y de la responsabilidad médica.

Después se abordarán los dos capítulos centrales del proyecto, el primero en el que se trabajan las teorías asumidas por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado respecto a la carga de la prueba de la culpa y de falla del servicio en la responsabilidad médica, y el segundo, en el cual se hace una diferenciación entre las teorías manejadas por ambas corporaciones en esa materia.

Finalmente se proponen unas conclusiones que sintetizan los resultados teóricos obtenidos en el desarrollo del trabajo investigativo.

El problema

Dadas las características del trabajo de investigación, este se desarrolla en dos escenarios o áreas problemáticas, uno judicial y otro fáctico.

El interés por el tema surge precisamente de la incidencia que tienen los fallos judiciales en los procedimientos médicos que desarrollan los profesionales de la salud, pues un régimen drástico de responsabilidad podría acarrear una prevención mayor por los médicos en sus intervenciones, lo que puede suscitar una atención deficiente por falta de aplicación de los procedimientos más delicados, pero necesarios para el paciente.

Por el contrario, la aplicación de un régimen más laxo podría llevar a casos de impunidad, en los que el médico difícilmente será condenado por un actuar negligente.

Como se verá, los dos escenarios problemáticos son claramente diferenciables: el primero es el judicial, en el que los jueces con competencia para resolver los asuntos de responsabilidad médica, cuales son los administrativos y civiles, suelen enfrentarse con procesos de alta complejidad, no solo por las características del asunto, sino por la falta de conocimiento o confusiones que los altos tribunales suscitan con la jurisprudencia promulgada. Así, pues, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, al resolver estos procesos en última instancia, han pasado por una teorías diversas que han originado problemas a los jueces al tomar una decisión, pues no es clara la teoría aplicable frente a estos litigios, con el agravante de que ambas instituciones, frente a casos similares, han aplicado teorías diferentes.

El segundo problema, tal como se mencionó, se desarrolla en los espacios de actuación del profesional de la salud. Son pues estos profesionales los directos implicados con las decisiones tomadas por los administradores de justicia, y son a ellos a quien incumbe las teorías que han de aplicar sus juzgadores.

En estos dos campos de problema, el trabajo se centra en un punto específico de la responsabilidad médica que es la carga de la prueba de la culpa o la falla del servicio, elemento de difícil demostración probatoria, en virtud del cual se debe acudir a los dos escenarios propuestos para determinar la existencia de la culpa, en primer lugar, porque el juez con base en las teorías aplicables debe tratar de vislumbrar la existencia de dicho elemento, y en segundo lugar, porque se debe acudir al escenario en que se desarrollaron los hechos para determinar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron. En esta forma, estamos pues ante dos áreas problemáticas que incumben a los jueces, a los

profesionales sanitarios y a los usuarios de la administración de justicia y de los servicios de salud.

De esta descripción del problema se deriva la pregunta que guía esta investigación: ¿Cuáles son las diferencias teóricas en materia de la Carga de la Prueba de la culpa y de la falla del servicio en la Responsabilidad Médica entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado?

Objetivos

General

Diferenciar las teorías que en materia de carga de la prueba de la culpa y la falla del servicio en la Responsabilidad Médica, han desarrollado la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Específicos

1. Exponer las teorías que en materia de la carga de la prueba de la culpa y falla del servicio en la Responsabilidad Médica han propuesto la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.
2. Comprender la razón por la cual en materia de carga de la prueba de la culpa y de la falla del servicio en la Responsabilidad Médica la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado aplican diferentes teorías.
3. Identificar la teoría de la carga de la prueba de la culpa y de la falla del servicio que en materia de responsabilidad médica están aplicando en la actualidad la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

METODOLOGÍA

Tipo de estudio

Esta es una investigación documental sobre la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que presentan diferencias claves para comprender el problema abordado.

El primer campo de estudio implica un análisis interpretativo de la jurisprudencia y una pesquisa en las fuentes doctrinales que se van a estudiar. El análisis de los documentos se realiza sobre el sentido completo de los textos, de los que se separan algunos apartes que ilustran las posiciones de las dos instituciones. Por supuesto, la separación de los contenidos se hace una vez comprendido el contexto en el que fueron escritos. Este principio del análisis del discurso implica una atención al entorno que se encuentra contenido en el texto, como referente básico del enunciado (Bajtin, 1989).

Por supuesto, para abordar los textos jurisprudenciales de una manera crítica es necesario hacer un recorrido por la documentación conceptual sobre las teorías aplicadas por las dos corporaciones jurídicas. Para encontrar los documentos que pudieran ilustrar el tema estudiado, se acudió a varias bases de datos en las cuales se realizó un rastreo de las investigaciones que frente a la responsabilidad médica se han elaborado. Allí se encontraron varios estudios encaminados principalmente al análisis de las posiciones asumidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia de manera

independiente y sobre los asuntos médicos. No se encontraron trabajos que desarrollaran el problema de la carga probatoria de la culpa o la falla del servicio médico, además, no se encontró ninguna investigación que desarrollara una comparación entre ambas Corporaciones, de tal forma que se pudiera encontrar la razón de las diferencias Jurisprudenciales que una y otra entidad promulgan.

Algunos textos destacados

En uno de los proyectos de investigación, por ejemplo, realizado para la Universidad de Antioquia por Juliana Pérez Restrepo (2011), con el título *La Carga dinámica de la prueba en la Responsabilidad Administrativa por la Actividad Médica – Decaimiento de su aplicabilidad*, se presenta una explicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, que consiste en asignar a una de las partes, la que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo, la carga de probar lo alegado en un eventual proceso.

El proyecto analiza una sola teoría aplicada por el Consejo de Estado en torno a la Responsabilidad Médica. Este trabajo propone un análisis para determinar la responsabilidad del Estado y de los particulares, donde se incluye la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y se analiza la carga de la prueba de la culpa.

Otro estudio, realizado para la Universidad del Norte en Barranquilla, realizado por Andrea Macilla Morillo (2005), con el título *La Responsabilidad Civil Médica Las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful life*, enfrenta la responsabilidad que puede tener un médico por no advertir o no diagnosticar una malformación o una afectación del feto, lo cual implica para la madre gestante la pérdida de la oportunidad de decidir si interrumpe voluntariamente su embarazo o no.

Este es un artículo que ofrece un interesante análisis de los elementos de la responsabilidad civil en el tema mencionado, y dista del proyecto de investigación que proponemos desarrollar por la especificidad del problema abordado. No obstante, da luces para trabajar la responsabilidad por la negligencia del médico.

Se encontró una tesis de maestría desarrollada para la Universidad del Rosario de Bogotá, donde Miguel Ángel Quintero Meza (2012) trabajó *La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del Estado. –una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado–*. Esta tesis, como las anteriores, propone analizar la responsabilidad médica respecto a los problemas que ocurren en la prestación del servicio médico, pero solo por el Estado y de manera general, y se incluye la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el análisis de la carga de la prueba de la culpa.

Otra investigación sobre el tema, fue desarrollada para la Universidad Libre de Colombia, donde Natalia Mendoza y Luis Motta (2012), estudian la *Responsabilidad Médica del Estado Colombiano frente a la Carga de la Prueba Según la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado*. Esta investigación no coincide con lo que se pretende en este trabajo por la exclusión de un estudio respecto a la jurisdicción ordinaria, y por la amplitud del tema en materia probatoria.

Se encontraron artículos especializados que, aunque tocan temas importantes y que servirán como apoyo para el desarrollo del proyecto, no resuelven las dudas que se pretenden absolver en este trabajo, aunado a que se abordan temas específicos diferentes al propuesto, o encaminados a una sola de las jurisdicciones que manejan el tema en Colombia. Entre esos artículos, se encuentran algunos como “*La Responsabilidad Civil Médica: Una visión sociológica y Jurídica del problema*” desarrollado por Manuel José Sarmiento Arguello (2012); otro trabajo es “*Responsabilidad Médica: Elementos, Naturaleza y Carga de la Prueba*” de Carolina Deik Acosta–Mediado (2010) para la Universidad de los Andes; también se encontró el artículo sobre “*La Responsabilidad Civil Médica: Una visión sociológica y Jurídica del problema*”, desarrollado por Manuel José Sarmiento Arguello para la Revista Médico–legal año XVIII nº1, 2012 14–17.

Esta muestra de los trabajos encontrados permite pensar que se está ante un tema que si bien ha sido debatido y estudiado, no ha sido investigado desde una perspectiva comparativa de las competencias civiles y administrativas, y mucho menos respecto a la prueba de la culpa o la falla del servicio en la responsabilidad médica.

Usuarios

Los resultados de la investigación podrán ser utilizados por empleados y funcionarios de la Rama Judicial, quienes suelen enfrentar esta clase de procesos que, según las diferentes teorías, entran en profundas contradicciones.

Además, les interesa a los abogados litigantes que, al estar enfrentados a procesos de esta índole, necesitan una hoja de ruta que les indique el camino que pueden tomar al respecto.

El trabajo también les interesa a los profesionales de la salud que estén interesados en saber cuál es la posición de los máximos organismos judiciales encargados de juzgarlos por los problemas que puedan tener respecto a su responsabilidad jurídica.

Finalmente, es un trabajo que puede interesar a los estudiantes de Derecho y de ciencias de la salud como medicina, enfermería y odontología, entre otras.

CARGA DE LA PRUEBA

Generalidades en torno a la Carga de la Prueba

El proceso judicial es la consecuencia de hacer actuar en un mismo escenario dos extremos de un litigio, el demandante y el demandado. Estos esbozan sus alegatos frente a un tercero imparcial que conoce el derecho pero ignora los hechos, el Juez. Corresponde a cada uno de los actores de ese litigio probar su defensa, y es la prueba el instrumento mediante el cual se le expresa al juez la reconstrucción histórica de los hechos que permiten llegar a la verdad. En esta escena, el aspecto probatorio juega un papel crucial como elemento que permite definir la procedencia de la responsabilidad.

La función principal de la prueba es, pues, ofrecer al juzgador información fiable sobre la verdad de los hechos en litigio, puesto que al comienzo de un proceso los hechos se presentan en forma de enunciados fácticos caracterizados por un estado de incertidumbre, lo cual permite concluir que decidir sobre los hechos significa resolver esa incertidumbre y determinar, a partir de los medios de prueba presentados, si se ha producido la verdad o la falsedad de esos enunciados (Taruffo, 2008, pág. 131).

Ahora bien, la carga probatoria es el constreñimiento que se le impone a una de las partes de presentar la prueba que fundamente la verdad de su enunciado, cuyo no cumplimiento le acarrea circunstancias desventajosas en los resultados del proceso. Las

partes, por tanto, no tienen el deber de probar, sino que tienen es la carga de hacerlo, de donde surge la necesidad de saber cuál es la carga del demandante y cuál la del demandado.

La carga de la prueba se convierte así en una guía del Juez para tomar una decisión en la sentencia ante la falta de acreditación de los hechos de una parte o de otra, pues, frente a la prohibición de llegar a un *non liquet* (una ausencia de claridad), tiene que cargar a una de las partes con la obligación de probar determinados hechos, cuya no demostración acarrea su responsabilidad o el no acogimiento de las pretensiones esbozadas, según sea el demandado o el demandante. En palabras de *Leo Resenberg* (1956), la carga de la prueba:

...ayuda al Juez a formarse un juicio afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en una instrucción dada al juez acerca el contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada (pág. 17).

Sin embargo, hay circunstancias en las cuales la prueba de los hechos entraña serias dificultades, principalmente en litigios en los que se abordan temas científicos, técnicos, o que implican artes o destrezas determinadas. Resultará entonces que encontrar reglas que definan la carga probatoria es determinante para llevar a buen término el proceso, por ser un mecanismo que condiciona el reconocimiento del Juez (Ormazabal, 2004, pág. 17). Esa carga probatoria incumbe a las partes, y es la ley o la Jurisprudencia la que distribuye esa carga en una o en otra parte, según el caso, e impone las consecuencias de la falta de pruebas.

Se ha querido establecer una regla general para la distribución de la carga de la prueba, tarea a la cual se han dedicado autores como Rosenberg, Micheli, Guasp, y de modo indirecto Carnelutti, Couture, entre otros. Hernando Devis Echandía (1984), en una labor por armonizar las teorías de estos autores y por encontrar la regla más apropiada para distribuir dicha carga, señala que; “A cada parte le corresponde la carga de probar los

hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal” (pág. 212). De allí se concluye que cada parte soporta el riesgo de la falta de prueba, y suscita una decisión desfavorable.

Ahora bien, el autor se pregunta si la regla general indica que a cada parte le corresponde probar los hechos por él alegados, por qué se encuentran normas o decisiones jurisprudenciales que asignan a determinadas partes la carga de probar ciertos hechos. A esta inquietud, Ortells (2013) señala dos motivos:

1. Por razones de eficacia del proceso civil, dado que este proceso sería un instrumento inútil si el demandante tuviera la responsabilidad de probar no sólo los hechos constitutivos de su pretensión procesal, sino también la inexistencia de todos aquellos hechos que podrían jurídicamente contrarrestar la eficacia de los anteriores.
2. El proceso tiene el riesgo del hecho incierto. Con el criterio anterior se reparte ese riesgo entre las partes de acuerdo con el principio de igualdad de las mismas en el proceso, y no se hace cargar con el mismo exclusiva o principalmente al actor (pág. 399).

Así, entonces, en todo litigio sobre ambas partes recae la obligación de probar, ya sea los hechos constitutivos o los hechos extintivos de la obligación, resultando perjudicial para la parte que alega un supuesto factico la ausencia de certeza, de ahí que se asigne a una o a otra parte la carga de probar.

Hay una diferencia entre el derecho a la prueba y la carga de la prueba, pues, mientras el primero implica la posibilidad concedida a los sujetos procesales de materializar la actividad probatoria encaminada a garantizar su derecho de contradicción y de defensa, la segunda implica la realización de dicha actividad. Al respecto ha dicho Tarufo (2008):

Se trata en realidad de dos caras de una misma moneda, en la medida en que el derecho a la prueba implica que las partes tengan efectivamente la posibilidad de satisfacer la carga de la prueba, o sea, de allegarse de todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad del hecho que cada una de ellas tiene la carga de probar (pág. 109).

En torno a la carga de la prueba, hay muchas definiciones de autores como Eduardo Couture (1997) que la describe como la “conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos” (pág. 68).

El juez hace una apreciación jurídica de lo sucedido basado en el caudal probatorio aportado por las partes y dicta su sentencia con base en lo demostrado en el pleito. Sin embargo, puede suceder que el hecho no haya sido probado y es indispensable conocer quién debe probar y qué consecuencia trae la ausencia de la prueba.

Michele Taruffo indica que la función de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados, puesto que si no se ha probado un hecho principal, no puede aplicarse la norma sustantiva que asume ese hecho como premisa fáctica y, en consecuencia, las pretensiones basadas en ese hecho y en la aplicación de esa norma deben ser rechazadas por el tribunal (Taruffo, 2008). Por su parte, Roberto Vázquez Ferreyra (2009) ha señalado que:

... las reglas de la carga de la prueba cobran importancia justamente en los casos en que no se han podido recolectar pruebas suficientes como para avalar certeramente las afirmaciones de las partes intervinientes en el proceso. Es allí donde corresponde echar mano a estas reglas para determinar quién tenía sobre sus espaldas la carga de probar determinados hechos (pág. 128).

Esto significa que si en un juicio las pruebas aportadas son confusas, inconcluyentes, no brindan claridad al proceso, o más aún, no obran en el plenario, el juez puede recurrir a la carga de la prueba como regla de juicio para atribuir las consecuencias negativas de dichas falencias a quien tenía la responsabilidad de demostrar los hechos o de aportar el elemento material probatorio. Pero si las pruebas son conducentes para excluir la culpa del demandado, el juez no debe recurrir a ninguna regla, sino que dictará sentencia conforme a las pruebas obrantes en el expediente.

Reglas y criterios de distribución de la carga de la prueba

Con los años se han establecido diferentes criterios que permiten realizar una debida distribución de la carga de la prueba, atendiendo las circunstancias o características de cada litigio. Estas reglas se detallan a continuación.

La carga de la prueba recae sobre quien afirma, no sobre quien niega

Esta es quizás la regla más general en materia de carga de la prueba, lo cual no significa que sea la más acertada.

La teoría, según lo expone Serrano Escobar (2012), se soporta en tres máximas del derecho romano que señalan:

- *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (la prueba recae sobre quien afirma, no sobre quien niega).
- *Afirmanti non neganti incumbit probatio* (afirmar sin negar carga de la prueba).
- *Negativa non sunt probada* (la negación no es probada).

Establece esta regla, entonces, que la parte que afirma determinado hecho es a quien le corresponde demostrar la veracidad de su enunciado, no a quien lo niega. Según esta regla, Serrano (2012) señala que “Se traslada el criterio de distribución, de la condición procesal de las partes (demandante o demandada), al objeto de la prueba según sea una afirmación o una negación” (pág. 17).

A pesar de que en principio la teoría resulta lógica y sin problemas para su aplicación, trae varios inconvenientes, pues puede llevar a interpretar que solo se deben probar los hechos afirmados, mas no los negados, es decir, que la negativa de un hecho se encuentra exenta de prueba, lo cual es una falacia ya que ninguna regla lógica exime al litigante de producir la prueba de sus negaciones (Midón, 2007, pág. 130).

Carga de la prueba de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido

Esta teoría basada en la distribución de la carga de la prueba según la posición sustancial de las partes respecto a la norma jurídica que consagra el efecto jurídico perseguido con su pretensión o excepción, es planteada por Rosenberg (1956) y Michelli (1961). Señala Michelli que quien pretenda determinado efecto jurídico deberá demostrar los presupuestos fácticos para que el mismo resulte aplicable:

Ahora bien, esta carga concreta adquiere un contenido propio, en cuanto se trata de la concreta pretensión hecha valer por cada parte en juicio, y bajo este aspecto es

necesario naturalmente distinguir la posición del actor de la del demandado, al menos en cuanto este último se limita a pedir el rechazamiento de la demanda contraria. Es evidente que en este plano el carácter de una y otra parte es muy diferente, y que no se puede prescindir en su reconstrucción del principio de la carga de la prueba (pág. 457)..

Por su parte, Rosenberg (1956) sostiene que:

El juez sólo puede aplicar un precepto jurídico, esto es, declarar que se haya producido su efecto, cuando ha logrado convencerse de la existencia de las circunstancias que constituyen los presupuestos del precepto. De ello resulta que la norma jurídica deja de aplicarse, no sólo cuando el juez está convencido de la no-existencia de estos presupuestos sino también cuando le han quedado dudas acerca de su existencia. Los inconvenientes de esta incertidumbre recaen sobre la parte cuyo triunfo en el proceso depende de la aplicación de la norma jurídica en cuestión. De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se den en el acontecimiento real, o—dicho más brevemente— soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable. Soporta esta carga, porque en caso de no demostrarse la existencia de esas características no se aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos (pág. 11).

Esta teoría establece entonces que quien pretenda la aplicación de determinada norma sustancial en su favor deberá cargar con la prueba de los hechos que soportan dicha prescripción normativa, teoría que ha sido plasmada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (Decreto Ley 2019, 1970) y 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012).

Por consiguiente, esta regla no le impone la carga de la prueba exclusivamente al actor, pues al extremo pasivo le corresponde demostrar los presupuestos de hecho de la norma que consagra un efecto que le es favorable. De esta manera, si el demandado alega la culpa exclusiva de la víctima, estará gravado con la carga de probarla.

Carga Estática de la prueba

Esta teoría de distribución de la carga probatoria parte de tres reglas romanas (Serrano, El Régimen Probatorio en la Responsabilidad Médica, 2012):

- *Onus probandi incumbit actori* (incumbe probar al demandante).
- *Reus in exceptione fit actor* (cuando el demandado propone excepciones debe probarlas).
- *Actore non probante, reus absolvitur* (si el actor no prueba, absuélvase al demandado).

