

LA EVOLUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD
MÉDICA.

ANDREY RODRIGUEZ BARBOSA

FUNDACION UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES

BOGOTÁ

AÑO 2015

LA EVOLUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD
MÉDICA.

ANDREY RODRÍGUEZ BARBOSA.

MONOGRAFIA DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO.

DIRECTORA:

NANCY CONSUELO ALVARADO AFRICANO

FACTULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES

BOGOTÁ

AÑO 2015

DEDICATORIA

A Dios por haberme puesto en el camino de esta carrera, que me ha brindado los mejores momentos de mi vida, como las mejores oportunidades laborales que he tenido hasta el momento, A mis Padres por su sacrificio, A mis hijas por cuanto son la razón de mi existir, y por ellas es que doy cada día un paso más hacia adelante.

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos: Dr. Luis Jorge Martínez Motta, fruto de su orientación, hoy estoy recogiendo la cosecha de toda una larga trayectoria de aprendizaje. El Juez 39 Civil Municipal de Bogotá D.C., la Juez 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C., a los Jueces 1, 2 y 3 Ejecución en asuntos de Familia de Bogotá D.C., y a la Juez 14 Civil del Circuito de Medellín – Antioquia con los que trabaje desde el inicio de mis estudios hasta el final de los mismos y de todos ellos aprendí el valor de administrar justicia, complementando mi vida laboral con mi vida profesional. Finalmente a todos mis profesores durante toda la carrera, porque de ellos me llevo un aprendizaje muy valioso de mi Universidad.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----|
| DEDICATORIA..... | 3 |
| AGRADECIMIENTOS | 4 |
| 1. GLOSARIO..... | 6 |
| 1.1. CARGA DE LA PRUEBA:..... | 6 |
| 1.2. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: | 6 |
| 1.3. CONSEJO DE ESTADO:..... | 7 |
| 1.4. FALLA DEL SERVICIO: | 7 |
| 1.5. FALLA PRESUNTA: | 7 |
| 1.6. FALLA PROBADA: | 7 |
| 1.7. RESPONSABILIDAD MÉDICA: | 8 |
| 2. INTRODUCCIÓN..... | 9 |
| 3. JUSTIFICACIÓN. | 13 |
| 4. OBJETIVOS..... | 14 |
| 5. METODOLOGÍA..... | 15 |
| FICHA JURISPRUDENCIAL..... | 15 |
| 6. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. | 16 |
| 7. MARCO JURÍDICO..... | 18 |
| 7.1. CARGA DE LA PRUEBA..... | 18 |
| 7.2. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA..... | 22 |
| 8. EVOLUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA..... | 26 |
| 9. CONSECUENCIAS JURIDICO-PROCESALES. | 39 |
| 10. DERECHO COMPARADO..... | 443 |
| 11. CONCLUSIONES..... | 454 |
| 12. BIBLIOGRAFÍA | 50 |

1. GLOSARIO

1.1. CARGA DE LA PRUEBA:

Tratándose de la definición de parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativo esta ha dicho que la carga de la prueba 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. La carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.”

En conclusión la carga de la prueba es conocida dentro del escenario procesal, como la actitud que tienen las partes para comprobar determinados hechos o presupuestos dentro de un proceso judicial. ¹

1.2. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA:

La carga dinámica de la prueba es la excepción al principio tradicional del *onus probandi*, según el cual quien pretende demostrar algún o algunos hechos tiene el deber de aportar los elementos que así lo acredite. Según la Jurisprudencia del Consejo de Estado la carga dinámica de la prueba se presenta como una excepción a la regla general según la cual, quien alega, prueba; la excepción que este principio consagra consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado.

Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en los que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Septiembre de 2009. MP: Mauricio Fajardo Gómez.

científicos muy puntuales que solo una de las partes tiene el privilegio de manejar.²

1.3. CONSEJO DE ESTADO:

El Consejo de Estado es el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y órgano consultivo del Gobierno. Se divide en cinco secciones y una Sala de Consulta y Servicio Civil y está integrado por 31 magistrados que son nombrados por la Sala Plena del Consejo de Estado de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.³

1.4. FALLA DEL SERVICIO:

la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

1.5. FALLA PRESUNTA:

Consiste en la aplicación de una presunción en contra de la administración, de tal manera que le corresponde al Estado desvirtuar su culpa en el escenario procesal, quedando a su cargo la correspondiente carga exculpatoria.⁴

1.6. FALLA PROBADA:

Es la tesis actual del Consejo de Estado aplicable a los casos de responsabilidad médica adelantados ante la sección tercera, consistente en la demostración de los elementos constitutivos de responsabilidad de parte del Estado de parte del

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2011. MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

³ CONSEJO DE ESTADO. Quienes Somos. [En línea]. [s.l.]. [s.n.]. [Consultado el 17 de Febrero de 2015]. Disponible en: http://www.consejodeestado.gov.co/nuestra_entidad.php

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 1995. MP Consuelo Sarria Olcos.

extremo demandante; su conducta es encaminada al cumplimiento del principio tradicional de *onus probandi*.⁵

1.7. RESPONSABILIDAD MÉDICA:

Es la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica.

