



Título: Rastros de restos serie 11

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***LA CARGA DINÁMICA
DE LA PRUEBA
EN LA RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD
MÉDICA -DECAIMIENTO
DE SU APLICABILIDAD-***

Fecha de recepción: septiembre 23 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 16 de 2011

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD MÉDICA -DECAIMIENTO DE SU APLICABILIDAD-

Juliana Pérez Restrepo

RESUMEN:

La carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue empleada por el Consejo de Estado para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, en el período comprendido entre los años 1990 y 2006, dada la dificultad que representaba para el paciente probar los hechos constitutivos de la falla del servicio médico estatal. En su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, esto es, la presunción permanente de la falla del servicio. Luego, se unificaron conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos, y no a través de la petrificación de una regla de prueba. Empero, en el año 2006 esta modalidad de carga procesal fue abandonada para retornar a la falla probada, en la cual el accionante debe probar todos los supuestos fácticos de la demanda, tomando gran vuelo la prueba indiciaria. En este escrito, por lo tanto, se expondrán las causas que ocasionaron dicho cambio de cargas procesales, y algunas críticas a este respecto.

Palabras clave: Carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, responsabilidad médica administrativa, falla del servicio, prueba indiciaria.

DYNAMIC CHARGE OF PROOF IN THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR THE MEDICAL ACTIVITY -DESPONDENCY OF ITS APLICABILITY-

ABSTRACT

Dynamic charge of proof is a theory of probative law that assigns the charge of proof to the part proceedings with more access to do. This was used by the State Council to resolves cases of administrative responsibility by the medical activity, between 1990 and 2006 years, because it was difficult for the medical patient proof the facts constitutes of the state failure in medical service. In its first stage, the dynamic charge of proof was used, but with the permanent presumption of service failure. Later, the concepts were unified to determine that dynamic charge of proof should be applied following their guidelines. However, in the 2006 year, that was left for returned to the failure proven in which the petitioner must prove all facts of the claim, in this the circumstantial evidence is very important. In this text, we are going to show the reasons that cause the change.

Keywords: Charge of proof, dynamic charge of proof, medical administrative responsibility, failure of the service, circumstantial evidence.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD MÉDICA -DECAIMIENTO DE SU APLICABILIDAD-

Presentación

Este artículo es producto de la actividad encomendada en el proyecto de investigación, cuyo título original es “*La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica*”, que tiene acta de iniciación del 11 de abril de 2007 y se inscribió tanto en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, como en el CODI de la misma Universidad.¹

El desarrollo del artículo comprende, en una primera parte, la concepción teórica acerca de la carga de la prueba y de la carga dinámica de la prueba. En el segundo acápite se aborda el tema del origen y la evolución de la carga dinámica de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano. En el tercer acápite, se efectúa una descripción histórica de los sucesos relacionados con la pérdida de fuerza de la carga dinámica de la prueba, como modalidad de carga procesal aplicada por el Consejo de Estado, para decidir sobre los casos de responsabilidad estatal por falla del servicio de salud, y se plantean algunas críticas atinentes a esta cuestión.

La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -Decaimiento de su aplicabilidad-

1 Los partícipes de este trabajo de investigación son los siguientes profesores y estudiantes:
Investigador principal: Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Co-investigadores: Rosmery Velásquez Herrera, Oscar Alberto García Arcila, Adriana María Ruiz Gutiérrez y Víctor Alonso Pérez Gómez. Asesora metodológica: Águeda Torres Marín. Estudiante en formación y auxiliares: Yeison Manco López, Alejandra Ortiz Fernández, Juliana Pérez Restrepo y Jesús David Polo Rivera.

1. ¿Qué es la carga dinámica de la prueba?

1.1 Generalidades del concepto “carga de la prueba”

Antes de introducirnos en la carga dinámica de la prueba debemos acercarnos al concepto originario, esto es, la carga de la prueba. El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil señala que: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...*”. En palabras simples, esta norma señala que las partes, si aspiran sacar adelante cada una de sus pretensiones y excepciones, o su defensa en general, pueden aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma. Esta norma, es el fundamento legal de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico.²

La carga de la prueba, como la define PARRA,

Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

*...no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte.*³

Asimismo, ROSENBERG plantea:

*Las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan 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 esta instrucción dada al juez acerca del 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.*⁴

(...)

2 En materia estatal constituye la llamada falla probada del servicio.

3 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 242.

4 ROSENBERG, Leo. La carga de la Prueba. Montevideo: B DE F, 2002, Pág. 7.

*(...) cada parte tiene la carga de la afirmación y de la prueba con respecto a los presupuestos y las características o el estado de cosas relativos a las normas jurídicas que le son favorables, esto es, de las normas sin cuya aplicación la parte no puede tener éxito en el proceso.*⁵

Otro autor fundamental para la definición de este tópico es MICHELI, quien afirma que: *“La tradición romana, recibida por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado.*⁶

Para MICHELI,

La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para un fin jurídico alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma. La no observancia de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a una sanción económica; y precisamente la no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado.⁷

(...)