La teoría es clave para el desarrollo del presente trabajo, puesto que es punto de partida para los criterios probatorios que hoy adoptan la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. La tesis de la carga estática parte de imponer al actor la obligación de probar los hechos que demanda, pero se le impone el mismo deber al demandado en caso de que este argumente una excepción. Al respecto, Nattan Nisimblat (2013) ha dicho que:

Desde las previsiones de las Siete Partidas se sostuvo la *expresión incumbit probatio et decit*, a lo cual se le agregó la regla *actore non probandi reus et absolvit*: si el actor no prueba el demandado es absuelto. De allí que los codificadores de Napoleón la introdujeran en el art. 1315 del *code* respecto a la prueba de las obligaciones y de su extinción, norma que equivale al art. 1214 del Código Civil español y al art. 1312 del Código Civil italiano de 1865, del cual se tomó el art. 1698 del Código chileno, que corresponde actualmente al art. 1757 del Código Civil Colombiano, según el cual, “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta” (págs. 173-174)..

Quiere decir lo anterior, que los hechos constitutivos implorados por el actor deben ser probados, mientras los hechos impositivos, modificativos o extintivos deben ser demostrados por el demandado (Peyrano, 1999, pág. 15).

Así, pues, cuando el sujeto procesal no logre demostrar ni negar la ocurrencia del hecho, el funcionario judicial estará sujeto a la regla que le impide reconocerle el efecto que consagra la norma invocada, resultando inatendible la pretensión, por aplicación del principio *onus probandi* (la carga de la prueba). Esto indica que, bajo la regla estática, a

cada parte le corresponde probar los hechos que alega, y quien admite un hecho invocado por su contraparte, lo dispensa de probarlo en el proceso (Nisimblat, 2013, págs. 174-175).

Ahora bien, de la carga estática de la prueba surge una teoría central para el planteamiento que se pretende desarrollar, ella es la *teoría de la culpa probada o falla del servicio probada*, donde quien alega es quien soporta la carga de probar.

Las mencionadas reglas probatorias explican que en el proceso en el que se pretenda una indemnización se parte de la premisa genérica de que el actor debe acreditar el elemento culpa o falla del servicio que configura la responsabilidad, y que la forma de liberarse el demandado de que se le declare civilmente responsable es mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima o el hecho de un tercero), o probando diligencia y cuidado en su actuación (Gil, 2013, pág. 400).

La teoría de la *culpa y la falla del servicio probada* exigen a la parte demandante (paciente o víctima) la demostración de los hechos constitutivos que corroboran la actuación negligente del demandado. Corresponde pues al que alega, convencer al juez de la conducta negligente del sujeto pasivo. Ahora bien, esa regla general dada por la carga estática (culpa y falla probada) es negada por otras teorías que, en atención a las características específicas de los procesos, distribuyen de manera diferente las cargas probatorias, teoría entre las cuales se encuentra la carga dinámica de la prueba.

Al respecto, se ha dicho que “el principio de la carga dinámica de la prueba se presenta como una excepción a la regla general, según la cual quien alega prueba” (Serrano, El Régimen Probatorio en la Responsabilidad Médica, 2012, pág. 49).

Carga Dinámica de la Prueba

Jorge Peyrano explica que se considera regla de distribución de la carga de la prueba el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla (Peyrano, Compendio de reglas procesales, 1999). De modo que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en poner el peso de la prueba sobre la parte procesal que, por su situación, está en mejores condiciones de acercar la prueba al proceso, sin importar si es actor o demandado. Esta postura se cimenta en la distribución de las

obligaciones probatorias, y las pone en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla y se funda en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad del demandado para el arribo de la verdad (Carbone, 2008, pág. 209)..

La doctrina busca flexibilizar la rigidez de las reglas sobre la carga de la prueba y la consecuente dificultad que tenía la aplicación de esta en ciertos casos (Lépori, 2008, pág. 60), rigidez a la que alude la teoría de la carga dinámica de la prueba. En palabras de Álvaro Luna Yerga (2004)., la distribución dinámica de la carga de la prueba:

...consiste en distribuir la carga de la prueba entre las partes en el proceso, de manera que la prueba de los diferentes hechos relevantes para el proceso recaiga en aquellas que se encuentre en mejores condiciones para producirla, lo que por definición deberá efectuarse caso por caso por el juzgador. En este sentido se considera que está en mejores condiciones probatorias quien puede aportar la prueba de que se trate de un modo más eficiente, bien porque disponga de los conocimientos especiales en la materia, bien porque obren en su poder los medios de prueba pertinentes, lo que reduce el análisis a la determinación de quién puede probar a menor coste (pág. 334).

Por consiguiente, se le impone al juez un mayor cuidado en su labor, atribuyéndole la tarea de determinar en cada caso concreto a cuál de los litigantes se le facilita la prueba de los hechos, para así cargar a cualquiera de ellos con la carga de probar los supuestos fácticos alegados.

Inversión de la carga de la prueba

En sentido estricto la inversión de la carga de la prueba consiste en la inversión de las reglas generales que sobre carga probatoria profesa la norma.

Mayoritariamente la doctrina considera que, por tanto, no se produce la citada inversión de la carga de la prueba sino, a lo sumo, una modificación del criterio legal que, en general, consiste en una exoneración probatoria que favorece a la parte que, en principio, tiene asignada la carga de la prueba del hecho del que se ve relevada. Modificación que, en cualquier caso, no afectan al principio general de distribución de la carga de la prueba sino [...], a la manera de concretar o rellenar esa regla de juicio (Luna, 2004, págs. 337-338).

Por ser una teoría con una definición no unánime, se puede decir que es una regla que exime a la parte que normalmente tendría la carga de probar los hechos alegados, según la norma o las reglas probatorias fijadas por el Juez, e impone dicha carga a la parte contraria.

Inversión hace referencia a un trasvase de hechos a probar de una a otra parte. Y esta característica, en estrecha relación con la suavización de la prueba, es la diferencia que hay entre inversión y modificación de la carga de la prueba. La modificación es un término más amplio que inversión. La modificación, en fin, es la especificación de la regla de juicio, de manera diversa a la establecida por la ley, pero que no ocasiona una disparidad en la situación probatoria, y que no invierte los hechos a probar (Cortés, 1972, pág. 598).

La inversión de la carga de la prueba, por tanto, no es un cambio en los criterios de atribución de dicha carga entre las partes en el proceso, sino que se refiere a la exoneración de uno de ellos de la carga que normalmente le correspondería y el consecuente gravamen impuesto a la parte contraria (De la Oliva & Díez-Picazo, 2004, pág. 302).

Ahora bien, en esta inversión de la carga probatoria, se puede ubicar una teoría atinente de manera específica a la responsabilidad civil y administrativa que se pretende desarrollar en el presente estudio, que es la *culpa o falla presunta*, teorías que están orientadas a eximir a la parte que por regla general habría de probar dicho elemento de responsabilidad, para trasladarlo a la parte contraria, en este caso, al demandado. En materia de responsabilidad, se aligera pues la carga probatoria del demandante en el sentido de exigirle únicamente la prueba del daño y, eventualmente, del nexo de causalidad, liberándole de la prueba de la culpa, para trasladar en su lugar al demandado la prueba de su diligencia y cuidado en el hecho litigioso.

La *Culpa o Falla Presunta* se sustentó, además, en la necesidad de dinamizar la carga de la prueba, considerándose que era más práctico y coherente en los procesos médicos, cargar al facultativo, quien tenía más conocimiento de causa por las circunstancias especiales de ocurrencia de los casos médicos, con la prueba de su actuar no negligente.

En la práctica, esta teoría no tuvo un desarrollo dinámico, pues, lo que se observó fue una inversión estática de la carga de la prueba, en la que la prueba del elemento culpa o

falla del servicio que inicialmente era una carga del demandante, pasó a ser una carga exagerada para el demandado, situación que se desarrollará con detenimiento más adelante. Por esta razón, esta teoría en un sistema donde prevalece la responsabilidad subjetiva (caso médico por ejemplo), no puede ser *prima facie* (a primera vista) una regla general.

... si el mandante tiene que probar la culpa del mandatario para exonerarse de cumplir con sus obligaciones es porque la culpa de éste último no se presume. De lo contrario, bastaría al mandante con demostrar un perjuicio causado por la ejecución del mandato para que el mandante pudiese exonerarse de sus obligaciones, mientras el mandatario no desvirtuase la presunción que pesa en su contra (Tamayo, 2003, pág. 37).

Prueba por presunciones

Se ha señalado que esta figura quizás no pueda tenerse de lleno como una teoría de la carga de la prueba, sino más bien como una forma de apreciación de la prueba. Se ha afirmado pues que la prueba por presunciones es:

Aquella actividad intelectual probatoria del juzgador por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones según las máximas de experiencia. Las presunciones se constituyen así en un instrumento jurídico, que se sitúa entre la apreciación de la prueba y la carga de la prueba, pero con plena independencia de ambas instituciones, cuya finalidad es la de asentar en la fase de fijación determinados hechos en el proceso y, señaladamente, en lo que respecta a la materia que nos ocupa, la culpa médico – sanitaria (Luna, 2004, pág. 227).

Será entonces una regla que le permite al fallador, después de hacer un examen lógico a través de sus propios sentidos y partiendo de las reglas de la experiencia, llegar a conclusiones distintas de las afirmadas por las partes que, claro está, necesitaran una fundamentación o argumentación mayor por el juez en su sentencia.

La prueba por presunción puede ser de dos tipos: presunciones legales y presunciones judiciales. La primera si la presunción fue declarada por el legislador en la norma. Y la segunda, si fue la convicción del juez la que lo llevó a tenerla como tal, distinción que resulta crucial para el análisis de la carga de la prueba (Luna, 2004, págs. 227-228).

La Carga de la Prueba en el ámbito civil

En la competencia Civil, las reglas probatorias respecto a la carga de la prueba se rigen por tres normas, el artículo 1757 del Código Civil (Ley 57, 1887), el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) que establece un nuevo régimen probatorio, y finalmente el 177 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400, 1970), que si bien pierde vigencia con la implementación del señalado Código General, aún se encuentra implementado en varios de los procesos adelantados, y principalmente en los casos resueltos por las altas corporaciones, razón por la cual es de obligatoria citación y análisis.

La regla general está dada, entonces, por el Código Civil que establece: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas” (art. 1757). La norma del estatuto civil incorpora “la teoría que recurre a la naturaleza constitutiva o por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos” (Devis, 1984, pág. 204).

El Código Civil trata el asunto desde el punto de vista sustancial, puesto que está consagrando en abstracto compromisos a cargo de la parte que alega la obligación o la extinción de la obligación, creando el deber de probar en cabeza de la parte. Este precepto normativo recurre a la naturaleza constitutiva o extintiva de los hechos y señala que quien afirme el nacimiento o extinción de las obligaciones debe probarlo, con lo cual regula el contenido de la actividad procesal al indicar a cuál de las partes incumbe probar.

Este artículo le impone a ambas partes (demandante–demandado) la carga de probar los elementos fácticos llevados a juicio. En palabras de Carlos Andrés Pérez Garzón (2013):

La prueba de los hechos constitutivos, es decir, los hechos que producen determinados efectos jurídicos por los cuales se demanda, corresponde al demandante, el demandado tiene que probar los hechos impeditivos, o sea los que impiden que esos hechos constitutivos produzcan sus efectos, y los hechos extintivos, o sea, que extinguen el derecho o los efectos jurídicos por los cuales se demanda, por ejemplo el pago de una letra de cambio (pág. 55).

Sin embargo, esta tesis presenta una inexactitud y es que siempre le asigna al demandante la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado la carga de probar

los hechos impeditivos y/o extintivos, cuando, en la práctica, en los despacho judiciales y como excepción a la regla expuesta, la ley en ocasiones le asigna al actor la prueba de los hechos extintivos y al demandado la prueba de los hechos constitutivos. En los procesos en los que se pretende la declaración adquisitiva de dominio (pertenencia), el poseedor debe probar la extinción del derecho de propiedad del demandado y esto solo se logra probando hechos extintivos (Pérez C. , 2013, pág. 55).

Por otro lado, el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400, 1970) señala:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (art. 177).

La norma del estatuto procesal civil incorpora dos tesis:

La teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable” (Devis, 1984, pág. 207) y “la teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido” Micheli (1961) citado por (Devis, 1984, pág. 208).

Según Hernando Devis Echandía “*El artículo 177 del CPC modernizó y generalizó la regla, siguiendo las doctrinas de Rosemberg y Micheli*” (Devis, 1984, pág. 196).

El Código de Procedimiento Civil indica que cada parte, según su posición de demandante o demandada debe probar los hechos que produzcan efectos jurídicos relevantes para el litigio, adecuando los supuestos fácticos a la norma jurídica que le sea favorable según sus intereses.

Aquí, se mira la situación procesal de las partes respecto al efecto jurídico perseguido con su pretensión (demandante) o con su excepción (demandado) y es deber de las partes probar los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos. El demandado podrá probar hechos constitutivos siempre que estos resulten beneficiosos para sustentar su excepción y lo mismo sucede con el demandante, quien puede probar hechos extintivos, de modo que se amplía la prueba. No obstante, hay hechos que están dotados de una presunción legal por su

notoriedad, y lo mismo sucede con las afirmaciones o negaciones que no definen nada, tal como lo dispone el Código de Procedimiento Civil.

Conviene resaltar que no es obligación de las partes aportar la prueba. Sin embargo, su ausencia puede producir sentencias desfavorables para quien omitió allegarla, pues el fundamento más relevante en el fallo es la prueba de los hechos materia del litigio. Ahora bien, “el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, bajo la dirección de su presidente Jairo Parra Quijano, emprendió en el año 2003 la necesaria tarea de elaborar un nuevo código de procedimiento, con el propósito principal de mejorar el servicio de Justicia” (ICDP, 2014). Así nace el Código General del Proceso, que en materia probatoria representa un avance.

¿Cuál es la razón de una nueva normativa procedimental? Pese al principio de “igualdad procesal”, en la práctica es evidente que no todas las partes tienen las mismas posibilidades de demostrar los hechos que invocan, lo que amplía el desequilibrio, puesto que no siempre el interesado en la demostración de un hecho dispone de la información o de los medios para adquirirla y, en muchos casos, los hechos que le interesan a una parte están bajo el dominio de su adversario. Por eso, ante esta realidad, la fórmula incorporada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil parece ostensiblemente injusta. Por este motivo, se da el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), que dispone:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (Art. 167).

Este nuevo régimen, si bien contiene varios componentes ya traídos del Código de Procedimiento Civil, incorpora la fórmula del decreto oficioso de pruebas por el juez con base en la carga dinámica, lo cual atenúa el problema con anterioridad descrito, asignándole al funcionario judicial una función asistencial en virtud de la cual puede compensar las desigualdades y promover la contribución de ambas partes en el esclarecimiento de los hechos relevantes, sin importar a cuál de ellas interesa su demostración¹.

El fin último del litigio bajo el estándar probatorio se encamina a la consecución de la verdad y es por ello que el Código General del Proceso mantiene en materia probatoria el principio inquisitivo en el sentido que el juez puede y debe decretar pruebas de oficio, el funcionario judicial tiene que comprometerse con la averiguación de la verdad para que con ella se construya una sentencia que, a la larga, se entienda en justicia social.

Así, pues, el artículo 167 del Código General del Proceso, combina la fórmula estática con la de las cargas dinámicas, pues, en principio, quien demanda e invoca un hecho debe reconstruirlo y demostrarlo; pero, cuando la prueba configura una carga excesiva, ya sea por la imposibilidad o dificultad de demostrar, el hecho debe estimarse cierto y corresponde a la parte contraria desvirtuarlo.

Como dice Jorge Walter Peyrano (Cargas probatorias dinámicas, 2004)., “Más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla” (pág. 638).

¹ Véanse los artículos 42.4, 169 y 170 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012).

La Carga de la Prueba en el ámbito Contencioso Administrativo

Antes de abordar la carga de la prueba en el derecho administrativo, conviene resaltar que el origen de la responsabilidad estatal nace en 1789 con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, como consecuencia de la Revolución Francesa. Sin embargo, constituye el *fallo blanco*² (Pérez L. , 2002, pág. 10) el principal símbolo de nacimiento del derecho administrativo y, con él, la responsabilidad del Estado (Pérez, 2002).

La Constitución Política (1991) consagra la responsabilidad estatal al señalar que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Art. 90). De este precepto normativo, se colige que cuando el administrado sufre un perjuicio fruto de la actividad estatal, puede acudir ante la justicia para ser indemnizado.

Ahora bien, ¿Quién tiene la carga de probar dicha acción u omisión en un proceso Contencioso Administrativo? ¿El Estado como ente encargado de velar por el bienestar y cuidado de sus asociados o el particular afectado con el daño ocasionado en su bien jurídico tutelado? En la actualidad no hay unanimidad doctrinal ni jurisprudencial respecto al tema de la carga de la prueba de los supuestos facticos llevados a juicio en un proceso administrativo, pues son distintas las posiciones adoptadas en torno al principio de distribución. Así, pues, ante la ausencia de un criterio uniforme en el campo probatorio, el Consejo de Estado, ha adoptado diferentes tesis, acudiendo en algunos casos a lo consagrado en el Derecho Civil por expresa remisión legal, y en otros, aplicando criterios de equidad definidos en la Constitución Política.

² Llamado de esta manera porque fue la resolución a una demanda instaurada por el señor Juan Blanco, que reclamaba una indemnización del Estado porque unos funcionarios que, por imprudencia, habían permitido que una vagoneta rodara causándole la amputación de una pierna a su menor hija Agnes Blanco. Fue expedido por el Tribunal de Conflictos, que tenía la función de dirimir los conflictos de competencia entre el Consejo de Estado y la justicia ordinaria. En ese fallo, el Tribunal de Conflictos encontró que se necesitan normas especiales para fallar los casos donde se presentan controversias entre el Estado y los particulares por perjuicios que surgen como consecuencia de la función estatal (Fallo Blanco, 2015).

Entre las principales normas en torno a la carga procesal en el derecho administrativo, se destaca la consagrada en el artículo 103 de la reciente Ley 1437 (2011), Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se prescribe:

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.

Por otra parte, la misma norma respecto al régimen probatorio establece:

En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil (Art. 211).

Se observa que, en materia contenciosa-administrativa, no hay normas alusivas a la carga de la prueba, de modo que el estatuto consagra la remisión a las normas del estatuto procesal. En esta forma, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400, 1970), el Consejo de Estado ha estructurado la responsabilidad estatal con fundamento en varias teorías, entre las que sobresale, como regla general, la teoría de la falla probada, pero plantea también otras reglas probatorias tales como la falla presunta, la carga dinámica de la prueba, las presunciones y algunos mecanismos de aligeramiento, cada una de dichas reglas aplicadas según el caso concreto.

Se destaca la carga dinámica de la prueba que ha sido eje central de discusión durante los últimos años, la cual, a pesar de no existir de manera taxativa en el ordenamiento jurídico, el Consejo de Estado le ha dado aplicación jurisprudencial en algunos casos, aplicando criterios de equidad y facilidad probatoria. En la actualidad, con la reforma introducida por el CGP (Ley 1564, 2012) a la normativa de la carga de la prueba y gracias a la remisión normativa del art. 211 del CPACA, es posible la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el procedimiento administrativo (Pérez D. , 2014). Esta modificación al régimen probatorio es una solución a los conflictos que se suscitaban en torno a la dificultad que implica para el extremo activo en el litigio el aportar ciertas pruebas relacionadas con los hechos que permitan establecer la falla del servicio del Estado.

RESPONSABILIDAD MÉDICA

Algunas precisiones

El centro de la ética eudemonista aristotélica era la búsqueda de la felicidad (Aristóteles, 2002), sin embargo, la existencia humana ha estado marcada por los problemas que afectan la salud y el bienestar. Ante estos fenómenos, la humanidad ha diseñado estrategias para combatir el sufrimiento, entre las cuales está la medicina como la ciencia encargada de curar el dolor y prolongar la vida.