La regla de la carga de la prueba tiene (...) como su principal destinatario al juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, el proceso.⁸

Se puede resumir la carga de la prueba en tres puntos: a) poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar el propio convencimiento; b) deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios; y c) necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o del rechazamiento de la demanda.⁹

5 Ibid. Pág. 198.

6 MICHELI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961, Pág. 59.

7 Ibid. Págs. 60-61.

8 Ibid. Pág. 213.

9 Ibid. Pág. 104

De otra parte, para saber qué se entiende por carga de la prueba es indispensable, según DEVIS, distinguir los dos aspectos de la noción, a saber:

1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una les interesa probar (...), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.¹⁰

Por tanto, para DEVIS la carga de la prueba es: “...una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar; cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.”¹¹

Para este último autor, su concepto de carga de la prueba armoniza con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, a cada parte le incumbe demostrar lo que le atañe según sea el caso, lo que puede evidenciar que el contenido de la carga dinámica de la prueba no coincide con sus postulados en la materia. Reitera:

(...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso. Se exige que aparezca la prueba, más no importa quién la aduzca. De ahí que consideramos incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; sólo cuando no aparece ésta, corresponde determinar la parte que debía evitar su omisión. Es decir: indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él, pero si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta. Si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo.¹²

10 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis, 2002, Pág. 405.

11 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, Pág. 197.

12 Ibid. Pág. 198.

Así, vimos en qué consiste la carga de la prueba. En el acápite siguiente, se expondrá cómo dicha carga se modifica a través del dinamismo probatorio.

1.2 CONSIDERACIONES ACERCA DE LA “CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA”

La carga dinámica de la prueba es una tesis que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por PEYRANO¹³, quien en su obra “*Cargas Probatorias Dinámicas*”, la que comparte con otros autores, elabora toda una sistematización al respecto. Esta tesis sustenta que “*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.*”¹⁴

De la misma forma, en la obra de PEYRANO se sostiene: “*Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.*”¹⁵

Una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba, consiste en que ésta es “*una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla*”¹⁶. Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo.

Lo anterior, es corroborado por TAMAYO, el cual afirma que:

13 VALENTÍN, Gabriel. Análisis Crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. [En línea]: http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf [Marzo 17 de 2011].

14 PEYRANO, Jorge Walter, *et al.* Cargas Probatorias Dinámicas. *Op. Cit.*, Pág. 60.

15 *Ibid.* Pág. 60.

16 BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista Temas Jurídicos. N° 11, 1995, Pág. 16.

No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto.¹⁷

La carga dinámica de la prueba es, finalmente, una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos, en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras, el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba.

En Colombia la carga probatoria dinámica no ha tenido consagración legal expresa, ha sido de tratamiento jurisprudencial. Empero, en el proyecto de ley de Código General del Proceso, en su artículo 167, se incluye la carga probatoria dinámica, a saber: “*Artículo 167.- Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. **No obstante, cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos.** (...)”.* Negrilla y subrayado fuera del texto.

Por tanto, el nuevo Código General del Proceso traería consigo esta innovación. En este proyecto de ley se manifiesta:

“El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de

17 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993, Pág. 91.

*conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho.*¹⁸

Después de todo surge el siguiente interrogante: ¿Qué críticas ha merecido el concepto de carga probatoria dinámica? Entre otros autores, TAMAYO, citado arriba, hizo críticas al Consejo de Estado por la posición que éste asumía en torno al manejo del concepto en cuestión. Tal crítica se basó en que, primero, se rompía la regla general según la cual la carga de la prueba la tiene el demandante, pues el demandado no tiene porqué acudir al proceso a probar (salvo cuando propone excepciones), segundo, la carga dinámica de la prueba se convierte en violatoria del derecho de defensa, del debido proceso, porque si la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba la realiza el juez, quien acude al proceso jurisdiccional, de antemano, no sabe cómo razonará este al momento de decidir, y perfectamente la parte demandada puede ser sorprendida con la declaración de que tenía la carga de la prueba y no probó.

Desde otra óptica, Sergio José Barberio¹⁹ manifiesta que todo litigante:

*“no puede hoy día ignorar la plena vigencia de esta nueva doctrina (...). Por tal razón no hay en verdad “sorpresas”, pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria (que por supuesto le consta de antemano) y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio, deberá aceptar que dicha estrategia conducirá -muy probablemente- a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada. (...) En ninguno de los supuestos se aprecia indefensión hacia quien “podía” probar, mantuvo silencio y no lo hizo.”*²⁰

Esta perspectiva muestra otra concepción con respecto a la carga dinámica de la prueba, mostrándola como pertinente en el proceso judicial. Una posible tercera posición, podría significar que la carga dinámica de la prueba no debe emplearse de manera indiscriminada, si no de manera excepcional, esto es, como excepción a la regla general de la distribución de la carga de la prueba, preceptuada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y sólo en casos donde la aplicación rígida de esta norma lleve a resultados inocuos.

18 Proyecto de Ley de Código General del Proceso. Ministerio del Interior y de Justicia.

19 PEYRANO, Jorge Walter, *et al. Op. Cit.* Págs. 106-107.

20 *Ibíd.* Págs. 106-107.

2. La carga dinámica de la prueba. Origen y evolución en Colombia

En nuestro ordenamiento jurídico la carga probatoria dinámica tuvo plena aplicación jurisprudencial en los casos en los que se debatía la responsabilidad médica en lo contencioso administrativo²¹.

Hasta el inicio de la década de los noventa, en casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica²², era imperativo que quien demandaba aportara las pruebas que acreditaran la falla del servicio en el acto médico²³, con el fin de que sus pretensiones salieran adelante; esto comportaba el régimen de la falla del servicio probada²⁴. Esta situación implicaba que en muchas ocasiones, las demandas fueran infructuosas puesto que para el actor era de imposible consecución dichas pruebas en tanto que escapaban de su esfera de conocimiento. En sentencia del 24 de Octubre de 1990²⁵ el Consejo de Estado²⁶ indicó que la prueba de la diligencia y cuidado incumbía al demandado en los casos de responsabilidad médica. Se generó, entonces, una presunción de falla del servicio médico, presidiendo así en estos tiempos el régimen de la falla del servicio presunta.

Se hace aquí una precisión conceptual. En ambos regímenes, esto es, el de falla probada y el de falla presunta, se deben establecer tres elementos, a saber: hecho dañoso, daño antijurídico y nexa causal. La diferencia radica en la titularidad de la carga de la prueba, en tanto en el régimen de falla probada del servicio, la carga probatoria opera conforme los principios generales de la carga de la prueba regulada en el Código de Procedimiento Civil, es decir, el demandante tiene la carga de probar todos los hechos aducidos en sus pretensiones, para así configurar la responsabilidad de la entidad pública demandada. Mientras que en el régimen de falla presunta del servicio, se invierte la carga probatoria, dado que el demandante sólo debe probar el hecho dañoso y la relación de éste con el acto u omisión de la

21 También en los casos de lesiones con arma de fuego de dotación oficial y en actividades de alto riesgo o peligrosas.

22 La responsabilidad del Estado por los perjuicios que ocasione, está fundamentada en el artículo 90 Constitucional, el cual dice que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)”.

23 La falla del servicio médico hospitalario ha tenido diversos tratamientos, relacionados con el contenido formal o material de la carga de la prueba.

24 En este régimen se exigía que el demandante aportara las pruebas necesarias a fin de que sus pretensiones prosperaran, por ser el servicio médico asistencial una obligación de medio, y con la sola existencia del daño no era dada la presunción de la falla del servicio.

25 Esta puede denominarse una sentencia “hito”, de acuerdo con Diego E. López M., pues marcó los inicios jurisprudenciales sobre el tema.

26 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Bogotá, D.C., 24 de octubre de 1990. Expediente N° 5902.

administración, creándose una presunción de falla en el servicio, lo que implica que el daño antijurídico se dé como presunto, y que la carga probatoria pase al Estado para desvirtuar dicha presunción con el fin de lograr su exoneración.

A partir de la sentencia del 30 de Julio de 1992²⁷, el Consejo de Estado se refiere a la carga de la prueba en el sentido de conducta de parte, debatiendo un asunto de responsabilidad médica, reafirmando el régimen de la falla presunta. A lo largo de esta sentencia lo que planteó el Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, parafraseado aquí, es lo siguiente: quien en mejores condiciones está para probar que no se actuó de forma negligente o descuidada es la entidad hospitalaria, por tanto es ésta quien tiene que ir al proceso a demostrar la diligencia y cuidado, puesto que las circunstancias conforme ocurren los hechos en el acto médico, con el paciente sedado o dormido, en un quirófano, hacen imposible que este pueda probarlos.

La carga probatoria dinámica comienza a reconocerse con la sentencia del 10 de Febrero de 2000, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez²⁸; sin embargo, inicialmente se concibió como una forma estática de invertir la carga de la prueba y generar una presunción de falla en el servicio médico estatal. Por su parte, en sentencia del 24 de Agosto de 1992²⁹ la Sala menciona un dinamismo en la carga de la prueba determinándose aquí que la falla presunta no traslada en su totalidad la carga probatoria, sino que la distribuye según los criterios del juez.