El concepto de salud se ha transformado radicalmente con el tiempo y depende profundamente de la cultura. No obstante, la salud es considerada como uno de los derechos humanos, pues no hay riqueza más preciada que el bienestar físico y mental. Pero la salud no puede garantizarla nadie, de modo que el derecho a la salud se refiere al acceso a los servicios para el tratamiento y la intervención de la enfermedad. Este servicio ha sido encomendado a los médicos que deben proteger el derecho a recibir tratamiento oportuno para sus dolencias. Sin embargo, muchas personas confunden el derecho a los servicios de salud con el supuesto derecho a la curación, y creen que todo tratamiento debe derivar en un resultado positivo. Olvidan que la obligación asumida por el médico es la de recurrir a todos los medios de que disponga para obtener la curación, sin que pueda garantizar el logro de este objetivo, pues todos los organismos responden de forma diferente y presentan particularidades que los hacen únicos, además que no todas las enfermedades son curables.

En el ejercicio de su oficio, el médico se enfrenta constantemente a situaciones sobre las que debe tomar decisiones trascendentales en el destino del paciente, pues, de la medida tomada por el médico depende la vida o la muerte, el bienestar o el malestar de la persona atendida, y suele suceder que el profesional de la salud no se detiene a pensar si su actuación va a desencadenar consecuencias legales, pues, hacerlo perjudicaría a la persona que está siendo tratada. En este sentido, el error está en el actuar de las personas y una intervención médica puede producir un resultado contrario al perseguido, de donde nace la ya mencionada *responsabilidad médica*.

En nuestro ordenamiento jurídico ha quedado establecido que los derechos de las personas deben ser respetados, y cualquier violación que se haga de ellos debe llevar a su reparación o restablecimiento. Se exige, pues, no hacer daño a otro y comportarse con la mayor diligencia y cuidado posible en todas las actuaciones para no transgredir el derecho de las personas a no recibir daño de otro. Y esa diligencia y ese cuidado son la base del principio de responsabilidad. La responsabilidad es, pues, la obligación que surge como consecuencia de la producción de un daño, y la transgresión de esa obligación implica el pago de una indemnización. Al respecto los hermanos Henry y León Mazeaud y André Tunc (1977) señalaron que *“una persona es responsable cada vez que tiene que reparar un perjuicio. Y es este, precisamente, el sentido etimológico del termino: responsable es el que responde”* (pág. 2). Al respecto, Ricardo De Ángel sostiene que:

la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica: el autor del daño responde de él, esto es, se halla sujeto a responsabilidad. Y, en principio la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima (De Ángel, Tratado de Responsabilidad Civil, 1993, pág. 13).

Quien estudie o quien practique la medicina debe saber que esta profesión es quizás una de las que mayor relación guarda con el derecho y es tal vez una de las actividades más difíciles de ejercer, pues está expuesta a la valoración de los resultados. Lo que se busca cuando se acude al médico es que efectivamente cure las dolencias del enfermo, y el resultado desfavorable suele acarrear para el galeno un reproche, pues está en juego un bien

que, así no se quiera, es efímero, *la vida*. Pero este no es el único reto que debe enfrentar el médico. Los avances tecnológicos y científicos están perfeccionando continuamente la medicina, lo que lleva consigo una responsabilidad más profunda de los médicos a quienes se les puede exigir actuar con diligencia, prudencia, cuidado y compromiso, y se les obliga a realizar una actividad técnico–científica en la que deben emplear todo el conocimiento y todos los recursos disponibles para lograr su cometido.

En esta forma, si algo sale mal en la relación médico–paciente, éste o sus familiares pueden acudir ante el juez para que se declare civilmente responsable al médico y se le condene al pago de una indemnización por el perjuicio sufrido. La negligencia, la mala práctica, el mal proceder o la falta de capacitación médica debe ser castigada y ese castigo se da vía indemnización. La persona afectada y sus familiares pueden reclamar perjuicios y tienen derecho a que le reparen el daño que hicieron en su integridad física y a una compensación económica, puesto que quien confió en la idoneidad del médico o en la salubridad de la clínica se encontró con un resultado adverso a su salud, de donde surge la reparación del daño.

Hay, pues, unos elementos que conforman la responsabilidad, y la ausencia de solo uno de ellos exime al demandado de la indemnización. Esos elementos son el hecho culposo, y como consecuencia de la culpa, el perjuicio, y entre el hecho culposo y el daño siempre debe existir un nexo causal. Se pasará ahora a analizar cada uno de esos elementos.

La Culpa

La culpa ha sido definida de muchas maneras en la historia del derecho, y no es fácil encontrar en las legislaciones una definición satisfactoria al respecto, pues las normas se suelen limitar a hablar de las formas en que se puede manifestar la culpa, de modo que el examen de su significado debe buscarse más bien en la doctrina y la jurisprudencia.

Javier Tamayo Jaramillo (2011) definió la culpa como sinónimo de falta:

En la literatura jurídica castellana, la palabra culpa tiene dos significados: uno genérico que es sinónimo de falta y otro más específico que es sinónimo de negligencia. Por eso

hablamos de culpa a título de dolo o de culpa a título de culpa. La aclaración es importante porque muchas veces nuestros autores y tribunales confunden los dos significados, lo que da lugar a equivocadas interpretaciones. En el derecho Francés la doble interpretación no existe, pues literalmente hablando dicho idioma no conoce la palabra culpa, sino la palabra falta (faute). Por eso los autores de aquel país hablan de falta culposa y de falta dolosa (...) La culpa no es más que una cualidad, característica o modalidad que acompaña al comportamiento humano (...) La culpa en sentido estricto consiste en la forma como el agente realizó la conducta, bien sea por factores subjetivos, bien porque hubo violación de reglamentos (...) La culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado (págs. 192-193).

Mazeaud y Tunc la han definido como “un error de conducta en que no habría incurrido una persona advertida y prudente, colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño” (1977, pág. 52). Por su parte, Rafael Durán Trujillo precisa que la culpa es “el acto imprudente de acción o abstención que causa un perjuicio” (1957, pág. 67). Según Alessandri la culpa es:

Un error de conducta, supone descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios, sin que sea de rigor que haya una infracción reglamentaria; la ley no lo exige. En otros términos, hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiere debido hacerse” (Alessandri, 1981, pág. 210).

El Consejo de Estado colombiano se ha referido a la culpa como:

Ese descuido y negligencia es el error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del autor del daño o es la falta de previsión del resultado dañino previsible o el haberse confiado imprudentemente en poder evitarlo, cuando se previno” (CE Sentencia del 24 de octubre, 1990).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que:

La culpa asume el papel de factor o criterio de imputación, esto es, la responsabilidad no se estructura sin culpa, o sea, no es suficiente el quebranto de un derecho o interés legítimo, es menester la falta de diligencia, por acción u omisión (culpa in omittendo)

noción ab initio remitida a la de negligencia, imprudencia o impericia, siendo el acto culposo moralmente reprochable, la responsabilidad su sanción y la reparación del daño la penitencia a la conducta negligente” (CSJ Sentencia del 24 de agosto, 2009).

En estas definiciones se puede resaltar que la culpa implica un comportamiento contrario al deber ser, se podría decir que es un error en la conducta, un descuido en la realización de su actividad o una omisión al tomar las medidas necesarias y suficientes. Así, el calificar un acto como “culposo”, se remite a un reproche por una acción.

En Responsabilidad Médica son innumerables las formas en que se puede reflejar una culpa o negligencia del médico. Situaciones como la tardanza en la atención, la omisión de un acto, el olvido de un elemento en el cuerpo de un paciente y todos aquellos actos que van en contra de los reglamentos éticos, institucionales o científicos. El facultativo:

[...] está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquello que escapa a sus posibilidades, pero que está dentro de las que tiene otro; a intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias, habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión /.../ el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio deben juzgarse a la luz 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, disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente (CE Sentencia del 3 de abril, 1997).

Se puede concluir, pues, que una posición unánime en la doctrina para determinar si un médico actuó o no con culpa, es comparar la conducta de este con la de otro profesional de la medicina que, en las mismas circunstancias y con las mismas características de aquél, hubiese actuado de manera diligente, para así saber si se pudo o no llegar a realizar algún juicio de reproche al primero.

El Daño

Lo que se busca en un proceso de responsabilidad es la indemnización de perjuicios, que se traduce en que se pague al demandante el detrimento causado y es ahí donde radica la importancia del daño, pues, sin este no puede hablarse de responsabilidad.

Arturo Alessandri define el daño como:

...todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no las considera” (Alessandri, 1981, pág. 210).

Por su parte, Tamayo puntualiza que:

Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima” (Tamayo, 2011, pág. 5).

Es preciso advertir que en materia de responsabilidad, el daño sólo es relevante cuando se torna antijurídico. Al respecto Tamayo sostiene que:

La destrucción o deterioro material de una cosa o de una situación constituye daño en sentido físico, más no jurídico. Para que pueda hablarse de un daño en sentido jurídico civil, se requiere que esa cosa o situación estén protegidas por el orden jurídico, es decir, que sean bienes jurídicamente hablando” (Tamayo, 2011, pág. 329).

Esto significa que por tratarse de responsabilidad el daño solo interesa en la medida en que sea causado de forma ilícita por persona diferente a quien lo sufrió. Sobre este asunto, el Consejo de Estado ha dicho que:

El daño es entonces la fuente de la relación obligatoria de resarcir así como la fuente de la relación obligatoria es o el deber abstracto general de no causar injuria a la persona o propiedad de otro o el concreto nacido de la convención o de la ley. Pero hay

casos en que, no existe responsabilidad indemnizatoria por no ser el daño resarcible (CE Sentencia del 24 de octubre, 1990).

De igual forma este tribunal Contencioso Administrativo se ha referido al daño antijurídico en los siguientes términos:

El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)” (CE Sentencia de 27 de junio, 1991) y (CE Sentencia de 06 de junio, 2007).

Sobre este mismo tema, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva – presente o futura–, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge (CSJ Sentencia del 24 de agosto, 2009).

El daño se ve entonces reflejado en el acto médico en el perjuicio, dolor, molestia, detrimento o menoscabo en la salud, la economía o el bienestar del paciente, daño que puede manifestarse en un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial. Igualmente, el daño ocasionado con el acto médico puede ir desde una lesión física o psíquica hasta la muerte del paciente, evento en el cual los receptores del daño serán los herederos.

El Nexo Causal

Es probable que una persona actúe con negligencia, impericia o imprudencia y puede suceder que un tercero sufra un perjuicio por esa actuación. En este caso, no hay responsabilidad respecto a ese hecho, puesto que quien actuó de forma culposa no fue el causante del daño sufrido por la víctima. Resulta entonces necesario que entre la conducta culposa y el daño haya una relación directa de causa a efecto. El nexo de causalidad se da cuando el comportamiento inadecuado del actor produce el menoscabo patrimonial o extrapatrimonial de la persona. En este caso, el Consejo de Estado ha indicado que:

El daño debe estar unido a la conducta de su autor por un vínculo de causalidad. Este vínculo se rompe cuando ha intervenido un elemento extraño al demandado, es decir, a quien se imputa el daño (idea en la que se incluyen: caso de fuerza mayor, caso fortuito, intervención de tercero y culpa de la propia víctima) (CE Sentencia del 24 de octubre, 1990).

Y la Corte Suprema de Justicia, por su parte, sostiene que:

Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexo o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión (CSJ Sentencia del 24 de agosto, 2009).

El nexo causal es uno de los elementos de mayor relevancia en temas de responsabilidad médica, puesto que el simple contacto entre el paciente y el profesional de la salud, o su omisión, no permite concluir *per se* que el médico fue el causante del daño sufrido por aquel, y se debe demostrar que fue la conducta o la omisión del médico lo que ocasionó el perjuicio sufrido por la persona.

Si se logra demostrar probatoriamente que se dio ese nexo casual (partiendo de la ya existencia del daño y la culpa), el médico solo se podrá exonerar probando la existencia de una causal externa como la culpa de un tercero, de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito (Acosta, 2010, pág. 7).

Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad médica

Algunos autores han clasificado la responsabilidad en contractual y extracontractual dependiendo del tipo de obligación surgido entre las partes, ya sea en virtud de un contrato o independiente de ello, por la violación de un bien jurídicamente tutelado. En este sentido, la responsabilidad de los profesionales de la salud puede manifestarse por la vía contractual cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales entre el médico y el paciente, y por vía extracontractual, cuando, pese a no existir un acuerdo o contrato, el médico debe atender al paciente por las circunstancias especiales en que se encuentre.

La Corte Constitucional (2013) en torno a la naturaleza de la Responsabilidad Civil Médica señaló:

El artículo 2341 del Código Civil prevé, que aquel que ha cometido con culpa un daño a otro está obligado a indemnizar los perjuicios que se deriven de ello, estableciendo así el régimen de responsabilidad extracontractual. Por su parte, la responsabilidad civil puede ser considerada contractual o extracontractual dependiendo de: i) la relación jurídica entre las partes de la cual se deriva el daño – si es o no preexistente al daño –, ii) la acción que ejerce el demandante/víctima y/o la familia perjudicada, para reclamar la indemnización de perjuicios (CC Sentencia T- 118A/13).

Lo que a simple vista parece una sencilla diferenciación entre ambos tipos de responsabilidad, se ha convertido en un problema complejo al tratar de establecer en un caso concreto, el tipo de responsabilidad que cobija al médico en un proceso en su contra. Por ello, se expone a continuación, en detalle, ambos tipos de responsabilidad en busca de una posición que suscite consenso.

Responsabilidad médica contractual

En materia de responsabilidad médica contractual, no ha sido fácil precisar las características jurídicas del contrato que suscriben el profesional y el paciente, lo cual hasta cierto punto ha dificultado la aplicación de la Ley en cada caso particular. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló:

Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios, como también lo sostuvo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1915 (G.J. 1282 y 1283, pág. 204), o un contrato al que se le aplican las normas del mandato, como se predicó en sentencias de 29 de marzo de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 52), 7 de diciembre de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 238) y 29 de octubre de 1930 (G.J. t. XXXVIII, pág. 243), o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato “multiforme” o “proteiforme”, o “variable”, es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos por la ley: arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato, JFRG. EXP. 5507 33 de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere “sui generis”, como lo califica otro sector doctrinal (CSJ Sentencia del 30 de enero, 2001).

Así pues, frente al tipo de contrato que surge entre las partes, como lo ha señalado la Corte, no se pueden establecer reglas absolutas, pues la cuestión de hecho y de derecho varía, lo mismo que la apreciación de la culpa del médico (CSJ Sentencia del 5 de marzo, 1940). Ahora bien, muchas veces el contrato de prestación de servicios no se celebra con el médico sino con la EPS que firma el contrato de afiliación con los usuarios, y entre las obligaciones que asume esta se encuentra la de garantizar la efectividad de los servicios de salud ofrecidos, es decir, las entidades adquieren la calidad de garantes en la prestación de los servicios médicos.

Se consagra a favor del usuario una obligación de seguridad y garantía por parte de las EPS, que permiten aplicar el inciso 3 del art. 1604 del Cód. Civil. Cualquier deficiencia en los servicios ofrecidos comprometerá la responsabilidad de la EPS, la cual, estará presumida en culpa y para desvirtuar tal presunción deberá acreditar que actuó en forma diligente, oportuna y decidirá si llama o no en garantía a la IPS y al profesional que pudo cometer el error o la falta, donde la responsabilidad ya no es personal del médico si no que se convierte en institucional, de la entidad que tiene que garantizar la efectividad de los servicios de salud prestados (Mercado, 2009, pág. 69)”.

Ese contrato puede configurarse de diferentes maneras: el contrato de prestación de servicios médicos, como cualquier otro contrato, puede ser solemne, por ejemplo cuando se suscribe con una EPS bajo la figura de la afiliación; consensual, cuando el paciente acude al consultorio del profesional y le paga un precio por el servicio; tácito, basta la iniciación de la relación paciente–profesional; verbal, se rige por la oralidad sin solemnidad alguna; expreso o escrito. Pero independiente del tipo de contrato, este debe contener un mínimo de derechos y obligaciones que, aunque no se mencionen por las partes, se entienden incorporados a él.

Responsabilidad médica extracontractual

Una posición unánime frente al tema considera que la responsabilidad médica extracontractual se da cuando en el acto médico se presenta un daño para el paciente, y entre este y el médico o la institución a la cual se encuentra adscrito, no media convención o contrato alguno. Ello sucede en eventos tales como el estado de inconciencia del paciente remitido a una entidad hospitalaria, casos de urgencia, etc.

De ahí que se diga que la responsabilidad extracontractual se presenta cuando:

El facultativo, en guarda de preservar responsablemente la vida de una persona –fiel a la *lex artis*– lo interviene en estado de absoluta inconsciencia, generada a raíz de un accidente de tránsito –o automotor– (accidente callejero), hecho que, *in redice*, impide la floración del consentimiento negocial, detonante de cualquier contrato, incluido el médico o, si se prefiere, el de prestación de servicios médicos, en particular por la ausencia de asentimiento en cabeza del paciente (Jaramillo, 2011, págs. 152-153).

Otros autores consideran que también se puede reflejar una responsabilidad extracontractual en otras situaciones. Roberto Vázquez Ferreyra ha expresado que:

... uno de los supuestos de excepción en los cuales la responsabilidad galénica tiene naturaleza extracontractual se presenta cuando el paciente fallece y quienes reclaman son sus familiares a título propio (*iure proprio*) y no como continuadores de la personalidad del causante. En este sentido, Bueres afirma que se está frente a un supuesto de responsabilidad aquiliana, cuando ésta, si bien nace con motivo del contrato, es invocada por terceros ajenos a las partes (Vázquez, 2009, pág. 45).

Surge la pregunta, entonces, por el tipo de responsabilidad que se deriva del acto médico. Hace unos siglos, no era moralmente aceptable ni jurídicamente concebible asignarle a la relación médico–paciente una naturaleza estricta y típicamente contractual, salvo la originada en el mandato. Sin embargo, en la actualidad, sin desconocer el fundamento ético y humanitario del arte médico, esta relación se basa en un negocio jurídico de tipo contractual (Jaramillo, 2011, pág. 149). La mayoría de los autores que estudian la responsabilidad médica convienen en establecer que la naturaleza de la responsabilidad médica es contractual. De ahí que se señale que:

... es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina nacional y extranjera considerar la responsabilidad emergente de la relación–médico paciente como de naturaleza contractual, sea cual fuere la esencia que se asigne a dicha relación. (...) En la mayoría de los problemas relacionados con la intervención médica se está frente a una relación contractual, de naturaleza atípica, pues las diversas actividades profesionales en sus variadas facetas no pueden fundirse en una sola especie de contrato, sea ella nominada o innominada. (...) La indemnización de los daños y perjuicios derivada de la relación médico–paciente es de naturaleza contractual, resultando improcedente reabrir en segunda instancia el debate sobre el tema porque la parte que lo intenta ha consentido en las instancias previas la calificación de su responsabilidad (Vázquez, 2009, págs. 41-42).

En relación con lo anterior, Carlos Ignacio Jaramillo (2011) sostiene que:

... en la actualidad, no se cuestiona que la actividad médica, es la usanza, se inscriba en un marco contractual, sin que ello suponga, de ningún modo, que se esté propiciando –hora directa, hora indirectamente– ‘negociar’ o especular con la salud y, en últimas, con la propia vida, como en el pasado se afirmó. (...) Se tiene establecido que la ciencia jurídica acepta, mayoritariamente, que la responsabilidad del médico es de origen contractual, por regla general, dejando de lado la tesis extracontractualista, que tanto eco tuvo en la doctrina continental europea – la que permeó algunos sectores del cinturón latinoamericano –, sobre todo durante el siglo XIX y parte de la primera mitad del siglo XX, encaminada a pregonar, a manera de unicum, que dicha responsabilidad siempre era extracontractual (pág. 150 y ss).