Luego, en sentencia del 08 de Mayo de 1997³⁰, el Consejo de Estado unifica conceptos en cuanto a la forma de imputación de la falla presunta médica, planteando que la presunción de falla del servicio médico no se extiende ni a la relación causal ni al daño, y que el juzgador debe ponderar prudentemente todas las circunstancias del caso para establecer hasta qué punto la falla causó o contribuyó necesariamente a ocasionar el daño. La Corporación indica que cada parte probará lo que le corresponda.

Ulteriormente, el Consejo de Estado³¹ en el año 2000 advirtió que la teoría de la carga dinámica de la prueba (sustentada en el principio constitucional de equidad)

27 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., 30 de julio de 1992. Expediente N° 6897.

28 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878.

29 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754.

30 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 08 de mayo de 1997. Expediente N° 11220.

31 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878.

no debía tratarse como regla general y que había que analizar el caso concreto para determinar su operatividad o no. La Sala arguye que los principios por los que se optó inicialmente por dicha teoría no son inmutables, esto es, se indica que la falla presunta no puede ser estática sino que debe analizarse el caso concreto para establecer quién está en mejores condiciones para probar los hechos respectivos.³²

Seguidamente, la sentencia del 22 de Marzo de 2001³³ presenta una novedad según la cual es posible, en el marco de la teoría del dinamismo probatorio, la no exigencia de una certeza científica del nexo o relación causal, sino un grado suficiente de probabilidad de su existencia.

Sin embargo, más tarde, la sentencia del 31 de Agosto de 2006³⁴ resquebrajó la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal para decidir los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, considerándose que en adelante las decisiones se tomarían con fundamento en la regla de prueba de falla probada, tomando especial relevancia la prueba indiciaria. Se excluyó, entonces, la carga dinámica de la prueba toda vez que se advirtió que el acogimiento de esa regla probatoria traía mayores dificultades que soluciones, a su vez que, con la aplicación de la falla presunta en determinados casos, se marginaban del debate probatorio asuntos muy relevantes. Se volvió, por ende, a la exigencia de la prueba de la falla del servicio por parte del actor como regla general. Igualmente, en esta sentencia se plantea que cuando resultare imposible esperar certeza o exactitud del vínculo causal, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”. Se han recogido, pues, las reglas jurisprudenciales de presunción de falla médica o de la distribución de las cargas probatorias, para acoger nuevamente la regla general de falla probada, donde la prueba indiciaria cobra particular importancia, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se aduce que con este criterio, además de ajustarse a la normatividad vigente, el proceso resulta más equitativo.

Para el presente artículo esta última sentencia es esencial, pues fue donde declinó la carga dinámica de la prueba, y la que produjo un cambio jurisprudencial para decidir los casos aludidos. Hasta el momento actual la jurisprudencia sigue obedeciendo este precedente, no sin ser objetada la argumentación que llevó al

32 Inclusive, en jurisprudencia del Consejo de Estado posterior al año 2000, acerca de la carga dinámica de la prueba, se ha planteado que cuando el paciente se encuentra en estado de recuperación tiene mayor facilidad para aportar las pruebas respectivas.

33 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2001. Expediente N° 13166.

34 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

mencionado cambio, por el magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero, como veremos más adelante.

Así, pudimos constatar que la carga dinámica de la prueba tuvo un intenso desempeño en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Inicialmente, dicha carga dinámica probatoria se insertó con el propósito de morigerar la tradicional carga de la prueba, con principios de equidad y facilidad probatoria para las partes, que redundaban también en beneficio del proceso viéndose éste como un medio para establecer la verdad jurídica. No obstante, esta regla de prueba desde el año 2006, fue aislada del sistema jurídico rector en lo referente a la responsabilidad administrativa por el servicio médico asistencial, debido a diversos motivos profundizados en el capítulo subsiguiente.

3. Decaimiento de la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal aplicable

3.1 Exclusión de la carga probatoria dinámica

Se puede afirmar que la carga dinámica de la prueba permanece vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, en el ámbito civil, laboral, contencioso-administrativo, y hasta se ha hecho mención de la misma en materia penal. Sobra decir que este artículo se interesa por la operatividad de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el campo contencioso-administrativo, y se plantea que en éste continúa vigente en relación a lo expresado por el Consejero Enrique Gil Botero quien, en varias providencias del Consejo de Estado sobre el tema, ha manifestado salvamentos y aclaraciones de voto. Esto último, será ampliado al final de este capítulo después de haber detallado la inoperancia de aquella teoría; inoperancia predicada por los demás integrantes de esta alta corporación.