El profesor español Manuel Gitrama González (1965) ha referido que,

El médico que ejerce una profesión liberal, puede, como cualquier otro profesional, establecer con sus clientes relaciones obligacionales válidas y eficaces, relativas al ejercicio de su profesión. Sería cerrar los ojos a la realidad negar que los servicios médicos pueden valorarse económicamente. Es natural que el médico viva del ejercicio de la medicina... Y si ha de concluirse en que el médico tiene derecho a los honorarios, indudablemente ha de convenirse también en que ellos constituyen la contraprestación de su actividad de terapeuta en el marco de un contrato usualmente oneroso (pág. 341).

Así, pues, a pesar de haber una diferenciación entre uno y otro tipo de responsabilidad, se puede afirmar que la opinión mayoritaria considera que por las circunstancias del acto médico, sea como sea que se desarrolle, implica situaciones o características que hacen que dicha relación se torne de naturaleza contractual.

Obligaciones de medio y de resultado

Con el fin de determinar el alcance de las prestaciones convenidas, la doctrina y la jurisprudencia hablan de las obligaciones de medio y de resultado, teniendo esta clasificación su primer desarrollo en la obra de Demogue.

Según Demogue, unas veces el deudor promete un resultado, un acto determinado (obligaciones de resultado), en otras, promete solamente conducirse con prudencia y diligencia en vistas a un fin esperado (obligaciones de medios) (Vázquez, 2009, pág. 62).

En asuntos del servicio de salud, la obligación de medio se da cuando el médico no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todos sus conocimientos y de actuar con diligencia en procura de su mejoría, mientras que la obligación es de resultado cuando la prestación es definida según el fin que tiene el médico al prestar el servicio. El estar frente a una u otra obligación deriva para la víctima una carga de la prueba del incumplimiento, de ahí que el mayor interés práctico en la distinción reside en la distribución de la carga probatoria. Por eso, Yepes (1992) ha dicho que:

La razón por la que el médico esté sujeto a una obligación de medios es que él no puede garantizar la curación de su paciente debido a que este resultado no depende exclusivamente de su acción individual, sino que intervienen otros factores que pueden evitarlo, tales como reacciones imprevisibles del organismo, irreversibilidad de la misma enfermedad y daños ya existentes en los órganos y sistemas del cuerpo humano... La curación entonces depende de unos azares y, por ello, el médico no está en la mayoría de los casos en la certeza de obtener ese resultado, razón por la cual no se puede comprometer a lograrlo sino sólo a emplear los medios que normalmente conducen a conseguirlo (pág. 83).

En principio, el carácter contingente del acto médico, en virtud de las características citadas, hace que las obligaciones que se desprenden de la relación médico-paciente sean de medio, bastando para el galeno asumir un comportamiento diligente y prudente, sin necesidad de obligarse a cumplir con un fin determinado. Sin embargo, hay quienes sostienen que no todas las obligaciones pueden ser catalogadas como de medio, puesto que hay casos en los que el avance tecnológico y científico le imponen al profesional la obligación de responder por el resultado. Quienes defienden esta posición exponen el siguiente argumento:

Quando el médico se vale de instrumentos altamente tecnificados que permitan acceder a resultados con alto grado de precisión y certidumbre en la actividad diagnóstica el resultado científico se debe dar, siendo el diagnóstico efectuado con los instrumentos altamente tecnificados una obligación de resultado (Serrano, 2000, pág. 111).

En igual sentido, Yepes sostiene que:

La obligación puede ser de resultado cuando el éxito de la gestión no depende de ningún azar sino de la exclusiva acción del médico, o cuando la labor no va encaminada a la curación sino a lograr otro efecto diferente (Yepes, 1992, pág. 91).

La jurisprudencia ha señalado que una obligación se puede considerar como de resultado en dos eventos, el primero de ellos se refiere a la naturaleza de la obligación, es decir, cuando no hay componentes aleatorios que afecten su ejecución, como por ejemplo, cuando se colocan aparatos ortopédicos, prótesis, inmovilización de extremidades, implantes anticonceptivos, análisis de laboratorio, entre otros, en los cuales el azar en su ejecución es

pequeño. El segundo se refiere a la autonomía del médico tratante, es decir, cuando es el mismo facultativo quién decide con el paciente a conseguir los resultados esperados por este, evento en el cual la voluntad del profesional permite definir la obligación como de resultado (CSJ Sentencia del 5 de noviembre, 2013).

Cabe resaltar que en el mundo no ha sido uniforme la doctrina al determinar la naturaleza de las obligaciones que se originan en cabeza del profesional de la salud, pues mientras un sector considera que estas son siempre de medio por la naturaleza del arte de curar, hay también quienes sostienen que se dan situaciones en las que el médico debe garantizar un resultado.

Para concluir este punto, se debe resaltar que en la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica cobra relevancia la distinción entre obligaciones de medio y de resultado para definir las cargas probatorias en uno u otro caso.

LA CARGA PROBATORIA DE LA CULPA Y DE LA FALLA DEL SERVICIO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, se ha aceptado que la culpa es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil que solo resulta demostrable a partir de sus expresiones externas. Javier Tamayo Jaramillo ha dicho que:

... La culpa, en su pureza ontológica, es de imposible demostración. Por ello habrá que decir que jamás se podrá llegar a una culpa probada, ya que la experiencia no permite arribar a tal resultado. Por el contrario, los hechos sí pueden ser verificables por las reglas de la experiencia y la demostración. Una necropsia puede establecer experimentalmente el hecho de la muerte de una persona; en cambio, el Juez no dispondrá de medio alguno para demostrar en forma directa el dolo o la culpa. Ante tales circunstancias, lo único que le es posible al juzgador o al intérprete, es estudiar todas las circunstancias que rodearon el acto del sujeto que realizó o que produjo el resultado material. En ese sentido, el Juez irá valorando progresivamente las modalidades de conducta y, a partir de ellas, y ya debidamente probadas, emitirá un juicio axiológico que tendrá las consecuencias jurídicas de una culpabilidad establecida. Entonces nos hallaremos, desde el punto de vista epistemológico, frente a una presunción (Tamayo, 1983, pág. 63).

Según este argumento, le corresponderá al administrador de justicia, según los hechos demostrados en el proceso, determinar si efectivamente hubo o no culpa del demandado.

Ahora bien, en lo que no hay unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia es respecto a la prueba de la culpa o falla del servicio y la parte a quien corresponde demostrarla, pues en este punto se presentan diferentes posturas.

En materia civil y contencioso administrativa, se han manejado diferentes teorías en torno a la prueba de la culpa y de la falla del servicio que, conforme al avance del derecho y de la tecnología médico–científica, han hecho variar la posición de los tribunales. En la actualidad, se destacan las diferencias entre uno y otro régimen a pesar de su cercanía doctrinal y del reflejo que toma uno de otro.

Teorías adoptadas por la Corte Suprema de Justicia

Desde la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia en el país ha trazado una posición en torno a la carga probatoria de la Culpa en los asuntos médicos, y ha adoptado diferentes teorías que buscan absolver los problemas en esta materia. La Corte ha pasado por diferentes doctrinas, entre ellas teorías tan debatidas como la clasificación del acto médico como actividad peligrosa, hasta plantear teorías de aligeramiento probatorio en determinados eventos, situaciones que se expondrán más adelante con detenimiento.

En primer lugar, es preciso realizar un pequeño rastreo jurisprudencial en torno a la evolución de las teorías de la carga probatoria de la culpa en el tema médico. La Corte Suprema de justicia, en oposición a criterios ya establecidos en sentencias previas, señaló en sentencias del 14 de marzo de 1942, del 14 de octubre de 1959 e incluso en una sentencia aislada sobre el tema el 3 de noviembre de 1977, que esta Corporación considera hoy inmotivadas (CSJ Sentencia del 30 de enero, 2001) que, como principio general a la responsabilidad médica es aplicable el artículo 2356 del Código Civil (Ley 57, 1887), que trata la actividad médica como peligrosa. Con ese fundamento, la Corte aplicó la teoría de la presunción de culpa, y la inversión de la carga de la prueba, doctrinas que imponían una carga desproporcionada para el demandado y que alejaban la responsabilidad médica de un criterio subjetivo de culpa para obligar al facultativo a una imputación objetiva, postura que hace prácticamente inviable el ejercicio de dicha profesión.

Si bien es cierto que el ejercicio médico impone ciertos riesgos y se puede poner al paciente en situación de indefensión, también es cierto que ello se hace con fines altruistas, para el beneficio del usuario del servicio de salud.

En contraposición a esta teoría, la Corte sentó la doctrina que en la actualidad es punto de partida para definir el tema probatorio en la responsabilidad médica, fue en sentencia del 5 de marzo (1940) donde creó la regla general en lo que se refiere a la carga probatoria de la culpa médica, la llamada "*Culpa Probada*", posición que después fue consolidada en sentencias del 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998 (CSJ Sentencia del 30 de enero, 2001).

A partir de esa teoría, la Corte concluyó en su momento que en la responsabilidad médica, independientemente de si se habla de una naturaleza contractual o extracontractual, se aplica "*el principio de la carga de la demostración de la culpa*" agregando como requisito para la configuración de dicha responsabilidad, la gravedad de la conducta, requisito este último que hoy no es aceptado por la jurisprudencia.

La sentencia de 1940 es punto de partida para la edificación de la teoría actual de la carga de la prueba en procesos de responsabilidad. En ella, se consolida la teoría de la culpa probada, que descalifica cualquier posición que señale que la actividad médica es "una actividad peligrosa", teoría que desde el punto de vista legal es inadmisibles, pues haría imposible el ejercicio de la medicina (CSJ Sentencia del 5 de marzo, 1940).

Con base en esa sentencia, la Corte comienza a consolidar su posición en torno a la carga de la prueba en los procesos de Responsabilidad Médica, estableciendo como regla general la culpa probada, regla excepcionada en un primer momento por la teoría de las obligaciones de medios y de resultados, y después siendo permeada por las teorías modernas de los criterios de flexibilización probatoria y la carga dinámica de la prueba, teorías que rompen los criterios generales de decisión en atención a las circunstancias especiales del caso concreto, lo cual modifica las cargas probatorias de las partes en el proceso, tal y como se pasa a detallar.

La Teoría de las Obligaciones de Medios y de Resultado en la prueba de la culpa

La Corte Suprema de Justicia ha decantado con suficiencia el tema de las obligaciones de medios y de resultado y su importancia al fijar las reglas probatorias en el tema médico. Señaló pues que la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado es una herramienta útil para los jueces en los procesos de responsabilidad, pues permite establecer el papel que deben tomar las partes en el proceso y ofrece criterios aplicables a la distribución de las cargas probatorias (CSJ Sentencia del 5 de noviembre, 2013).

En el Segundo Capítulo del presente trabajo se señalaron algunas generalidades en torno al concepto de las obligaciones de medios y de resultados, por lo cual se pasa ahora a determinar su sentido para determinar la carga probatoria que implica una y otra en los procesos de responsabilidad médica.

Desde la sentencia del 5 de marzo de 1940, la Corte Suprema empezó a distinguir este tipo de obligaciones y a darle la importancia que hoy tiene; señaló en su momento que:

La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este (CSJ Sentencia del 5 de marzo, 1940).

En sentencia del 3 de noviembre de 1977, la Corte reiteró su posición, señalando que las obligaciones de los médicos son de medios, razón por la cual no se obligan...

...a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o la serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado. El haber puesto estos medios, con arreglo a la ciencia y la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones (CSJ Sentencia del 3 de noviembre, 1977).

En sentencia del 12 de septiembre (1985), la Corte reiteró la regla general en el sentido que es responsabilidad del demandante probar la culpa del médico, y señaló que las obligaciones que asumen los médicos varían...

... según la naturaleza de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad” y añadió que “el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia [...], el médico sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, de modo que en caso de reclamación este deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación (CSJ Sentencia del 12 de septiembre, 1985).

Para la Corte es claro que los médicos tienen obligaciones de medios y no de resultados, distinción de la que se parte para definir quién tiene la carga de la prueba de la culpa.

En las obligaciones de medios, se seguirá la regla general de “culpa probada”, donde corresponde al demandante demostrar la culpa o negligencia del médico, mientras que este se exonera tan solo mostrando su diligencia. Ello, en virtud de que el médico asume el compromiso de desarrollar una conducta a favor del paciente, y cumplirá simplemente obrando con la diligencia debida aunque no se produzca el objetivo buscado.

En las obligaciones de resultado, tenemos otros supuestos totalmente diferentes, como se diferenció en el Capítulo de generalidades en la Responsabilidad Médica, una obligación es de resultado en dos eventos, el primero, según la naturaleza de la obligación, es decir, cuando están ausentes los componentes aleatorios que afecten su ejecución, como por ejemplo, colocación de aparatos ortopédicos, inmovilización de extremidades, implantes anticonceptivos, análisis de laboratorio, entre otros, y el segundo, según la autonomía privada del médico tratante, es decir, cuando es el médico quién voluntariamente se obliga con el paciente a conseguir los resultados. En estos eventos, estamos ante una culpa presunta que invierte la carga de la prueba y que exime al paciente de demostrar la culpa del médico, mientras que este solo se exonera demostrando fuerza mayor, caso fortuito, culpa del paciente o hecho de un tercero. Esta posición fue adoptada por la Corte en sentencia del 26 de noviembre de 1986 y ratificada con posterioridad en sentencias del 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994, 8 de septiembre de 1998 y del 30 de enero de 2001 (CSJ Sentencia del 30 de enero, 2001).

Es pertinente mencionar una posición que adopta la Corte en sentencia del 30 de enero de 2001, donde una lectura de la misma podría hacer pensar que dicha Corporación se aleja del concepto de medios y resultado para determinar la carga probatoria de la culpa. Señala dicha providencia que:

Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones “de moyens” y “de résultat”, atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma (CSJ Sentencia del 30 de enero, 2001).

Considera en este aparte la Corte que independientemente de la distinción entre obligaciones de medios y resultado, lo importante es verificar a qué se obligó el galeno con el paciente para determinar a quién se impone la carga de probar la culpa. Habría que distinguir acá, tal como se hizo anteriormente, que las obligaciones de resultado pueden serlo también por la autonomía privada del galeno, evento que reseña la Corte, en el que el médico se obliga a obtener un resultado específico. Para mayor claridad, la Corte, en sentencia del 5 de noviembre de 2013, retomando ese aparte señala:

Para el caso de la cirugía plástica con fines meramente estéticos, por lo tanto, puede darse el caso de que el médico se obligue a practicar la correspondiente intervención sin prometer o garantizar el resultado querido por el paciente o para el que ella, en teoría, está prevista; o de que el profesional, por el contrario, sí garantice o asegure la consecución de ese objetivo.

En el primer evento la obligación del galeno, pese a concretarse, como se dijo, en la realización de una cirugía estética, será de medio y, por lo mismo, su cumplimiento dependerá de que él efectúe la correspondiente intervención con plena sujeción a las reglas de la *lex artis ad hoc*; en el segundo, la adecuada y cabal ejecución de la prestación del deudor sólo se producirá si se obtiene efectivamente el resultado por él prometido (CSJ Sentencia del 5 de noviembre, 2013),

En este evento, se está ante una obligación de resultado. Se puede deducir, entonces, que la Corte no se aleja de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado para definir el tipo de carga probatoria, sino que, cuando se mira la obligación expresa que adquiere el médico en su contrato, dependiendo de las características específicas de ese compromiso, estaremos hablando de una obligación de medios o de resultado. Al respecto, en sentencia del 13 de septiembre de 2012, la Corte precisó que:

[...] al demandante en acciones de responsabilidad médica le corresponde “demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, *salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado* (CSJ Sentencia del 13 de septiembre, 2002), citada en (CSJ Sentencia del 5 de noviembre, 2013).

Así, pues, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia (CSJ Sentencia del 31 de mayo, 1938) ha hecho alusión a esta distinción para determinar cuál es la carga probatoria del médico demandado, cuando, en una acción de responsabilidad por obligaciones de resultado, este sólo se exonera demostrando que la causa del incumplimiento ha sido un elemento extraño (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima), siendo inútil demostrar diligencia y cuidado, pues estas obligaciones están encaminadas a alcanzar el fin esperado por el demandante. Por el contrario, en un juicio de

responsabilidad por obligaciones de medio, el médico tendrá que demostrar la ausencia de culpa y el accionante demostrar la existencia de aquella (Acosta, 2010, pág. 11).

Teorías de flexibilización o racionalización probatoria

Estas teorías son utilizadas en la Jurisprudencia Civil para romper en casos específicos la rigurosidad probatoria establecida en el artículo 177 del Código Procesal Civil Colombiano (Decreto 1400, 1970) –167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012)–, de donde parte la teoría de la culpa probada. Hay casos, tal como se ha mencionado en acápites anteriores, en los que las características de los hechos dificultan la actividad probatoria del demandante, o donde las circunstancias especiales del caso implican una carga probatoria excesiva para él, atendiendo por ejemplo lo evidente de las falencias en el actuar del galeno.

Así, pues, surgen estos criterios de flexibilización que consisten en inferencias lógicas que apuntan a presumir la culpabilidad médica en esos casos concretos y que minimizan, como ya se dijo, la rigurosidad de la regla general, de tal forma que se obtenga la finalidad reparadora del régimen de responsabilidad. En ese sentido, lo ha expresado la Corte al manifestar que:

[...] teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el Juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto.

Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el Juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibidem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro

equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (CSJ Sentencia del 22 de julio, 2010).

Deja pues entrever la corporación, doctrina reiterada en sentencia del 30 de noviembre (2011), los supuestos en los cuales los jueces pueden acudir a este tipo de criterios de racionalización probatoria para resolver los litigios médicos, puesto que, a través elementos como la sana crítica, la experiencia, la ciencia o la lógica puede presumir la negligencia del médico, invirtiendo así la carga de la prueba que ahora pesa sobre él. Reitera la Corte:

Sin perjuicios de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001–3103–002–1999–01502–01) (CSJ Sentencia del 5 de noviembre, 2013).

Señala pues la corporación algunas reglas de aligeramiento probatorio de las cuales el Juez puede echar mano para cumplir con la finalidad reparadora del régimen de Responsabilidad Civil, reglas que conviene explicar de manera general.

Res Ipsa Loquitur (Las cosas hablan por sí mismas)

Este principio planteado en el régimen del *Common Law* presume la culpa del demandado en atención a las pruebas circunstanciales obrantes en el proceso. Parte de un razonamiento lógico realizado por el Juez en favor del demandante, en el cual deduce la negligencia del accionado en virtud a la existencia del daño y a la anormalidad en su ocurrencia (Luna, 2004, pág. 268). En la doctrina se ha dicho que:

[...] para que pueda aplicarse a un supuesto de responsabilidad civil médica la res ipsa loquitur es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos o circunstancias:

Que estemos frente a un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino con una conducta negligente de alguien.

Que ese evento dañoso venga originado por cualquier cosa (instrumento, dependiente, etc.) que entre en la esfera de disponibilidad y control del demandado, aunque no se conozca el modo.

Por último, que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la misma víctima (Serrano, 2012, págs. 109-110).

A partir del evento dañoso, se deduce la existencia del elemento culpa, puesto que el daño fue consecuencia de la imprudencia o negligencia del demandado. A modo de ejemplo, se tiene el paciente al que por equivocación le aplican formol en los ojos y queda ciego, o el de las compresas dejadas en el cuerpo del sujeto operado, o en el que al enfermo le amputan la pierna equivocada, entre otros (Serrano, 2012, págs. 109-111).

Prueba prima facie (Prueba por primera impresión o apariencia)

Esta prueba proviene de la teoría alemana que permite dar por deducida la culpa del demandado una vez acreditados “sucesos típicos” que, según la experiencia, solo ocurren cuando se interviene con culpa o negligencia, es decir, que solo la omisión de diligencia pudo haber causado el daño (Luna, 2004, págs. 277-278). Este mecanismo para facilitar la prueba se ha utilizado en responsabilidad médica, cuando se establece la culpa o la falla del servicio respecto a la experiencia. De ahí que Rosenberg diga que esta prueba procede en los llamados “sucesos típicos”. Ahora bien, Calixto Díaz indica que el modo de operar de esta figura es igual al modo de operar de la presunción judicial (Serrano, 2012, pág. 112). Como ejemplos en los cuales se podría aplicar esta regla se tienen:

... las lesiones producidas tras la entrada de aire en una inyección, tras haber dejado elementos extraños (dependiendo de su tipo y volumen) en el interior del cuerpo tras una operación, así como la relación causal entre la infección con VIH y la transfusión de sangre, en casos en los que el paciente no pertenece a un grupo de riesgo (Correa, 2014, pág. 135).

Faute virtuelle (Culpa Virtual)

Esta es una regla francesa, que algunos autores equiparan con las teorías antes vistas (De Ángel, 1999, pág. 99) y que permite tener por acreditado el actuar culposo cuando el daño no se hubiese producido sin la existencia de dicho accionar negligente. De Ángel Yagüez ha dicho al respecto a esta teoría:

Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente.

Recientemente se ha formulado esta teoría de la "culpa virtual " diciendo que en su virtud el Juez considera que no es posible que no se haya incurrido en culpa; no funda su decisión sobre una presunción (conclusión derivada de un hecho conocido que lleva a otro desconocido), sino que lo hace sobre un razonamiento a contrario: si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa (De Ángel, 1999, págs. 71-72).

La figura de faute virtuelle, tendría aplicación por ejemplo cuando surge una complicación en la intervención quirúrgica de amígdalas o en la efectuada en casos de apendicitis, pues dado el gran progreso alcanzado por la ciencia médica, dichas intervenciones concluyen normalmente con la curación del paciente, y en caso de presentarse un evento adverso, se presumiría virtualmente la culpa del galeno, infiriendo allí el nexo causal (Carlos, 2011).

Como lo expone el autor, se parte es de la existencia del daño para encontrar conclusivo la existencia de la negligencia galénica, puesto que la única circunstancia que lleva a pensar que el perjuicio hubiese ocurrido es que el médico erró en su actuar. Son pues tan claros y avanzados los procedimientos técnicos y científicos para la realización de dicho acto médico, que no dan posibilidad alguna al profesional que yerre en su labor.

Resultado o daño desproporcionado

Esta teoría ha tenido aplicación principalmente en España, y pretende solucionar afirmativamente la prueba de la culpabilidad del autor del daño presumiendo la culpa a partir de un resultado anormal conforme a lo que es usual. Se trata entonces de comparar el

resultado de determinada intervención con el que normalmente se deriva de intervenciones quirúrgicas análogas o idénticas a la litigiosa. La sentencia que según la doctrina española considera por primera vez la mencionada doctrina es la STS de 2 de diciembre de 1996³.

Bajo esta óptica, el daño sufrido por el demandante resulta desproporcionado en comparación con lo que habitualmente podría suceder en similar intervención, bajo las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, y según la experiencia.

Este criterio se aplica, por ejemplo, cuando el paciente es intervenido quirúrgicamente para una cirugía de juanetes y, posteriormente fallece por una infección de tétanos grave postquirúrgica⁴; o cuando la persona se somete a una intervención quirúrgica de hemorroides y después de ser intervenido queda con una secuela definitiva consistente en incontinencia anal parcial⁵; o cuando alguien se fractura la rodilla y después de ser intervenido quirúrgicamente queda con una cojera irreversible⁶.

³ Esta sentencia española trata el tema de una paciente que sufrió una hemorragia tras el parto, por lo que requirió varias transfusiones, siendo la solución a la citada hemorragia la extirpación del útero, sin embargo, la mujer ya presentaba anemia avanzada, que derivó en una anoxia cerebral, sufriendo la paciente una tetraparesia espástica, que le obligó a permanecer en silla de ruedas, dependiendo en lo absoluto de terceros (Serrano, 2012, págs. 114-115).

⁴ STS de 9 de diciembre de 1998. “La sentencia del Tribunal Supremo imputa el resultado dañoso al mal cumplimiento por la entidad titular del centro hospitalario, de la prestación de tener el espacio, el instrumental y el material a utilizar en el estado que sea preciso para evitar infecciones. Y ello porque, aunque se afirma que la obligación médica es de medios, no de resultado, ello no obsta a la presunción desfavorable que nace del daño, cuando éste es desproporcionado en relación con lo que es usual” (Serrano, 2012, pág. 116).

⁵ STS de 31 de enero de 2003. “El Tribunal Supremo condena al médico demandado a indemnizar al actor por la secuela definitiva que le ha quedado (incontinencia anal parcial) después de ser intervenido quirúrgicamente de hemorroides (Serrano, 2012, pág. 118)”.

⁶ STS de 08 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3890). “El Tribunal Supremo condena solidariamente al médico que intervino a la demandante y a la compañía aseguradora, pues consideró acreditada la negligencia médica con base en la doctrina de los daños desproporcionados: “En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso

La lógica planteada pues por esta teoría, indica que no podría generarse un resultado desproporcionado, si no fuese porque el médico actuó de manera negligente, lo que indica su responsabilidad de demostrarse probado los demás requisitos para ello.

Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en la prueba de la culpa

En el capítulo atinente a la carga probatoria se señalaron las características generales de esta teoría, pero ahora se analizará de manera específica en la responsabilidad médica, y como criterio de cambio de las reglas generales de carga de la prueba.

En sentencia del 30 de enero de 2001, la Corte Suprema de Justicia perfila una teoría que hoy es punto de partida en los asuntos médicos, la llamada Carga Dinámica de la Prueba. Los hechos que dieron lugar a dicha providencia ocurren cuando el demandante acudió al especialista en otología al presentar una “sensación de oído derecho tapado de mes y medio de evolución”; tras una intervención quirúrgica se produjo el “rompimiento del tímpano” lo cual le dejó al actor como secuela “el tinnitus” (un pitido permanente en el oído) que afecta su bienestar, su trabajo y su vida de relación.

La Corte en dicha providencia deja claro que la responsabilidad médica se deduce cuando medie la demostración de la culpa, independiente de si la causa indemnizatoria tiene o no un origen contractual o extracontractual, mencionando además que en estos asuntos se siguen los lineamientos dados en sentencia del 5 de marzo (1940), en la cual se descarta la aplicación de la presunción de culpa.

Se señala en la providencia, que es precisamente en virtud de ese análisis específico que se debe hacer de cada caso concreto que no se fijan criterios particulares de evaluación probatoria, lo que posiblemente sí se hace en situaciones específicas, tales como en la

con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheibeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*)” (Serrano, 2012, pág. 118).

aplicación del principio *Res Ipsa loquitur*. Sin embargo, en la misma sentencia, expone la Corte que el Juez también deberá acudir al:

... carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artis*). (CSJ Sentencia del 30 de enero, 2001).

Es entonces en la mencionada providencia de 2001, donde la Corte Suprema de Justicia marca la pauta, al consagrar la aplicación de la carga dinámica de la prueba, teoría que ha sido retomada por el legislador colombiano en la última reforma procesal civil, donde se estableció en la ley 1564 de 2012 (Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones), en el artículo 167.

La posición adoptada por la Corte es reiterada en sentencias posteriores, como la del 3 de noviembre de 2013, donde señaló que se debe acudir a la Carga Dinámica de la Prueba:

[...] en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes. Al respecto, resulta pertinente tener presente, como criterio interpretativo mientras entra en vigor, que el inciso 2° del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, que adoptó el Código General del Proceso, luego de señalar que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, introduce explícitamente el concepto de carga dinámica de la prueba en los siguientes términos: “No obstante, según las particularidades del caso, el Juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la

carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. [...] Cuando el Juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código (CSJ Sentencia del 3 de noviembre, 2013).

Es pues, como dice la Corte, una vía “excepcional”, utilizada de manera subsidiaria a la regla general de culpa probada. Esta teoría se consagra como una de las tres que rompe el esquema que han de adoptar los funcionarios judiciales en los asuntos médicos.

Reitera la Corte lo expuesto en sentencia de marzo de 2016 en el siguiente sentido:

Luce pertinente recordar aquí que principalmente en asuntos de responsabilidad civil médica, si bien ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. CSJ SC 001-2001 del 30 de enero de 200, rad.5507; SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01; SC12449-2014 del 15 de septiembre de 2014, rad. n° 11001 31 03 034 2006 00052 01, entre otras) la necesidad de demostrar la culpa galénica, no por ello ha dejado de advertir la dificultad a la que se enfrenta la víctima que pretende acreditarla, a resultas de lo cual ha prohijado, conforme a las tendencias internacionales, una interpretación del principio de la carga de la prueba en sentido dinámico, entendiendo con ello que la parte que esté en mejores posibilidades de ofrecer al proceso la demostración de la verdad histórica que se investiga, sea la que deba, en principio, y atendidas las particularidades de cada caso, aportar esos medios de convicción. (CSJ Sentencia del 2 de marzo, 2016).

Es conveniente resaltar que con la aplicación del artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), resultará mucho más clara la puesta en marcha de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, pues se abandona esa aplicación jurisprudencial, para pasar a ser utilizada como norma taxativa. Además de lo anterior, se podría pensar que en virtud a la regulación expresa de dicha figura en el nuevo Código procesal, la misma no podrá ser utilizada como medio excepcional por parte de los funcionarios judiciales, sino que tendrá que ser una regla de obligatorio cumplimiento, al compás de usanza de la teoría probatoria de culpa probada.

Teorías adoptadas por el Consejo de Estado

Sobre el tema tratado, lo primero en advertir es que en materia administrativa se abandona el concepto de culpa asumido en el ordenamiento civil para abordar el concepto de falla del servicio en virtud de la función que cumple el Estado frente a sus administrados.

La jurisprudencia moderna suele denominar la responsabilidad estatal como “culpa administrativa” pero es un concepto erróneo toda vez que, la acepción “culpa” denota un elemento de naturaleza humana que no puede ser atribuido a una persona moral o jurídica, por ello la mejor manera de denominarla es empleando la acepción de “falla del servicio (Ruiz, s.f., pág. 54).

[...] con base en esta teoría ya no se atiende a la culpa individual o personal de un agente determinado del Estado, sino que se tiene en cuenta la falla del servicio o culpa de la administración. No se debe probar la omisión o acción de un agente público, bastará con demostrar la falla funcional. Ya no se da la culpa de la administración por no elegir y vigilar diligentemente a sus servidores, sino que se origina en la obligación principal de prestar bien los servicios públicos a la sociedad (Pérez L. , 2002, pág. 21).

Así, pues, la teoría de la falla probada para atribuir responsabilidad por la actividad médica, se ha constituido en el título de imputación de responsabilidad por excelencia. En el análisis de los pronunciamientos del Consejo de Estado, se observa que esta teoría se ha venido utilizando desde tiempo atrás y aún hoy pervive para este tipo de asuntos.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se ha afirmado que la responsabilidad médica es de naturaleza subjetiva, siendo el concepto de “culpa” el utilizado en materia civil y el concepto de “falla del servicio” el manejado a nivel contencioso–administrativo, tal y como se apuntó.

Al tratarse de la responsabilidad patrimonial del Estado, la falla del servicio puede derivarse de la prestación del servicio médico, lo cual exige que para la reparación del daño se manifieste la falla en que ha incurrido el administrador frente al particular, carga probatoria que, por regla general, está a cargo de quien pretende la reparación. Sin embargo, la jurisprudencia contencioso administrativa, en varios momentos, ha producido una serie de planteamientos, pasando de teorías rígidas para una u otra parte, hasta llegar a teorías orientadas a aligerar dicha carga o que buscan una igualdad entre ellas. Se pasará entonces a mostrar cada una de esas etapas que frente a la carga de la prueba de la falla del servicio en la responsabilidad médica ha tenido el Consejo de Estado.

Teoría de la falla probada, primera regla probatoria acogida por el Consejo de Estado. Obligaciones de medio y de resultado

La primera etapa de desarrollo jurisprudencial dado por el Consejo de Estado frente a la falla del servicio en los asuntos médicos apuntó a la aplicación de la teoría de la falla probada. Hacia finales del siglo XX, el Consejo de Estado, en sentencias como la del 27 de marzo (1987), explicó su posición en torno a la carga de la prueba de la falla del servicio. Para ello acudió a la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultados, para señalar que la obligación asumida por los médicos era principalmente de medios.

Como se explicó en el capítulo pertinente, las obligaciones médicas pueden ser consideradas principalmente de medios, pues el azar está presente en casi todas las actividades desarrolladas en dicho campo y las obligaciones están sujetas a muchos factores aleatorios que pueden intervenir, tales como condiciones del paciente, reacciones imprevisibles del organismo, irreversibilidad de la enfermedad y daños ya existentes en los órganos, situaciones que impiden que el médico o la institución se comprometa a obtener la curación del paciente. Con base en este argumento, el Consejo de Estado señaló en su

momento que la prueba de la falla del servicio estaba en cabeza del demandante, que debía soportar la carga de probar todos los elementos de la responsabilidad.

El Consejo de Estado tradicionalmente venía aplicando la teoría de la FALLA PROBADA DEL SERVICIO MÉDICO, que suponía que al actor le correspondía la carga probatoria que materializa la existencia de falla en el servicio, y de los demás elementos configurativos de la responsabilidad del Estado (Serrano, 2012, pág. 152).

Con la aplicación de una carga estática, el Consejo en su momento asignó dicha obligación al actor, basados en la catalogación como obligación de medio de la actividad ejercida por los profesionales de la salud.

Teoría de la Falla Presunta, dificultad probatoria para el demandante

En 1990, el criterio de la falla probada empieza a ser objeto de cambios, pues la carga impuesta al extremo activo, paciente o familiares, que no suelen ser expertos en temas médicos, comienza a considerarse como una carga desequilibrada. Se dicta la sentencia del 24 de octubre de 1990, con ponencia de Gustavo de Greiff Restrepo, donde la Corporación realiza en primer lugar un análisis detallado en torno a la diferencia entre falla probada y la falla presunta con respecto a la carga de la prueba:

Precisa ahora la Sala que la diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla del servicio y por falla presunta, radica entonces, en que en la primera especie el perjudicado deberá demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó mal (por tardanza en hacerlo o por haberse omitido) y que por ello se causó un daño; en cambio, en la segunda especie basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control (CE Sentencia del 24 de octubre, 1990).

En segundo lugar, la alta Corporación aporta un criterio central en el avance de la teoría de la carga de la prueba de la falla del servicio médico, para lograr así, según indica, el equilibrio en la distribución de la carga de la prueba entre el acreedor y el deudor con fundamento en la búsqueda de la justicia en la declaratoria de responsabilidad:

Así pues, la Sala cree que es conveniente que por los doctrinantes y por la jurisprudencia se continúe estudiando la materia con miras a lograr un justo equilibrio

entre la necesidad de que el Juez tenga la convicción de la presencia del elemento culpa para que proceda a la declaratoria de responsabilidad en un caso dado y la consecuencial condena al responsable de indemnizar los perjuicios causados y la carga probatoria de dicho elemento, distribuyéndola equitativamente entre el acreedor y el deudor, con miras a la realización de la justicia (CE Sentencia del 24 de octubre, 1990).

La sentencia del máximo tribunal toca entonces dos puntos trascendentales, el primero atinente a la diferencia entre falla presunta y falla probada, este último aplicado hasta ese momento, y después señala que, en virtud de la igualdad que debe obrar entre las partes en el proceso médico, se debe distribuir la carga de la prueba entre ellos de manera equitativa. Este es un avance en la jurisprudencia puesto que, hasta ese momento, la carga de la prueba de la falla del servicio recaía en su totalidad sobre el paciente o sus familiares.

A partir del señalado fallo y con fundamento en el principio de equidad que debe regir el proceso judicial, comienza el Consejo de Estado a utilizar diferentes instrumentos para aligerar la carga de la prueba de la falla del servicio. Así, el Consejo de Estado hace:

...un viraje hacia la consagración de la teoría de la FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO MÉDICO ESTATAL, en la medida en que este fallo aborda el cuestionamiento de los criterios tradicionales hasta ahora aplicados en materia probatoria en responsabilidad por daños, planteando la reflexión en torno a la necesidad de la inversión de la carga probatoria, considerando que el artículo 1.604 inciso 3° del C.C., debía ser aplicado tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual y, en este orden de ideas, en todos los casos sería el deudor –el Estado como prestador del servicio médico asistencial– el que conocerá lo realmente ocurrido y la forma en la cual su incumplimiento se presentó, de manera que sería la demandada la parte que tendría una mayor facilidad para acreditar la diligencia que estaba obligada a observar, y por tanto, no es al perjudicado a quien le corresponde la demostración de la falta de diligencia y cuidado de la persona que los ejecuta sino que es a ésta a quien le toca probar que actuó con diligencia y cuidado, por ser la persona que está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido, mientras que el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de las circunstancias que le impidieron cumplir con su prestación.

Fallo que sirvió de antecedente próximo para posibilitar el avance y la adopción posterior por parte del Consejo de Estado del criterio de la FALLA PRESUNTA en la actividad médica estatal, pero que ha sido objeto de cuestionamientos toda vez que su fundamentación es más civilista que juspublicista (Serrano, 2012, págs. 152-159).

En ese sentido, la propuesta jurisprudencial del Consejo de Estado era abandonar poco a poco la teoría de la falla probada, para darle más protagonismo a la intervención de los médicos en cuanto a la carga de la prueba que les competía. Sin embargo, en sentencia contraria a lo que se venía sosteniendo, se seguía reiterando la aplicación de la teoría de la falla probada, providencia que no tuvo eco en su aplicación para ese momento (CE Sentencia del 29 de noviembre, 1991). Es el 30 de julio de 1992 cuando, en una reiteración de lo que ya había propuesto en meses anteriores, el Consejo aplica la teoría de la falla presunta. Al respecto expresó:

[...] sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente normalmente al actor o a sus familiares a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas fueran estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente mediante la comprobación, que para ello se repite es fácil y práctica, de haber actuado con la eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento (CE Sentencia del 30 de julio, 1992).

La Corporación acude entonces al conocimiento de los galenos y centros hospitalarios para argumentar que ellos están en mejores condiciones de probar su diligencia o falta de omisión en el ejercicio médico, y señala que, debido a las características especiales de ocurrencia del acto profesional, están en mejores condiciones de probar, sumando a ello un

argumento un poco osado al afirmar que de esa manera los funcionarios judiciales tendrán más facilidades para resolver dicho tipo de proceso judicial.

La falla presunta del servicio médico oficial que empezó a aplicar el Consejo de Estado a partir de esta sentencia consiste en que en materia médica en el evento de un daño causado por una entidad asistencial de carácter oficial, la falla en el servicio médico se ha de presumir, relevando así al actor de la carga probatoria de demostrar la falla del servicio, correspondiéndole a la entidad estatal para efectos de su defensa, desvirtuar esta presunción de falla en su contra, pudiendo demostrar que obró diligentemente, con cuidado, utilizando todos los elementos técnicos y humanos con que contaban, y que adecuó su proceder a las normas legales y a los parámetros de la *lex artis* (Serrano, 2012, pág. 152).

Se tiene entonces que, antes de 1992, en un proceso judicial, al promotor del litigio (persona que alega haber sufrido un daño producto del actuar irregular de la administración en la prestación del servicio médico), le corresponde probar los supuestos fácticos que apoyan sus pretensiones, y ante la ausencia de demostración de la falla de la entidad, esta última es exonerada de los cargos, negándose lo pedido por el demandante (paciente o su familia), con lo que se configura la llamada “falla del servicio probada”, donde el actor debe demostrar todos los elementos constitutivos de la responsabilidad.

Con la sentencia del 30 de julio (1992), se modifica dicha posición y entra en vigencia un nuevo régimen, la “falla del servicio presunta”. El Consejo de Estado en este pronunciamiento asume, como se mencionó en líneas anteriores, que los profesionales de la salud y las entidades prestadoras de este servicio son quienes cuentan con los especiales conocimientos técnicos y científicos, y están por tanto en una mejor posición de probar que obraron bajo los parámetros de la *lex artis*, con lo que se establece una presunción en su contra: la presunción de la falla. Esto significa que, bajo esta teoría, el demandado (médico o entidad prestadora del servicio de salud) se integra al proceso judicial con una presunción de falla en su contra.