De otro modo, también se podría aseverar cierto dinamismo en la carga de la prueba si se parte de la esencia de su definición, dada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. De esto se puede interpretar que ambas partes deben poner a disposición del juez las pruebas que respalden sus intereses con el objetivo de no correr con las consecuencias negativas que de su ausencia se derivarían, es decir, se pone de presente un activismo probatorio que impulsa el proceso para el establecimiento de la verdad jurídica.

Ahora bien, uno de los puntos neurálgicos en la historia de la teoría de la carga dinámica de la prueba, en materia de responsabilidad administrativa por el acto

médico, es precisamente su recogimiento “formal” de la jurisprudencia del Consejo de Estado (formal, en concordancia con las apreciaciones del Consejero Enrique Gil Botero), lo que originó el retorno a un régimen de responsabilidad anterior para el abordaje de la labor probatoria, pretendiéndose con ello mayor eficiencia y eficacia en la resolución de los conflictos suscitados en esta materia.

Al respecto, en sentencia del 31 de Agosto de 2006 el Consejo de Estado hace la siguiente afirmación:

*(...) de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica 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.*³⁵

Nótese que en esta sentencia se excluye la institución jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, para ocupar su lugar la falla probada y la prueba indiciaria, donde ésta última toma una elevada importancia. Inclusive, en distintas ocasiones, los indicios resultantes de la conducta procesal de las partes determinan las decisiones judiciales. Sobre este tenor se encuentra que:

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

*Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.*³⁶

35 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

36 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

En particular, según DEVIS, el indicio está conformado por un hecho indicador (conocido) y la operación lógica crítica por la cual el juez deduce, con respecto a ese hecho indicador, el hecho indicado (desconocido), razonamiento basado en las máximas de experiencia de carácter común o científico³⁷. La prueba indiciaria no tenía mayores incidencias en la etapa de aplicación de la carga probatoria dinámica. Empero, como se acaba de mencionar, esto cambió en el 2006, pues a partir de este año el demandante tiene la carga de probar todos los supuestos fácticos planteados en la demanda, con la preeminencia del medio indiciario, pudiendo el juez derivar indicios en contra de las partes, inclusive, de su conducta procesal, haciéndose innecesario acudir al dinamismo de la carga de la prueba.

Podemos ver entonces, cómo las dificultades probatorias en esta materia se pueden resolver, según el Consejo de Estado, a través de una adecuada valoración de todas las pruebas obrantes en el proceso, dándose especial importancia al indicio, con la prescindencia de la teoría de la carga probatoria dinámica.

3.2 Razones y argumentos del Consejo de Estado para suprimir la carga dinámica de la prueba³⁸

1. Se retira la carga dinámica de la prueba y se acoge de nuevo el régimen de la falla probada, por cuanto el Consejo de Estado considera que éste último resulta más equitativo.
2. Se aduce que el régimen de la falla probada se ajusta a la normatividad vigente, mientras que la carga dinámica de la prueba ha sido una creación de índole jurisprudencial que debe replantearse.
3. Cuando hay lugar a presumir la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos muy relevantes, tales como la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente.
4. Cuando la falla se presume, se traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones impersonales en las que se presta el servicio en las instituciones públicas, hacen muy difícil la demostración de todos los actos en los que dicho servicio se materializa.

37 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. *Op. Cit.* Pág. 587.

38 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

5. Se determinó que la aplicación de la carga dinámica de la prueba traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para este momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, las que regularmente son muy incipientes.
6. La posición presentada en el anterior numeral, ha sido controvertida por los defensores de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria. No obstante, el mismo Consejo de Estado señaló que no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley, para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.
7. Asimismo, se asevera que no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su sólo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes, como consecuencia de la prestación del servicio médico.
8. La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o por su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, en materia de responsabilidad estatal encuentran su solución con una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso (en particular de la prueba indiciaria), con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias, y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

9. Si se analizan los casos concretos se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones por lo general, sino en todos los casos, han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes.

Se observaron, pues, las razones y argumentos que dieron lugar a la supresión de la carga dinámica de la prueba. De acuerdo a los anteriores puntos, se procede a efectuar las siguientes anotaciones:

- En primer lugar, vemos cómo la mencionada “equidad” es avocada para justificar el cambio jurisprudencial, al igual que cuando se implementó, precisamente, la carga dinámica de la prueba, toda vez que en su momento se manifestó que en específico para los casos en los que se debatía la responsabilidad médica, era una gran limitante para el actor demostrar lo ocurrido en el acto médico puesto que, en la generalidad, el paciente o su familia carecían de conocimientos científicos y técnicos para desarrollar una actuación acorde con sus pretensiones, y que por ello era equitativo que el juzgador definiera quién debía probar con dependencia de su condición probatoria privilegiada; tesis que se agotó para volver a la sujeción de la norma legal, en la cual se exige que el demandante debe demostrar los hechos que aduce para la prosperidad de su demanda.
- De otra parte, se observa que la aplicación de la falla probada del servicio también margina del debate probatorio elementos fundamentales para la actividad probatoria, verbigracia, en el supuesto en que de la conducta procesal de las partes no se infieran indicios en contra de las mismas. Se debería, entonces, de acudir a la totalidad del acervo probatorio en el cual, eventualmente, podría presentarse ausencia de pruebas por parte del paciente (o su familia), quien estuvo sedado en el quirófano, posiblemente sin conocimientos médicos, y ante este panorama su actuación probatoria precaria desencadenaría en resultados adversos para sus pretensiones. También aplicaría el ejemplo, cuando se alude a la lealtad que asiste a las partes en el proceso, pues en caso de que no haya inferencia de indicios en contra de alguna de las partes, del mismo modo no se debería abortar la exigencia de que ambas partes procesales aporten las pruebas que permitan el esclarecimiento de los hechos.
- En el numeral tercero de este capítulo, se plantea que cuando se presenta la presunción de la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos como omisiones, retardos o deficiencias; y en el nueve se traza que a pesar de que se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, en la generalidad, sino en todos los casos, las decisiones han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes. A raíz de esto, surge el siguiente interrogante: ¿Enton-

ces cuál es verdaderamente el problema del régimen de la falla presunta (o la carga dinámica de la prueba), si se dice que éste no es óbice para una decisión apegada a hechos probados?

- Por último, en cuanto al cuatro, se puede apuntar que si se asiente en que los casos de responsabilidad médica son difíciles por sí, pues la medicina es una ciencia con alto nivel de complejidad, y a esto se le suma que se admita que la atención o servicio en las instituciones públicas de salud es masiva, y por tanto impersonal, entonces, en consecuencia, también hay que reconocer que la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo.

3.3 Críticas a los motivos excluyentes de la carga dinámica de la prueba

Como vimos, la carga probatoria dinámica fue abandonada como modalidad de carga procesal para los casos de responsabilidad médica estatal, reanudándose la falla probada, y donde toma gran valor la prueba indiciaria. Empero, la argumentación desarrollada para fundamentar el recogimiento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas no fue de recibo para todos los consejeros del Consejo de Estado, pues en el caso del Consejero Enrique Gil Botero se presenta un desacuerdo al respecto en varios pronunciamientos, en los cuales se manifiesta mediante distintas aclaraciones y un salvamento de voto, relacionados en seguida.

En las providencias del 18 de Julio de 2007 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)³⁹ y del 30 de Julio de 2008 (M.P. Myriam Guerrero de Escobar)⁴⁰, Enrique Gil Botero desarrolla aclaraciones de voto donde sienta una verdadera divergencia con los argumentos planteados en estos pronunciamientos, en los cuales se ratifica lo dicho en la sentencia del 31 de Agosto de 2006⁴¹. Este magistrado no admite que la máxima del derecho romano "*actori incumbit onus probandi*"⁴² se convierta en una cortapisa inamovible, inmodificable y petrificada que no permita reconocer y ponderar en cada caso concreto, quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica, se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten entre demandante y demandado en un determinado

39 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

40 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

41 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

42 Principio según el cual quien alega los hechos le corresponde probarlos.

proceso⁴³. En consecuencia, aduce que no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba a través de postulados inflexibles, como quiera que el derecho en sí mismo reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como los indicios, las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros.⁴⁴

A la par, en las aclaraciones de voto antes señaladas, Enrique Gil Botero considera que el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio, con los avances de las ciencias naturales y sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación. De otra parte, señala que contrario a lo afirmado en las providencias sobre las cuales recaen dichas aclaraciones de voto, la Sala no ha recogido la tesis de distribución de las cargas probatorias, como quiera que existe un número plural de providencias, todas ellas proferidas en el año 2006, en las cuales, contrario a lo afirmado, se reconoce la posibilidad de que en ciertos eventos opere el dinamismo de la carga probatoria para verificar qué extremo de la litis ostenta una mejor condición para acreditar determinado conocimiento, evento o circunstancia⁴⁵, pues salta a la vista la excepción consistente en que el demandado debe demostrar la falla del servicio médico asistencial si posee la facilidad para hacerlo, y cuando “resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible” que el demandante lo haga. Cuestión que Enrique Gil Botero considera una evidente paradoja.⁴⁶

Del mismo modo, Enrique Gil Botero considera que la sentencia del 31 de Agosto de 2006 (M.P.: Ruth Stella Correa Palacio)⁴⁷ reduce el ámbito de la responsabilidad médica a la falla probada, y limita la apreciación probatoria del juzgador. Pero, en efecto, si se analizan con detenimiento las consideraciones planteadas en dicha providencia, las mismas señalan que la regla general es que corresponda a la parte demandante la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad,