Por ser entonces la actividad médica tan especial y técnica y ante las dificultades probatorias a que se ve enfrentado el demandante, la jurisprudencia desarrolló criterios

que enfatizan la mejor posición que tiene la parte de probar, lo que es un antecedente o sustento para la acreditación de la falla presunta del servicio, donde se le concede al paciente la ventaja de no demostrar el funcionamiento irregular del servicio, sino que este se presume. Sin embargo, la exoneración de probar no es absoluta, pues el particular debe probar el daño y el nexo causal (Guechá, 2012, pág. 103).

Con base en la falla presunta le corresponderá entonces a la entidad estatal o al médico demostrar un eximente de responsabilidad tal como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

Teoría de la Carga dinámica de la prueba. Principios Constitucionales de igualdad, equidad y solidaridad de las partes en el proceso

La teoría de la falla del servicio presunta va a permanecer durante varios años, hasta que se profiere una sentencia hito el 10 de febrero de 2000, providencia que busca delimitar la aplicación excesiva del criterio de presunción, ya que el Consejo empieza a considerar que hay situaciones en las cuales es el actor quien tiene la facilidad de demostrar esa falla en el servicio. En ese sentido, el máximo tribunal administrativo señala que es el juez quien, en atención al caso concreto, debe determinar quién tiene mayores posibilidades de demostrar los hechos acaecidos, demandante o demandado, con lo que da paso a la aplicación de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba.

El Consejo de Estado, al advertir ciertos yerros en la aplicación del régimen de la falla presunta del servicio, dio un giro tajante a su posición, instituyendo que le correspondía al juzgador determinar sobre cuál de las partes recaía la carga de la prueba, debiendo determinar quién se encuentra en una situación más favorable para probar. Ahora bien, el motivo principal del giro de la teoría radicó en que, con el tiempo, se pudo percatar que el demandante no siempre se encuentra en desventaja respecto al demandado en el momento de probar, y segundo, que para las instituciones demandadas resultaba muy difícil desvirtuar la presunción. Por estas razones, el Consejo de Estado comenzó a hablar de la teoría de la carga dinámica de la prueba. Dice pues en su sentencia:

[...] Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas

o científicas. Habrá que valorar en cada caso si estas se encuentran presentes o no. Así habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es el quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión (CE Sentencia del 10 de febrero, 2000).

Como expresa el Consejo de Estado, contrario a lo dicho en la sentencia citada de 1992 (CE Sentencia del 30 de julio), se abandona la idea de facilitar al Juez su función de probar y, por el contrario, lo encamina a realizar una tarea más ardua, en el sentido de descubrir en el proceso quién está en mejores posibilidades de probar los supuestos de hecho, y así asignar a esa persona o entidad la carga probatoria.

El argumento central del Consejo radica en la diferencia que hay entre las actividades que representan algún conocimiento técnico o científico y las que no. Así, pues, señala que hay actividades que por sus especiales características tienen una complejidad mayor que solo podrán ser explicadas, demostradas o acreditadas por las personas expertas en ese tema, como los médicos, los hospitales, los laboratorios, etc., mientras que hay otras actividades que, por no tener esas características pueden ser de fácil acceso, demostración o prueba, por lo que corresponde su carga a los eventuales afectados o víctimas del acto médico defectuoso. En ese sentido, será el Juez quien deberá determinar de qué tipo de actividad estamos hablando y, conforme a ello, cargar al demandante o al demandado con la prueba, aplicando así la carga dinámica.

Respecto a la citada sentencia del 10 de febrero (2000) dice Saavedra Becerra:

El Consejo de Estado rechaza por tanto, en este litigio, el régimen de falla del servicio presunta, de lo cual se deduce que dicho régimen no es aplicable en la totalidad de los eventos de responsabilidad por daños causados en la prestación del servicio de salud. La consecuencia es que corresponderá al Juez determinar en cada caso, cuál de las

partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar la falla (...), con lo cual el traslado de la carga probatoria será no ya una regla de derecho común sino un episodio eventual (Saavedra, 2003).

Esta teoría fue desarrollada solo de manera jurisprudencial, pues no había sustento legal que le diera fuerza, lo que hoy varía con la expedición del Código General del Proceso, donde se establece de manera taxativa. Pese a no estar consagrada en su momento la carga dinámica de la prueba ni en el derecho administrativo, ni en el derecho civil, el Consejo de Estado la tomó con fundamento en el artículo 230 de la Constitución Política, precepto que establece el principio de equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial (Serrano, 2012, pág. 48).

Queda claro que el Juez, al aplicar la carga dinámica, podía optar por ordenar al paciente que pruebe la negligencia, o por el contrario podía invertir la carga de la prueba y, a través de la teoría de la falla presunta, cargar al demandado con dicha responsabilidad. Así, fue reiterado en sentencias del 15 de agosto (2002) y del 1° de julio (2004), donde se señaló respectivamente:

[...] Estamos ante uno de aquellos casos en los que la demostración de los hechos que estructuran la falla resulta prácticamente imposible para la víctima y los otros demandantes, dado que se trata de acreditar la realización de actividades cuyo contenido –referido al tipo de medidas aconsejables, al tiempo al que deben adoptarse, etc., y determinado por un acontecimiento técnico y científico propio de la actividad médica– es desconocido por ellos y que, además, debieron llevarse a cabo cuando la primera se encontraba anestesiada y los segundos no estaban presentes. Es procedente, en estas condiciones, aplicar el principio constitucional de equidad, acudiendo, de manera excepcional, a la inversión del nivel probatorio, conforme a lo explicado en la primera parte de estas consideraciones [...] (CE Sentencia del 15 de agosto, 2002).

Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Solo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del nivel probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento

Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla él contenida, en el caso concreto, contraria la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial (CE Sentencia del 1° de julio, 2004).

El Consejo señala, entonces, que en aplicación de la teoría dinámica de la prueba, el Juez podía optar por asignar al demandante la carga de probar la falla del servicio, pero al observar que dicha demostración se convierte en un obstáculo para alcanzar la verdad de los hechos, con base en el principio de equidad, podía abandonar el criterio general establecido en el artículo 177 del CPC (Decreto 1400, 1970), e invertir la carga de la prueba para que los demandados demostraran su diligencia y cuidado en el acto médico.

Se considera, pues, que la teoría de la carga dinámica se fundamenta en principios constitucionales dentro de los cuales se citan la solidaridad, la equidad y la igualdad.

Retoma de la teoría de la falla probada. Complejidad de resolución de los temas médicos y dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio. Relevancia de la prueba indiciaria

En 2006, nuevamente el Consejo de Estado cambia su posición, dejando de lado la teoría de las cargas probatorias dinámicas y adopta nuevamente el sistema de falla probada:

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de fallas médicas, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de soporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad medica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que

pueden clasificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente (CE Sentencia del 31 de agosto, 2006).

En esta sentencia, el Consejo de Estado abandona los criterios de la carga dinámica de la prueba y de la falla presunta, argumentando que la prueba indiciaria sirve para acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad, y fundamenta su decisión en los artículos 177 del Estatuto Procesal Civil y 90 de la Constitución Política, diciendo que este criterio se ajusta a la normativa vigente al ser más equitativa. En esta sentencia, la Sala le da una trascendental importancia al indicio como medio de prueba, resaltando que el Juez puede llegar a una convicción judicial con fundamento en él.

La sentencia de 2006 (CE Sentencia del 31 de agosto) parece aislada de las teorías que se venían manejando, pues el Consejo de Estado modifica de nuevo su posición, retomando la regla general de falla probada, es decir, descargando en el demandante la acreditación de todos los elementos que configuran la responsabilidad médica, pero agregando que se debe echar mano de todos los elementos probatorios, especialmente el de la prueba indiciaria, para ayudar a la resolución del conflicto (CE Sentencia del 31 de agosto, 2006). Se abandona por tanto el principio de equidad de las partes frente a la prueba, para darle cabida nuevamente al artículo 177 del CPC. Serrano, al respecto, ha dicho que:

[...] en el año 2006, la jurisprudencia del Consejo de Estado tuvo un amplio número de movimientos en la línea jurisprudencial, que no permitieron dar claridad acerca de cuál era el título de imputación aplicable, y si es posible o no que se presenten instrumentos de aligeramiento probatorio; en otros términos, no se había adoptado un criterio claro en relación con la materia objeto de análisis, motivo por el cual se podía afirmar que no era pacífica la jurisprudencia en relación a la posibilidad de que el Juez diera una efectiva aplicación a la teoría de cargas probatorias dinámicas (Serrano, 2012, págs. 59-60).

A pesar de los debates, hoy se puede afirmar que el tema está claro, ya que el Consejo de Estado, en sentencias recientes, ha dicho que desde la providencia de agosto de 2006 se acogió la teoría de la falla probada, regla que pervive en la actualidad.

La responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan (CE Sentencia del 28 de enero, 2015).

Es así, pues, como a partir de este momento se abandona la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba con fundamento en las dificultades que dicha regla acarrea para el desarrollo del proceso, aunado a la falta de sustentación legal para su aplicación. Aunado a ello, también se dejó de lado la regla de la falla presunta, ya que marginaba del debate probatorio asuntos relevantes, tal y como lo dijo el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

Teoría de la Falla Probada con aplicación de mecanismos de facilitación probatoria

En sentencia del 2009, a esa aplicación de la teoría de la falla probada se agregan variaciones que alivianan la rigidez de dicha regla, y se comienza hablar así de los mecanismos de aligeramiento probatorio. Señaló en su momento el máximo tribunal:

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuentan con dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrolladas en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaboradas por la doctrina francesa; o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existen nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva,

estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, solo puede explicarse por la conducta negligente del médico (CE Sentencia del 11 de noviembre, 2009).

Nacen entonces en la jurisprudencia administrativa los mecanismos de aligeramiento o racionalización probatoria tal y como se mostraron de manera general con anterioridad.

- Res Ipsa Loquitur (Las cosas hablan por sí mismas).
- Prueba prima facie (Prueba por primera impresión o apariencia).
- Faute virtuelle (Culpa Virtual).

Se debe aclarar que solo hasta sentencia del 28 de abril (2010) se acoge el otro concepto de aligeramiento probatorio ya explicado, es decir, el *resultado o daño desproporcionado*. Al respecto el Consejo señaló en su momento:

Cabe destacar, de otro lado, al margen de lo expuesto, que en el asunto sub examine, se presentó lo que en la doctrina española se denomina “daño desproporcionado”, pues el resultado de un normal procedimiento quirúrgico para remover el apéndice, fue anormal y poco frecuente respecto a casos similares.

[...] De lo anterior, se colige fácilmente que cuando el daño es desmedido, exagerado o excesivo, al no estar acorde con los resultados normales de una intervención, la culpa de la entidad demandada se da por probada. En el caso sub examine, se tiene que la septicemia que infestó al paciente luego de practicada la apendicetomía no era una consecuencia natural o lógica del procedimiento, sino todo lo contrario, fue un efecto extraño e infrecuente que produjo graves secuelas físicas y psíquicas (CE Sentencia del 28 de abril, 2010).

En esta forma, el Consejo de Estado, al observar de nuevo la rigidez de la teoría de la falla probada, aliviana esa carga que le corresponde al demandante con la aplicación de los señalados criterios de flexibilización, permitiendo que ante determinados eventos específicos, que dan muestra de una evidente negligencia de los médicos o de la entidad hospitalaria, se invierta la carga de la prueba en favor del paciente.

Ahora bien, en la actualidad, en la jurisprudencia contencioso administrativa, se continúa aplicando la teoría de la falla probada con base en los criterios fijados en sentencia de agosto de 2006 ya reseñada, pero con aplicación de los recién mencionados criterios de

flexibilización probatoria en casos específicos. Así lo reiteró el Consejo en sentencia del 28 de enero (2015), donde señaló:

Según la posición jurisprudencial que ha manejado la Corporación, los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda (CE Sentencia del 28 de enero, 2015).

Es así, como corolario de lo hasta acá expuesto, que el Consejo de Estado concluye en la aplicación de la teoría de la falla probada, la cual, ante las complicaciones que puede traer para un paciente su demostración en determinados eventos, se puede echar mano de las vías de facilitación probatoria que permiten alivianar esa responsabilidad o carga que pesa sobre el actor en un proceso médico.

La Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba aplicada por el Consejo de Estado con base en el artículo 167 del Código General del Proceso. (Auto del 6 de agosto, 2014).

Como última fase de evolución de las teorías aplicadas por el Consejo de Estado en torno a la falla del servicio en la responsabilidad médica, se quiere destacar una posición poco estudiada y analizada en la actualidad por la jurisprudencia y la doctrina nacional.

El Consejo de Estado, en auto del 6 de agosto (2014), con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, señaló que la aplicación de las normas establecidas en el Código General del Proceso debían ser implementadas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a partir del 1 de enero de ese mismo año, diferente a su aplicación en la jurisdicción ordinaria, donde se tendría que esperar a la autorización del Consejo Superior de la Judicatura. Señaló el Consejo de Estado:

En consecuencia, la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por

la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite. [...]

[...] De modo que, todos aquellos aspectos no regulados en el CPACA iniciados con posterioridad al 1° de enero de 2014 ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberán resolverse a la luz de las normas del Código General del Proceso (Auto del 6 de agosto, 2014).

Ahora bien, con base en dicho pronunciamiento y teniendo en cuenta que la norma contencioso administrativa, como se dijo, acude a la norma procesal civil en temas de carga probatoria, se podía deducir que ya era aplicable por el Consejo de Estado la regla establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), precepto que trae como novedad la implementación de la *Carga Dinámica de la Prueba*.

Como se decanta de lo anterior, el Consejo de Estado acogió la teoría de la falla probada con fundamento en la aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, norma que según lo preceptuado en auto del 6 de agosto (2014), debía ser dejada de lado para dar paso a la implementación de lo establecido en el artículo 167 del CGP.

En 2006, año en la cual se abrió paso a la regla que hoy es base para la implementación de la teoría de la falla probada, se decía: “[...] Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa [...]”. En la actualidad el fundamento utilizado para la implementación de la teoría de la falla probada ya no puede ser el artículo 177 del CPC, y se tendrá que acudir al 167 del CGP, precepto que adopta la teoría de la *Carga Dinámica de la Prueba*.

Lo reciente de los cambios señalados no ha permitido que el tema haya sido discutido por la doctrina o por la jurisprudencia, puesto que, incluso, en los fallos más recientes del Consejo de Estado se sigue teniendo como base lo esbozado en sentencia del 31 de agosto (2006), sin abordar de manera alguna la aplicación del artículo 167 del CGP, y por tanto de la carga dinámica de la prueba.

Por lo anterior, no se conocen aún pronunciamientos del Consejo de Estado en casos de responsabilidad médica donde se esté dando aplicación a la carga dinámica de la prueba

con base en el citado auto del 6 de agosto de 2014, continuándose con la aplicación de la regla general de falla probada. En todo caso, hay que decir que hoy por hoy ni siquiera se tendrá que echar mano de dicho auto para dar aplicación a la carga dinámica de la prueba con base en el Código General Proceso, ya que de conformidad con las directrices del Consejo Superior de la Judicatura, dicho estatuto procesal comenzó a operar a partir del 1 de enero de 2016, situación por la cual, la vigencia y aplicación de su artículo 167 está en pleno vigor.

DIFERENCIAS TEÓRICAS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL CONSEJO DE ESTADO

Aplicación de la teoría de carga dinámica de la prueba por la Corte Suprema de Justicia y su falta de aplicación por el Consejo de Estado

El aspecto probatorio tiene una función determinante en el litigio, pues es la que lleva a determinar la existencia de una responsabilidad por parte del médico. Para atender ese deber probatorio, el juzgador debe acudir al concepto de carga de la prueba, y es la parte que alega el hecho, de conformidad con lo anunciado en los capítulos precedentes, a quien incumbe probarlo de conformidad con la normativa y la jurisprudencia nacional (Arts. 167 del CGP y 177 CPC). Sin embargo, la asignación legal es en ocasiones insuficiente para impartir justicia, de modo que, en algunos momentos históricos, las altas corporaciones judiciales han acudido a la teoría de la carga dinámica de la prueba para soslayar las dificultades que se presentan en materia de responsabilidad médica.

Las posiciones en torno a la carga de la prueba de la culpa y de la falla del servicio en este tipo de responsabilidad han registrado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado una marcada y dinámica evolución, acompañadas de notables modificaciones y ajustes. Así, aunque el régimen de responsabilidad por culpa probada por regla general es predicable en el marco de la responsabilidad civil médica,

también lo es como falla del servicio en el escenario de la responsabilidad administrativa del galeno, sin embargo, notables son las diferencias que hoy por hoy existen entre las altas Cortes en cuanto a la aplicación de las demás reglas probatorias que apoyan dichas teorías.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia desde 2001 (CSJ Sentencia del 30 de enero, 2001) viene aplicando la teoría de la carga dinámica de la prueba y ante la ausencia de consagración legal de esta regla, para ese momento, la Corte acudía al artículo 4 del CPC que le otorgaba al juez la facultad de acogerse a principios constitucionales para interpretar la ley procesal. Esto se basa en la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, y ante una duda en la interpretación de una norma procesal, el Juez debe basar sus decisiones en los principios constitucionales (CP, 1991) como la igualdad (art. 13), equidad (art. 230), solidaridad de las partes en el proceso (art. 1), equilibrio procesal, tutela judicial efectiva (art. 229), prevalencia del derecho sustancial (art. 228), deber de colaboración con la administración de justicia (art. 957), derecho de defensa (art. 29), buena fe (art. 83), entre otros (Serrano, 2012, págs. 44-45). En este sentido se ha incluso pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Quando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.

El artículo 4° del Código de Procedimiento Civil, por su parte, expresa la misma idea al afirmar que al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto, es decir, el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. También aquí la relación de medio a fin es ostensible (CC Sentencia C-029, 1995).

Se observa entonces que los artículos 228 de la Constitución Política y 4 del CPC rompen el rígido esquema de formalidad procesal, para acoger un sistema que fortalece la protección efectiva de los derechos sustanciales, en aras de que reine la verdad material. En este sentido, cuando todavía no se estaba perfilando el proyecto de ley modificatorio del C. de P.C., la Corte Suprema de Justicia en uno de sus fallos expuso que:

Una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima. No es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele cualquier intento de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o 'dulcifican' (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del respectivo precepto (CSJ Sentencia del 22 de julio, 2010).

Conviene recordar que la jurisdicción ordinaria hasta ahora comienza a hacer mención al artículo 167 del CGP, en virtud a las directrices de vigencia de esta norma por parte del Consejo Superior de la Judicatura, lo que lleva a concluir que en la jurisprudencia reciente la Corte Suprema de Justicia continúa aplicando la regla de la carga dinámica de la prueba con base en criterios constitucionales pero no legales plasmados en una codificación.

Para la Corte es reprochable que en un proceso judicial quien tenga la prueba se abstenga de aportarla, pues el sujeto procesal tiene el derecho de conocer y obtener la prueba que se encuentra en posesión de la parte contraria, por lo cual, la acción egoísta de la contraparte en relación con la prueba trastorna la actividad judicial y va en contra del deber de los colombianos de colaborar con la administración de justicia. De ahí que en una Sentencia la Corte señaló que, en situaciones excepcionales, se podría acudir al principio de la carga dinámica de la prueba para acreditar la culpa médica, siendo en todo caso la regla general la de la culpa probada (CSJ Sentencia del 3 de noviembre, 2013).

Queda pues claro, como se dijo, que si bien la Corte Suprema no abandona la regla general tantas veces expuesta de culpa probada, cargando al demandante con la responsabilidad de demostrar la verdad de su dicho en cuanto a negligencia médica se refiere, le impone el deber al Juez, deber hasta ese momento constitucional, hoy por hoy legal (Art.167 CGP), de acudir a la teoría de la carga dinámica de la prueba para resolver los asuntos galénicos.