43 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

44 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

45 *Ibid.*

46 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

47 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

incluida la falla del servicio, salvo que, de conformidad con el artículo 230 de la Carta Política (criterios de equidad), se requiera alivianar, de manera excepcional, dicha carga probatoria.⁴⁸

También, refiere que el estatismo o rigidez de la carga probatoria, en ciertas ocasiones, puede conducir a situaciones injustas, máxime si se tiene en cuenta la situación socioeconómica del país, donde el acceso a determinados instrumentos de convicción (mecanismos probatorios, como por ejemplo los científicos) resulta bastante complejo. Por lo tanto, no se trata de establecer fórmulas predeterminadas en asuntos de responsabilidad médica, sino de que el juez en aplicación de criterios o principios de ponderación y proporcionalidad determine en cada caso concreto cuál debe ser la distribución probatoria, en términos dinámicos, que debe regular el trámite procesal específico, como quiera que es posible que una de las partes, en condiciones cognitivas, se encuentre en un evento que lo sitúe en una mejor posición a efectos de poder acreditar determinado hecho o conducta relevante. En estas condiciones, postulados como el de igualdad material ante la ley, solidaridad y equidad, podrían servir de fundamento a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.⁴⁹

Por lo anteriormente expuesto el Magistrado Enrique Gil Botero, en sus aclaraciones de voto⁵⁰, indica que no se ha adoptado un criterio claro en relación con la materia objeto de análisis, motivo por el cual no es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de que el juez dé una efectiva aplicación a la teoría de las cargas probatorias dinámicas⁵¹; señala, además, que se debe fijar clara y expresamente la posición sobre la carga de la prueba en esta materia, dado que el Consejo de Estado debe trazar líneas jurisprudenciales definidas con el fin de evitar inconsistencias en el análisis del derecho por parte del ente jurisdiccional.⁵²

48 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

49 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

50 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

51 *Ibíd.*

52 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

En último lugar, en sentencia del 18 de Febrero de 2010 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)⁵³, en la cual Enrique Gil Botero sostuvo salvamento de voto; en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19074 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)⁵⁴ y en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19276 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)⁵⁵, en las cuales aclaró su voto, este magistrado reitera su posición:

“...en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta a contradicciones, adopte un sistema probatorio de principio en materia médico - hospitalaria que sin desconocer o subvertir los fundamentos estructurales de la responsabilidad, reconozca el difícil escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado.”⁵⁶

Puede verse claramente, a partir de estas afirmaciones, cuál es la posición del Consejero Enrique Gil Botero frente al supuesto desuso de la teoría de la carga dinámica de la prueba, y la inconveniencia, a su parecer, de acoger nuevamente la rigidez de la carga de la prueba tradicional, de tal manera que el demandante pueda verse en difíciles situaciones para allegar al proceso pruebas que por su naturaleza sean inaccesibles para él. Y de otro lado, esboza una fuerte crítica en cuanto a la falta de univocidad de criterios, lo que genera una incertidumbre para la interpretación del derecho en esta materia.

Conclusiones

- El concepto de “carga dinámica de la prueba” permite que el juez decida bajo la premisa de que prueba quien esté en mejores condiciones de hacerlo; rompe la regla clásica del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Esta teoría

53 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866.

54 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19074.

55 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19276.

56 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19074; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19276.

permeó nuestro ordenamiento jurídico a pesar de la infinidad de críticas, lo que no la hace despreciable, aún cuando se afirme que su vigencia ha caducado.