Ahora bien, el Consejo de Estado también resolvió los asuntos médicos con base en la aplicación del artículo 177 del CPC, sin embargo, hacía interpretaciones no tan certeras frente a tal normativa, ya que incluso en uno de sus pronunciamientos señaló:

El precepto que en el derecho positivo colombiano gobierna el tema, tratándose de los procedimientos que se adelantan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por virtud de la incorporación que el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo efectúa respecto de las normas del Código de Procedimiento Civil que regula materias no desarrolladas en aquella codificación, es el artículo 177 del citado Estatuto Procesal Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: *“incumbit probatio qui dicit non qui negat”*. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los supuestos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa (CE Sentencia del 18 de febrero, 2010).

Obsérvese que el Consejo de Estado en esta sentencia malinterpreta el artículo 177 del CPC, ya que, de conformidad con lo ya visto en el acápite de “Carga de la Prueba”, indica que este precepto normativo desarrolla el viejo aforismo romano *“incumbit probatio qui dicit non qui negat”* (debe probar quien afirma, no quien niega), cuando realmente la norma procesal se ampara es en la teoría de Rosenberg y de Micheli que establece como regla probatoria que quien pretenda la aplicación de determinada norma sustancial en su favor deberá cargar con la prueba de los hechos que soportan dicha prescripción normativa. Es errando pensar entonces, que la señalada norma limite a las partes a probar los hechos que afirma, puesto que, como se mencionó, es totalmente plausible probar también los hechos que se niegan. Indica pues, la regla acogida por el ordenamiento procesal civil, que a cada

parte le corresponde probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición en el litigio (demandante–demandado), o sea que esté afirmando o negando un hecho.

Significa lo anterior que la carga de la prueba no se adjudica solo al actor, quien afirma, pues al demandado le corresponde igualmente acreditar los hechos planteados en su defensa, muchas veces negando el decir del actor (Serrano, 2012, pág. 23)

Como se señaló en acápites anteriores, a pesar de que el mencionado artículo 177 no preceptuaba nada frente a la carga dinámica de la prueba, con base en criterios constitucionales, tal y como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado en el año 2000 adoptó en sus providencias dicha regla probatoria (CE Sentencia del 10 de febrero, 2000), la cual abandonó en el año 2006, sin que haya sido aplicada de nuevo en jurisprudencia reciente, según dicha Corporación, en virtud a los aprietos que ese criterio implicaba para el desarrollo del proceso, aunado a la ausencia de consagración legal para su aplicación, motivos por los cuales se adoptó nuevamente la implementación de manera simple del sistema de falla probada (CE Sentencia del 31 de agosto, 2006). Al respecto, Serrano Escobar menciona que:

En Colombia, el Consejo de Estado adoptó la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia de responsabilidad médica en el período 2000 al 2006, y la abandonó en este año aduciendo razones de inconveniencia, dado que según su interpretación, la definición de las cargas probatorias debía hacerse en el auto de pruebas y no en la sentencia, para evitar sorprender a las partes al final del proceso, pero sostiene que hacerlo en el auto de pruebas es sumamente difícil, pues hasta ese momento, no se tiene elementos suficientes para hacer esa distribución probatoria.

Argumento que es infundado, por cuanto las partes de antemano y de cara a un proceso saben que pruebas deben aportar, que son las que están en su poder, que es el mismo razonamiento que hace el juez, que no se puede salir de esta lógica pues en su defecto si estaría vulnerando las reglas de la carga de la prueba, al exigir deberes probatorios de imposible cumplimiento por las partes (Serrano, 2012, págs. 298-299).

Se coincide con lo expuesto por el autor en la medida que en un proceso judicial las partes en un momento determinado exponen al juez las cartas de juego para apoyar su pretensión o su defensa, siendo el escrito de demanda y el traslado de las excepciones, los períodos que tiene el extremo activo para reclamar y exponer su derecho, mientras que el ejercicio de la contradicción para la parte demandada se materializa con la contestación de la demanda. De ahí que, cuando el juez realiza el decreto de pruebas, o fija fecha y hora para la primera audiencia de trámite donde se practicarán las pruebas, este ya tiene un amplio conocimiento del pleito y se formó un esquema mental de los supuestos facticos configurativos del litigio, pudiendo entonces determinar en cuál de las partes recae el deber de aportar determinada prueba que tenga en su poder, con el fin de conocer la verdad de los hechos y lograr una justicia procesal y material.

No obstante tales ventajas procesales, el Consejo de Estado, a diferencia de la Corte Suprema de Justicia, abandonó la teoría de la carga dinámica para acoger el criterio de la falta probada con aplicación de mecanismos de facilitación probatoria (CE Sentencia del 28 de enero, 2015). Sin embargo, dicha corporación, en auto del 6 de agosto (2014), expresó que la aplicación de las normas establecidas en el CGP debían ser implementadas a partir del 1° de enero de ese mismo año, lo que, frente al tema de la carga de la prueba aún no se ha materializado, pues no está presente en las providencias de ese tribunal la regla consagrada en el artículo 167 del CGP, pues se está dando aún aplicación al artículo 177 del CPC, precepto normativo que a la luz de lo establecido en auto el citado auto del 6 de agosto, y en virtud a la vigencia absoluta del Código General del Proceso, debe ser dejada de lado para dar paso a la implementación de lo señalado en el artículo 167 ya citado.

La culpa como factor de atribución de la responsabilidad civil y la falla del servicio como elemento configurativo de la responsabilidad estatal

En materia de responsabilidad médica, los conceptos de culpa y falla del servicio han sido tratados indistintamente, teniendo como base de esta disimilitud el sujeto provocador

del daño, así, cuando quien ocasiona el perjuicio es un particular se está frente a un hecho culposo; pero si quien produce la lesión es el Estado, se está frente a una falla del servicio.

Conviene recordar que, antes de 1964, la Corte Suprema de Justicia era el ente encargado de resolver los procesos de responsabilidad médica que se suscitaban entre particulares y a su vez entre estos y el Estado, y la jurisdicción contencioso administrativa tenía una competencia excepcional en estos temas. Sin embargo, con el decreto-ley 528 (1964) se invirtió esta cláusula general de competencia, y le correspondió al Consejo de Estado el estudio de los asuntos en los que uno de los sujetos era la administración.

Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia habló de una responsabilidad indirecta de la administración, siendo el fundamento de sus fallos los principios consagrados en los artículos 2347 del Código Civil (responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo – *culpa in eligendo* – fallos en la elección) y 2349 del mismo estatuto (Daños causados por los trabajadores – *culpa in vigilando* – culpa en la supervisión), así, la responsabilidad de los agentes se exteriorizaba en el Estado. Se entiende que la culpa de los agentes es la misma de la administración, quien será responsable en virtud de los principios de escogencia y vigilancia del personal. En este primer momento, se está frente a una culpa presunta. Sin embargo, la administración podía desvirtuar esta presunción demostrando su cuidado al escoger y probar que vigiló el desempeño de las personas a su cargo.

Finalizando los años treinta se pensó que no había razón para distinguir el Estado de sus agentes, pues los funcionarios en ejercicio de sus funciones actúan en representación de la administración, por lo cual, a la vista de la sociedad, son un mismo ente, lo que significa que la actuación del personal contratado por el Estado es el mismo del Estado y, en consecuencia, la responsabilidad de aquellos es la misma de este. De ahí que la Corte aplicó lo estipulado en el artículo 2341 (responsabilidad extracontractual), y surge así la responsabilidad directa, donde la culpa cometida por un agente del Estado compromete directamente la responsabilidad de este. Esta teoría trajo cambios en materia de carga de la prueba, pues, para que el Estado se exonerara de responsabilidad tenía que demostrar vigilancia sobre el empleado y diligencia y cuidado en su elección, y debía probar la

ocurrencia de un hecho extraño (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima)⁷.

Ahora bien, tanto la responsabilidad directa como la indirecta fueron acogidas por la Corte Suprema de Justicia, y fueron aplicadas dependiendo de la clase de agente que haya causado el perjuicio, así, cuando el agente representaba la voluntad del estado y ejercía funciones de dirección y control (agente-órgano), respondía con base en el artículo 2341 del CC, mientras que a los agentes auxiliares, es decir, aquellos que no encarnaban la voluntad de la administración, se les aplicaban los artículos 2347 y 2349 del CC, y se configura así la llamada teoría organicista (Mendoza J. , 2011, págs. 47-48). Es así como de la responsabilidad directa de la administración nace la denominada falla del servicio:

[...] en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.

[...] No es importante, al momento de analizar la responsabilidad, la culpa personal del agente, puesto que ésta es reemplazada por la noción de falla del servicio. Por tal razón no es necesario, al momento de pretender una indemnización, probar la acción u omisión del agente, pues para ello sólo se necesita la prueba de la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público; hay presunción de culpa de la persona jurídica estatal, debido al deber primordial impuesto por la Constitución en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios públicos; los requisitos que la víctima debe demostrar son la falla del servicio y el daño sufrido por la víctima (CSJ Sentencia del 30 de junio, 1962).

Obsérvese que de la falla en el servicio se desprende una prestación estatal, más no personal, prestación que, al no ser proporcionada en la forma debida, produce un daño que implica la responsabilidad directa de la administración, y se pasa de la culpa individual a la culpa colectiva (del Estado). Aquí, la corte no estudia la culpa personal del agente, puesto que esta es desplazada por el concepto de falla del servicio, y se presume la culpa estatal a

⁷ Véanse artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil / (CSJ Sentencia del 30 de junio, 1962).

partir del deber que le impone la Constitución al estado en lo atinente a la prestación de servicios públicos. De allí que la administración solo se exonera de responsabilidad acreditando el elemento extraño.

Realizado entonces este recuento histórico, se pasa a explicar las diferencias entre la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil y la falla del servicio como elemento configurativo de la responsabilidad estatal.

La Corte Suprema de Justicia aplica el elemento culpa bajo un matiz diferente al de la falla del servicio. Esta corporación ha reiterado en diversas oportunidades la convergencia de tres elementos indispensables configurativos de la responsabilidad civil de cualquier ser humano, ha dicho entonces la Corte que:

Para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa y que de ésta sobrevengan perjuicios al reclamante (CSJ Sentencia del 10 de junio, 1963).

Analiza la Corte el elemento culpa desde una perspectiva particular, privada, ajena al ámbito público, pues es al Consejo de Estado a quien le corresponde valorar si el Estado desarrolló sus funciones y prestó sus servicios conforme a la ley. La culpa civil deviene entonces de personas naturales o personas jurídicas que no hagan parte del derecho estatal, el actuar culposo debe llevar inmerso un detrimento en el bien ajeno y este daño ha de considerarse privado, no social.

Resalta la Corte Suprema, tal y como se había señalado con anterioridad que:

La culpa asume el papel de factor o criterio de imputación, esto es, la responsabilidad no se estructura sin culpa, o sea, no es suficiente el quebranto de un derecho o interés legítimo, es menester la falta de diligencia, por acción u omisión (culpa in omittendo) noción ab initio remitida a la de negligencia, imprudencia o impericia, siendo el acto culposo moralmente reprochable, la responsabilidad su sanción y la reparación del daño la penitencia a la conducta negligente” (CSJ Sentencia del 24 de agosto, 2009).

Como se denota, la Corporación hace referencia al hecho culposo moralmente reprochable, circunstancia que sólo se podría predicar de una persona, atendiendo el debate moral, situación que no encajaría en el entendido de una entidad estatal. Esa culpa es pues

el elemento que la jurisprudencia civil ha tomado como estandarte para resolver los asuntos galénicos, diferente a la Responsabilidad Estatal.

Por su parte, la falla del servicio:

[...] se entiende como un comportamiento contrario a las normas que gobiernan el funcionamiento de la administración, ya como funcionamiento defectuoso del servicio, ya como violación de una obligación administrativa (Serrano, 2012, pág. 149).

De ahí que, tiempo atrás, el Consejo de Estado se haya referido a la falla del servicio como un título de imputación de responsabilidad del Estado, y la define como “La violación de una obligación a cargo del Estado” (CE Sentencia del 30 de marzo, 1990) y dice que esta se configura con la falta indebida o tardía función pública. Dice el Consejo:

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía (CE Sentencia del 07 de abril, 2011).

Véase como, en la falla del servicio, el agente productor del daño es el Estado, no se habla de una culpa personal sino de una falla de la administración:

Si bien la administración actúa a través de sus agentes y representantes, la culpa exigida no es la personal o subjetiva del funcionario, sino la culpa orgánica u objetiva del ente administrativo, es decir, la causada por el servicio mismo, abstracción hecha de su autor humano. En ella se juzga al servicio y no al agente (Serrano, 2012, págs. 149-150).

La historia clínica como prueba

A continuación se detalla la consagración expresa del deber de adjuntar copia auténtica de la historia clínica con la contestación de la demanda como medio de prueba en el derecho administrativo y la ausencia de este precepto normativo en el derecho civil.

Según Michele Taruffo “medio de prueba es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa” (2008, pág. 15). Pues bien, en materia de responsabilidad médica, la historia clínica ha sido considerada como un medio de prueba fundamental, siendo está definida como:

Un relato de lo sucedido durante la atención sanitaria, lo encontrado en relación a las condiciones de salud del paciente, las valoraciones médicas, y la atención suministrada. En el citado documento, obran o deben obrar no sólo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la ficha de anamnesis (cuestionarios hechos al paciente), el diagnóstico, la terapia o tratamiento a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada, el consentimiento informado del paciente; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico donde deberá constar detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, etc. Es decir, todos los datos que de una manera precisa y completa detallan el servicio médico y auxiliar suministrado (Serrano, 2012, págs. 241-242).

De conformidad con el artículo 34 de la ley 23 (1981), “es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido teniendo plena autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”.

De acuerdo con la resolución 1995 (1999), artículo 1 literal a):

La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervienen

en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

Nótese que la historia clínica constituye una prueba crucial en materia de responsabilidad médica, pues es quizás el documento más importante para esclarecer los hechos. En ella se describe la actuación del médico, de donde se puede verificar si actuó conforme a la *lex artis*. Al respecto, ha dicho la doctrina que la historia clínica:

Se convierte así, en el medio de prueba por excelencia para evaluar el nivel de la calidad asistencial y para valorar si la conducta del médico se adecuó a la *lex artis*, de tal manera que constituye el objeto de estudio de todo informe pericial en materia de responsabilidad sanitaria, pues el perito médico requiere como elemento base para la elaboración de su concepto toda la información contenida en la historia clínica (Serrano, 2012, págs. 251-252).

Sin embargo, este documento, según lo establecido en la norma anteriormente citada, goza de reserva por tratarse de un documento privado, de ahí que su consecución sea difícil en la mayoría de los casos, y sólo podrán acceder a esta el paciente, el equipo de salud, las autoridades judiciales y de salud en los casos previstos en la ley, y las demás personas determinadas en ella. Se pregunta entonces, si pueden los familiares del paciente fallecido acudir a este documento. La Corte Constitucional ha tratado el tema aligerando su postura, por lo que en la actualidad es posible que los parientes más cercanos puedan acceder a ella con fundamento en la protección al derecho al acceso a la justicia y a la información. Ha dicho el máximo órgano constitucional:

Las instituciones y entidades prestadoras de los servicios de salud están en la obligación, entonces, de suministrar información y entregar copias de la historia clínica al núcleo familiar de los pacientes, sin que lo previsto por la ley 23 de 1981 y la Resolución No. 1995 de 1999, sea un obstáculo para hacer efectivos los derechos fundamentales tanto de los titulares como de sus familiares, y por ende tales organizaciones tienen la obligación de aplicar directamente y en cada caso concreto la Constitución (CC Sentencia T-303, 2008).

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional fue oportuno, pues, el actuar de las EPS y de las IPS respecto al tema en la mayoría de los casos truncaba la materialización

efectiva de los derechos de los pacientes y sus familiares, no solo por tratarse de procesos de responsabilidad médica sino también en las conocidas acciones de tutela donde resulta que la historia clínica es el elemento demostrativo de la situación del accionante.

Aunque en el Código de Procedimiento Civil se enuncian como medios de prueba la declaración de parte, el juramento, los documentos, los testimonios, los indicios, los dictámenes periciales, las inspecciones judiciales, nada se dice respecto a la historia clínica, la cual se entiende enmarcada dentro de las pruebas documentales. Dice el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400, 1970):

Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualquiera otros medios que sean útiles para la formación del consentimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio (Art. 175).

El Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) consagra los mismos medios de prueba y adiciona la confesión y los informes, estableciendo en su artículo 165:

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales (Art. 165).

Estos artículos describen una especie de catálogo de medios de prueba y dejan abierta la posibilidad de utilizar otros más, “Según la norma, cualquier instrumento que tenga algún significado o alguna utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos puede ser usada –al menos en principio– como medio de prueba” (Serrano, 2012, pág. 240). Sin embargo, no hay un solo artículo en materia civil que se ocupe de la historia clínica como principal medio de prueba en materia de responsabilidad médica, de modo que queda un vacío normativo al respecto.

Aunque la jurisprudencia permite que la parte demandante acceda a la historia clínica en el proceso, en la norma en materia civil nada está dicho, aun sabiendo la dificultad probatoria en que se ve inmerso el actor en asuntos de responsabilidad médica.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el derecho administrativo se consagra explícitamente el deber de adjuntar copia auténtica de la historia clínica con la contestación de la demanda. La ley 1437 (2011) señala:

Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción.

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto (artículo 175).

El legislador, al redactar la ley 1437 (2011), pensó entonces en:

[...] la dificultad que se presenta en los litigios de responsabilidad médica por la falta de aporte de la historia clínica por las instituciones demandadas, de allí la necesidad de exigirla como anexo de la contestación de la demanda de manera, íntegra, auténtica y transcrita, estableciendo una consecuencia disciplinaria por el incumplimiento de este deber para el funcionario responsable del asunto, pero no señaló expresamente un efecto procesal, lo que no impide que interpretemos dos consecuencias: una primera, que se constituya en indicio en contra de la entidad demandada, como tradicionalmente lo ha considerado el Consejo de Estado, ante la falta de aporte de la historia clínica; y una segunda, que se entienda por no contestada la demanda, como sucede en materia laboral cuando no se cumple con los requisitos de la contestación de la demanda, tal como lo establece el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Decreto–Ley 2158 de 1948 en su artículo 31, modificado por el artículo 18 de la ley 712 de 2001 (Serrano, 2012, pág. 248).

En esta forma, la historia clínica se constituye en la principal herramienta para valorar la conducta del profesional de la salud y establecer la presunta culpa o falla del servicio. El derecho administrativo establece las consecuencias que rodean al médico ante el no suministro de este documento, sin embargo, en los asuntos civiles, está ausente esta carga procesal para el demandado, con lo que permanece la duda de su aplicación.

La pregunta que surge se refiere a si se puede aplicar por analogía en temas civiles el parágrafo 1° inciso 2° del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo o si deberá el juez civil en uso de la teoría de la carga dinámica de la prueba decretar esta prueba de oficio.

Se considera frente al punto que las circunstancias prácticas que se desarrollan en el proceso civil no permitirían en un eventual caso aplicar por analogía la norma administrativa, ya que, en primer lugar, sería complejo que desde la misma notificación del auto admisorio de la demanda al accionado se le esté obligando a aportar una prueba que por mandato legal no está consagrada, máxime cuando no se está dentro de las oportunidades probatorias que la norma procesal establece para el decreto de pruebas. En segundo lugar, no existe normativa alguna que permita hacer una remisión, en cuanto al tema médico se refiere, de la norma procesal civil a la procesal administrativa.

En todo caso, gracias a la consagración expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso, el Juez, en las etapas procesales pertinentes, auto de decreto de pruebas, primera audiencia de trámite, y en todo caso antes de dictar sentencia, podrá hacer uso de dicha facultad oficiosa para cargar a la entidad demandada o al profesional de la salud, en virtud a la facilidad o accesibilidad que tiene frente a la historia clínica, con la obligación de aportar dicho medio de prueba.

Es así como, a pesar de no estar regulado de manera taxativa la obligación de aportar la historia clínica con la contestación de la demanda en los temas médicos en el ámbito civil, como sí lo hace la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Juez puede echar mano de otros mecanismos procesales, como la carga dinámica de la prueba, para que dicha finalidad se cumpla; lo anterior, sin que se quiera afirmar que tal norma procesal administrativa no sea útil, resaltando así mismo que sería un buen ejemplo a tomar por parte de la legislación civil.

CONCLUSIONES

1. La carga de la prueba es la obligación legal o jurisprudencial impuesta a alguna de las partes en el proceso para que demuestre determinado hecho, permitiendo al juez fallar en contra de la parte que tenía dicha carga y no cumplió con ella.
2. Hay diferentes teorías que distribuyen la carga de la prueba entre las partes atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, ellas son:
 - La carga de la prueba recae sobre quien afirma, no sobre quien niega.
 - Carga de la prueba de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido.
 - Carga estática de la prueba.
 - Carga dinámica de la prueba.
 - Inversión de la carga de la prueba.
 - Prueba por presunciones.
3. En materia civil, existen tres normas que dan las pautas generales respecto a la carga de la prueba: el artículo 1757 del Código Civil que trata el tema desde el punto de vista sustancial, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 167 del Código General del Proceso que recientemente entró en vigencia en el ámbito civil y trae modificaciones esenciales para la distribución probatoria entre las partes, incluyendo como novedad la aplicación legal de la teoría de la carga dinámica de la prueba, figura que sólo tenía un desarrollo jurisprudencial.

4. En materia contencioso administrativa, respecto a la carga de la prueba, se acepta como norma general el artículo 103 del CPACA (Ley 1437, 2011). Sin embargo, en virtud del artículo 211 de esta norma que consagra la remisión al articulado procesal del derecho civil, se permite la aplicación de la normativa reseñada en el numeral anterior.
5. En los procesos de responsabilidad médica, cuando las circunstancias del caso implican una carga probatoria excesiva para el actor, o cuando las características de los hechos dificultan la actividad demostrativa del paciente–demandante, las altas Cortes utilizan criterios de flexibilización para romper la rigurosidad probatoria, criterios que son de naturaleza jurisprudencial y doctrinal, más no legal. Así, pues, en atención a las características especiales en que se desarrollan los hechos que dan origen a los procesos de responsabilidad médica, se propone la aplicación por ambas corporaciones de unos mecanismos de facilitación probatoria que rompen la regla general y que con frecuencia invierten la carga de la prueba en contra del demandado con el fin de que se cumpla con la finalidad reparadora del régimen de responsabilidad. Esas teorías de flexibilización probatoria son:
 - Res ipsa Loquitur (las cosas hablan por sí mismas).
 - Prueba prima facie (prueba por primera impresión o apariencia).
 - Faute Virtuelle (Culpa Virtual).
 - Resultado o daño desproporcionado.
6. La carga dinámica de la prueba es una teoría que también ha sido considerada como regla de flexibilización o racionalización probatoria. Sin embargo, la diferencia de esta teoría con las demás radica en su consagración legal (art. 167 del CGP), pues, en principio, su desarrollo era eminentemente jurisprudencial.
7. La *lex artis* le impone al médico un nivel de diligencia mayor que el exigido en los demás casos, es decir, ser más diligente que un buen padre de familia, puesto que la labor desarrollada y escogida voluntariamente por los médicos, y los conocimientos específicos y actualizados que deben tener, obligan a su juzgador a elevar el umbral de la responsabilidad por encima de los estándares normales de diligencia.

8. Independientemente del tipo de responsabilidad que se adelante (contractual o extracontractual) las reglas sobre carga de la prueba en los procesos médicos deben ser uniformes, porque las pautas establecidas en la legislación para la distribución de la carga de la prueba no distinguen entre una u otra acción.
9. Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado han establecido que, en materia de responsabilidad médica, no se puede acudir a la objetivación en virtud de las especiales características de la labor desarrollada por los médicos, por lo cual se debe partir de la acreditación de la culpa o la falla del servicio del profesional, siendo la responsabilidad médica de naturaleza subjetiva. Las altas corporaciones no acuden, pues, a criterios objetivos de imputación, pues se debe probar el elemento culpa o falla del servicio, y no se presume el actuar negligente del médico.
10. La catalogación del ejercicio de la medicina como una *actividad peligrosa* fue abandonada por la jurisprudencia nacional en virtud a la finalidad altruista, humanitaria y de solidaridad que dicha disciplina trae consigo, con lo que se establece, como se reseñó, un sistema subjetivo de responsabilidad.
11. En materia de carga de la prueba de la culpa y falla del servicio en la responsabilidad médica, la regla general en los altos tribunales es que corresponde al demandante probar la negligencia del médico, teoría denominada por la Corte como culpa probada, y por el Consejo como falla del servicio probada.
12. Se configura una obligación de medios cuando se le exige al médico una actividad diligente, prudente y cuidadosa para atender al paciente, mientras que se cataloga como una obligación de resultado aquella en que el médico se compromete con el paciente a obtener un fin, por lo cual, el profesional no se exime de ser declarado culpable aun habiendo ejercido todos los actos pertinentes para obtener el objetivo, y aunque haya obrado conforme a las reglas de la *lex artis*. También se consideran como una obligación de resultado las actividades médicas en las cuales el azar en su ejecución es prácticamente nulo, tales como colocación de aparatos ortopédicos, inmovilización de extremidades, implantes anticonceptivos, análisis de laboratorio, entre otros.

13. La catalogación de una obligación como de medios o de resultado incide en la carga probatoria, dado que en las primeras se aplica la regla general de demostración de los elementos de la responsabilidad por el demandante, mientras en las de resultado se invierte la carga probatoria de modo que esa obligación se atribuye al médico.
14. Con un desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se venía impulsando la aplicación de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, que en la actualidad ya puede ser aplicada con base en el artículo 167 del CGP, vigente a partir del 1 de enero de 2016. Por su parte, el Consejo de Estado aplicó la mencionada teoría en el año 2000, y la abandonó en 2006 con base en los problemas que su aplicación ocasionaba en el desarrollo del proceso. Sin embargo, esta última Corporación, con fundamento en auto del 6 de agosto de 2014, señaló que las normas procesales fijadas en el CGP, incluyendo la carga dinámica de la prueba, ya podían ser aplicadas al procedimiento contencioso administrativo, pero aún bajo dicho pronunciamiento, e incluso a sabiendas de la aplicación de manera definitiva del estatuto general a partir de 2016, dicha Corporación ha sido renuente en su implementación, lo que resulta contrario a los ordenamientos y parámetros procesales fijados por la Ley.
15. La Corte Suprema de Justicia tiene como uno de los elementos configurativos de la responsabilidad civil, incluyendo la médica, la culpa del profesional, ello en virtud a la comisión de la conducta negligente por parte de una persona natural o jurídica; el Consejo de Estado parte, no del elemento culpa, sino de la falla del servicio, en virtud a que a pesar de que la conducta fue cometida por una persona natural o jurídica, tal acción fue realizada en pro del ejercicio de un deber estatal con protección constitucional, siendo tal acción mirada no desde la óptica del agente que la cometió, sino de la falla orgánica, funcional o anónima cometida por el Estado.
16. La legislación contencioso administrativa, al tratarse de demandas por responsabilidad médica, le impone a la parte demandada una carga probatoria adicional, que es el deber de adjuntar en la contestación de la demanda copia auténtica de la historia clínica del paciente, situación no consagrada en la norma procesal civil. El requisito instituido por el CPACA resulta de utilidad procesal, pues se aligera la dificultad probatoria en la que

se ve inmerso el demandante, principalmente en caso de familiares fallecidos, ventaja probatoria no contemplada en la especialidad civil. En virtud a ello, los juicios se vuelven mucho más complicados para el extremo activo ante la competencia civil, pues al tratar de demostrar los elementos constitutivos de la responsabilidad, no cuenta con este beneficio. Sin embargo, en virtud de lo establecido por en el artículo 167 del CGP, aplicable en virtud del artículo 211 del CPACA, el juez civil, con base en criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, le puede imponer esta carga a la parte demandada, aún sin el amparo legal respectivo.

TRABAJOS CITADOS

- Acosta, C. (2010). Responsabilidad Médica: Elementos, Naturaleza y Carga de la Prueba. *Revista de Derecho Privado No. 43*, 3-26.
- Acosta-Madiedo, C. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado, 43. Universidad de Los Andes*, 3-26.
- Alessandri, A. (1981). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Aristóteles. (2002). *Ética a Nicómaco*. (M. A. Marías, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Auto del 6 de agosto. (2014). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación No. 50408*. Consejo de Estado de Colombia: Consejero Ponente Enrique Gil Botero.
- Bajtín, M. (1989). *El Problema de los Géneros Discursivos*. México DF: Siglo XXI.
- Carbone, C. (2008). Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. En J. Peyrano, *Cargas Probatorias Dinámicas* (págs. 198-211). Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Carlos, H. (23 de enero de 2011). *Sistemas de acortamiento o aligeramiento probatorio y la responsabilidad civil médica*. Obtenido de *Condenados por la Historia*:

<http://condenadosporlahistoria.blogspot.com.co/2011/01/sistemas-de-acortamiento-o.html>

- CC Sentencia C-029. (1995). *Sentencia C-029, Expediente T-874223, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión.
- CC Sentencia T- 118A/13. (2013). *Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Exp. T-3.615.351*. Corte Constitucional de Colombia: Magistrado Ponente Mauricio González Guervo.
- CC Sentencia T-303. (2008). *Naturaleza jurídica de los documentos públicos y privados, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CE Auto del 6 de agosto. (2014). *Auto del 6 de agosto, Radicación No. 50408, Consejero Ponente Enrique Gil Botero*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia de 06 de junio. (2007). *Sentencia de 06 de junio, Sección Tercera. Exp. 16460, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- CE Sentencia de 27 de junio. (1991). *Sentencia de 27 de junio, Sección Tercera. Exp. 6454, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- CE Sentencia del 07 de abril. (2011). *Sentencia del 07 de abril, Exp. 20150, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 1° de julio. (2004). *Sentencia del 1° de julio, Radicación No. 14696, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

- CE Sentencia del 10 de febrero. (2000). *Sentencia del 10 de febrero, Radicación No. 11878, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 10 de febrero. (2000). *Sentencia del 10 de febrero, Radicación No. 11878, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 11 de noviembre. (2009). *Sentencia del 11 de noviembre, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 15 de agosto. (2002). *Sentencia del 15 de agosto, Radicación No. 11605, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 18 de febrero. (2010). *Sentencia del 18 de febrero, Expediente 18076, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 24 de octubre. (1990). *Sentencia del 24 de octubre, exp. No. 5902, Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera.
- CE Sentencia del 24 de octubre. (1990). *Sentencia del 24 de octubre, Sección Tercera. Exp. No. 5902, Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- CE Sentencia del 27 de marzo. (1987). *Sentencia del 27 de marzo, Exp. 3671, Consejero Ponente Carlos Betancurt Jaramillo*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- CE Sentencia del 28 de abril. (2010). *Sentencia del 28 de abril, Radicación No. 19474, Consejero Ponente Enrique Gil Botero*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

- CE Sentencia del 28 de enero. (2015). *Sentencia del 28 de enero, Radicación No. 30623, Consejero Ponente Olga Melida Valle De La Hoz*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 28 de enero. (2015). *Sentencia del 28 de enero, Radicación No. 30623, Consejero Ponente Olga Melida Valle De La Hoz*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 29 de noviembre. (1991). *Sentencia del 29 de noviembre, Consejero Ponente Daniel Suarez Hernández*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 3 de abril. (1997). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. No. 9467*. Consejo de Estado de Colombia: Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.
- CE Sentencia del 30 de julio. (1992). *Sentencia del 30 de julio, Consejero Ponente Daniel Suarez Hernández*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.
- CE Sentencia del 30 de marzo. (1990). *Sentencia del 30 de marzo, Exp. 3510, Consejero Ponente Antonio José de Irisarri. Colaboró Juan Carlos Henao Pérez*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 31 de agosto. (2006). *Sentencia del 31 de agosto, Radicación No. 15772, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- CE Sentencia del 31 de agosto. (2006). *Sentencia del 31 de agosto, Radicación No. 15772, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Correa, C. (2014). “La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal civil alemán. *Revista de Estudios de la Justicia*, 20, 115-170.

- Cortés, V. (1972). Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2-3, 581-642.
- Couture, E. (1997). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: ediciones De Palma.
- CP. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- CSJ Sentencia del 10 de junio. (1963). *Sentencia del 10 de junio*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 12 de septiembre. (1985). *Sentencia del 12 de septiembre, Referencia: 1319, Magistrado Ponente Ricardo Medina Moyano*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 13 de septiembre. (2002). *Sentencia del 13 de septiembre, Expediente 6199, Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 2 de marzo. (2016). *Sentencia del 2 de marzo, SC2506-20161, Magistrado Ponente: Margarita Cabello Blanco*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 22 de julio. (2010). *Sentencia del 22 de julio, Referencia: 2000-00042-01, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 22 de julio. (2010). *Sentencia del 22 de julio, Referencia: 2000-00042-01, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 24 de agosto. (2009). *Sentencia del 24 de agosto, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01, Magistrado Ponente: William Namén Vargas*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.

- CSJ Sentencia del 3 de noviembre. (1977). *Sentencia del 3 de noviembre, Tomo CLV, No. 2396, Magistrado Ponente Ricardo Uribe Holguín*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial.
- CSJ Sentencia del 3 de noviembre. (2013). *Referencia: 20001-3103-005-2005-00025-01, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 3 de noviembre. (2013). *Sentencia del 3 de noviembre, Referencia: 20001-3103-005-2005-00025-01, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 30 de enero. (2001). *Sala de Casación Civil*. Corte Suprema de Justicia de Colombia: Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez.
- CSJ Sentencia del 30 de enero. (2001). *Sentencia del 30 de enero, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 30 de enero. (2001). *Sentencia del 30 de enero, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 30 de junio. (1962). *Sentencia del 30 de junio, de 2256 a 2259, Magistrado Ponente José J. Gómez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 30 de noviembre. (2011). *Sentencia del 30 de noviembre, Referencia: 1999-01502-01, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 31 de mayo. (1938). *Sentencia del 31 de mayo, Exp. 5507, Magistrado Ponente Liborio Escallón*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.

- CSJ Sentencia del 5 de marzo. (1940). *Sala de Casación Civil*. Corte Suprema de Justicia de Colombia: Magistrado Ponente Liborio Escallón.
- CSJ Sentencia del 5 de marzo. (1940). *Sentencia del 5 de marzo, Magistrado Ponente Liborio Escallón*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 5 de noviembre. (2013). *Sentencia del 5 de noviembre, Referencia: 2005-00025, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 5 de noviembre. (2013). *Sentencia del 5 de noviembre, Referencia: 2005-00025, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia del 5 de noviembre. (2013). *Sentencia del 5 de noviembre, Referencia: 2005-00025, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- De Ángel, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Universidad de Deusto, Editorial Civitas.
- De Ángel, R. (1999). *Responsabilidad Civil por actos médicos, Problemas de Prueba*. Madrid: Editorial Civitas.
- De la Oliva, A., & Díez-Picazo, I. (2004). *Derecho Procesal Civil, Proceso de Declaración*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Decreto 1400. (1970). *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Presidente de la República: Diario Oficial No. 33150, 21 de septiembre.
- Decreto 1400. (1970). *Por el cual se expide el código de procedimiento civil. (derogado por el literal c), art. 626, ley 1564 de 2012.* . El presidente de la república de Colombia: Diario oficial 33150 de septiembre 21.

- Decreto-Ley 528. (1964). *Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones*. Ministerio de Justicia: Diario Oficial No. 31330, 1° de abril.
- Devis, H. (1984). *Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I*. Santa fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Durán, R. (1957). *Nociones de Responsabilidad Civil*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Fallo Blanco. (2015). *El Fallo Blanco*. Obtenido de Club Ensayos: www.clubensayos.com/Historia/Fallo-Blanco/2389193.html
- Gil, E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Gitrama, M. (1965). Configuración jurídica de los servicios médicos. *Estudios de derecho público y privado, ofrecidos al prof. Ignacio Serrano, T.I. Valladolid*.
- Guechá, C. (2012). La falla en el servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del estado. *Revista Prolegómenos – Derechos y valores. I, enero*, 95-109.
- ICDP. (2014). *Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012. Con Decreto 1736 de 2012 y Notas de Constitucionalidad. Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP*. Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Jaramillo, C. (2011). *Responsabilidad Civil Médica, la relación médico – paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá D.C.: Editorial Ibañez.
- Lépori, I. (2008). Cargas probatorias dinámicas. En J. Peyrano, *Cargas Probatorias Dinámicas* (págs. 35-74). Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ley 1437. (2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Congreso de Colombia: Diario Oficial No. 47956, 18 de enero.
- Ley 1564. (2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Congreso de Colombia: Diario Oficial 48489 de julio 12.

- Ley 1564. (2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Congreso de la República: Diario Oficial No. 48489, 12 de julio.
- Ley 23. (1981). *Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia.
- Ley 57. (1887). *Código Civil. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873*. El Congreso de Colombia.
- Luna, Á. (2004). *La Prueba de la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*. Madrid: Editorial Civitas.
- Macilla, A. (2005). *La Responsabilidad Civil Médica Las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful life*. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1977). *Tratado Teórico Práctico de la responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. (L. Alcalá-Zamora, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Mendoza, J. (2011). Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Pensamiento Americano*, 4 (7), julio-diciembre, 47-51.
- Mendoza, N., & Motta, L. (2012). *Responsabilidad Médica del Estado Colombiano frente a la Carga de la Prueba Según la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Mercado, L. (2009). *La Responsabilidad Civil del Médico*. Cartagena: Universidad Libre, Sede Cartagena.
- Michelli, A. (1961). *La carga de la prueba*. (S. Sentís, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Midón, M. (2007). *Derecho Probatorio*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Nisimblat, N. (2013). *Derecho Probatorio – Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso*. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley LTDA.

- Ormazabal, G. (2004). *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Ortells, M. (2013). *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Pérez, C. (2013). Aspectos Generales Sobre la Carga de la Prueba en el Derecho Probatorio Colombiano. *Revista Justicia y Derecho, 1 (1), febrero* , 46-66.
- Pérez, D. (2014). Diferencias probatorias entre el Código general del Proceso y el Código Contencioso Administrativo. *Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 572-574). Bogotá D.C.: ICDP.
- Pérez, J. (2011). *La Carga dinámica de la prueba en la Responsabilidad Administrativa por la Actividad Médica – Decaimiento de su aplicabilidad*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Pérez, L. (2002). *Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- Peyrano, J. (1999). *Compendio de reglas procesales*. Rosario, Argentina: Ediciones Zeus.
- Peyrano, J. (2004). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores.
- Quintero, M. Á. (2012). *La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del Estado*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, maestría en Derecho administrativo.
- Resolución 1995. (1999). *Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica*. Bogotá D.C.: Ministerio de Salud de Colombia.
- Rosenberg, L. (1956). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ruiz, W. (s.f.). *Plan nacional de formación de la rama judicial. Programa de formación judicial especializada para el área contenciosa administrativa*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. .

- Saavedra, R. (2003). *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sarmiento, M. J. (2012). La Responsabilidad Civil Médica: Una visión sociológica y Jurídica del problema. *Revista Médico-legal* año XVIII n°1, 14-17.
- Serrano, L. (2000). *Nuevos conceptos de Responsabilidad Médica*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley.
- Serrano, L. (2012). *El Régimen Probatorio en la Responsabilidad Médica*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Tamayo, J. (1983). *De la Responsabilidad Civil*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Tamayo, J. (2003). *Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo; análisis doctrinal y jurisprudencial*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Tamayo, J. (2011). *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Vázquez, R. (2009). *Prueba de la culpa médica*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Yepes, S. (1992). *La Responsabilidad Civil Médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.