- Se podría importar aquí una crítica muy notoria, según la cual las altas cortes colombianas, en algunas circunstancias, “legislan”, pues ni el régimen de la falla presunta ni la carga dinámica de la prueba han estado consagrados legalmente.
- Se considera que es un gran retroceso el haber excluido la carga dinámica de la prueba del marco de regla de prueba, puesto que para los casos específicos de responsabilidad administrativa por la actividad médica estaba determinada su aplicabilidad, lo cual no tomaba de sorpresa a la parte demandada; y sí constituye una grave desventaja para el paciente o su familia, carentes de conocimientos técnicos y científicos para defenderse y probar a cabalidad en el proceso. Con la vigencia de la carga dinámica de la prueba la equidad y facilidad probatoria eran efectivas.
- Se ha debatido en cuantiosa doctrina que la prueba indiciaria no es autónoma, que los indicios deben estar respaldados de otros medios probatorios para ser eficaces; empero, el cambio jurisprudencial los acoge como prueba reina para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, aunado esto a la probabilidad preponderante. Se aclara que la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que la prueba indiciaria es una prueba que se construye con fundamento en las demás pruebas que obran en el proceso; sin embargo, en muchas ocasiones las decisiones son adoptadas sólo con base en un conjunto de indicios.
- Por criterios de equidad y de facilidad probatoria en los casos de responsabilidad médica, de una parte, la entidad pública en cabeza del equipo médico debería probar que en la intervención quirúrgica hubo diligencia y cuidado, pues es él quien posee el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para explicar lo que sucedió en el acto médico; esto en caso de establecerse que la entidad pública era quien estaba en mejores condiciones de probar. Y de otra parte, si se definiera que quien estaba en mejores condiciones para probar era la parte demandante, entonces será ésta quien correrá con los efectos negativos de la sentencia, en el supuesto de no haber aportado las pruebas pertinentes. Concluyéndose así, que el modelo que mejor apuntala la resolución de esta especie de conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos, es el de las cargas probatorias dinámicas.
- La equidad no puede tomarse como un concepto retórico, debe analizarse, en los casos de responsabilidad médico asistencial los cuales se consideran especiales por sus condiciones técnicas y científicas, quién realmente se encuentra en cir-

cunstancias favorables para acudir al proceso a probar, lo que se acondiciona a los postulados de la carga dinámica de la prueba, sólo así, desde una postura personal, se logra un tratamiento equitativo dirigido a las partes procesales, enfrentadas en un conflicto jurídico de esta categoría.

- No puede aceptarse como certeza incuestionable que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no tenga cabida en el ordenamiento jurídico colombiano, so pena de caer en el dogmatismo.
- En presencia de la posibilidad de construir indicios a partir de la conducta procesal de las partes a cargo del juez, es menester el análisis en cada caso en concreto acerca de la conducta pasiva la entidad de salud, en tanto rige actualmente el régimen de falla probada del servicio, puesto que su actitud en el proceso se limita a esperar que se pruebe la falla, lo que va en contra del principio de lealtad procesal, mayormente cuando es la demandada la que, por regla general, tiene el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para develar los hechos y procedimientos llevados a cabo en el acto médico.
- Se admite que los casos de responsabilidad médica son difíciles por su misma naturaleza, además de la atención o servicio en las instituciones públicas de salud de forma impersonal; por tanto, la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo.
- Los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica se deciden actualmente conforme al régimen de falla probada del servicio, el cual se ajusta a la normatividad legal vigente (artículo 177 del C.P.C.); esto último como una de las razones que dieron lugar a la supresión de la carga probatoria dinámica. Quedan entonces los siguientes interrogantes: ¿Qué pasaría si el proyecto de ley de Código General del Proceso fuera aprobado, teniendo en cuenta su artículo 167? ¿Se retornaría a la carga dinámica de la prueba, en tanto quedaría consagrada como norma legal?

Bibliografía

- BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: *Revista Temas Jurídicos*, N° 11, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1995, Págs. 16-38.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. 352 p.

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis, 2002. 738 p.
- MICHELI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961. 591p.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004. 739 p.
- PEYRANO, Jorge Walter, *et al.* Cargas Probatorias Dinámicas. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. 638 p.
- ROSENBERG, Leo. La carga de la Prueba. Montevideo: B DE F, 2002. 460p.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993. 404 p.
- VALENTÍN, Gabriel. Análisis Crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. [En línea]: http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf [Marzo 17 de 2011].

Jurisprudencia

- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Gustavo De Greiff Restrepo*, Referencia: Expediente N° 5902, Fecha: 24 de Octubre de 1990.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Daniel Suárez Hernández*, Referencia: Expediente N° 6897, Fecha: 30 de Julio de 1992.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Carlos Betancur Jaramillo*, Referencia: Expediente N° 6754, Fecha: 24 de Agosto de 1992.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Carlos Betancur Jaramillo*, Referencia: Expediente N° 11220, Fecha: 08 de Mayo de 1997.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Alíer Eduardo Hernández Enríquez*, Referencia: Expediente N° 11878, Fecha: 10 de Febrero de 2000.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ricardo Hoyos Duque*, Referencia: Expediente N° 13166, Fecha: 22 de Marzo de 2001.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 15772, Fecha: 31 de Agosto de 2006.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 28106, Fecha: 18 de Julio de 2007.

- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Myriam Guerrero de Escobar*, Referencia: Expediente N° 15726, Fecha: 30 de Julio de 2008.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 17866, Fecha: 18 de Febrero de 2010.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 19074, Fecha: 09 de Junio de 2010.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 19276, Fecha: 09 de Junio de 2010.

Otras fuentes:

Constitución Política de Colombia

Código Civil Colombiano

Código de Procedimiento Civil Colombiano

Proyecto de Ley de Código General del Proceso