La Responsabilidad Médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión; sin embargo, el médico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables –ética y legalmente-, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen.⁶

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de Febrero de 2011. MP. Jaime Orlando Santofimio.

⁶ DELITOS EN PARTICULAR. Responsabilidad Médica. [En línea]. [s.l.]. [s.n.]. [Consultado el 17 de Febrero de 2015]. Disponible en: <http://delitosenparticular.wikispaces.com/RESPONSABILIDAD+M%C3%89DICA+Y+T%C3%89CNICA>

2. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación pretende explicar al lector cual ha sido la evolución que ha tenido la Carga de la Prueba⁷ en la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, puesto que con el paso del tiempo ha sufrido de algunos cambios que se evidenciarán en el desarrollo de la investigación.

La carga de la prueba empezó a tener variaciones desde el año 1990, cuando en ponencia de Octubre⁸, se hizo una interpretación diferente de la que arrojaba el principio *actor incumbit probatio*, según el cual el demandante le asistía el deber de probar todos los presupuestos que integran la responsabilidad del Estado por la prestación de servicios médico-hospitalarios.

Por primera vez en un pronunciamiento jurisprudencial se dio un viraje de la concepción clásica de la carga de la prueba; allí se pudo evidenciar que en ese caso en concreto no se aplicó el *actor incumbit probatio* o carga de la prueba tradicional, sino que la carga de la prueba le correspondía al demandado, puesto que se presumía la culpa de la demandada y debía desvirtuar esa presunción de culpa que había en su contra.

De la sentencia en mención se rescata notablemente la exigencia del deber que le asiste al extremo demandado de acreditar su exculpación, puesto que la administración es la primera interesada en demostrar que su conducta fue ajustada a los parámetros de la medicina, obrando con diligencia y cuidado. La razón aducida en esa decisión es que un servicio de esa naturaleza debe prestarse de manera oportuna e idónea, y si este no se prestó de esa manera, la primera inferencia del Juez será determinar que hubo un anormal funcionamiento de un servicio público.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Septiembre de 2009. MP: Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. MP Gustavo de Greiff Restrepo.

En el evento de que el servicio médico no se haya prestado bajo esas precisiones anteriores, lo razonable es asociarlo a una culpa o negligencia de parte de quien suministró el mismo, por lo que el prestador del servicio deberá asumir esas consecuencias en la sentencia.⁹

En sentencia de 1992 aún se encontraba vigente la posición de la falla presunta, por medio de la cual se presumía la culpa de la administración. Se resalta de esta decisión que si bien por norma general le corresponde a la parte demandante la carga de la prueba, no es menos cierto que en algunas ocasiones se presentan situaciones que hacen excesivamente difícil que se realicen dichas comprobaciones, como es el caso de las intervenciones médicas y en especial las quirúrgicas.

Los galenos podrán exonerarse de responsabilidad, (puesto que para ellos representa mucha más facilidad), por lo que deberán probar la diligencia, cuidado, eficacia, prudencia e idoneidad aplicadas en el procedimiento médico, lo que le permitirá al sentenciador conocer de primera mano las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir esa conducta en particular.¹⁰

La aplicación de la falla presunta empezó desde el pronunciamiento jurisprudencial dictado en 1992, lo que constituía la aplicación de una presunción a favor del demandante y en contra del Estado, es decir, la carga de la prueba no la tenía el demandante, sino el Estado que debía probar la inexistencia de negligencia médica para obtener una sentencia exculpatoria.

Bajo la anterior premisa, la evolución que tuvo hasta el año 1992 fue impensable, pues implicaba que al Estado se le presumía responsable de los hechos que se le endilgaban, correspondiéndole la carga de probar que actuó con todos los

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. MP Daniel Suarez Hernández.

parámetros que la medicina le exigía o probando la existencia de algún eximente de responsabilidad.

La línea continuaba con ese mismo curso, tanto así que para el año 1996 se seguía hablando de una presunción de culpa en cabeza del Estado, por lo que la Jurisprudencia de ese año afirmaba que en esos juicios de responsabilidad adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo compete al profesional de la salud o a la institución hospitalaria demandada aportar la prueba de haber actuado con diligencia y cuidado de acuerdo a los parámetros que ordena la práctica de la ciencia médica.

De la anterior manera fue como la carga dinámica de la prueba empezó a ser confeccionada, puesto que revolucionariamente fue acogida la tesis según la cual no es absoluto el *onus probandi*, sino que dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular, excepcionalmente puede invertirse la carga de la prueba para que sea el demandado quien pruebe haber actuado de acuerdo a los cánones de la medicina.

Es de resaltar que si bien hay ocasiones en las que puede haber un relevo probatorio, eso no quiere decir que el demandante quede totalmente eximido del deber que le asiste al acreditar la totalidad de los elementos que configuran la responsabilidad del Estado de conformidad con el Art. 90 de la Constitución Política de Colombia¹¹. El relevo probatorio solamente se hace con el propósito de que sean esclarecidos algunos hechos en la demanda, absueltas dudas de

¹¹ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

naturaleza científica que solo el demandado tiene el privilegio de conocer ya que fue quien practicó el procedimiento médico o quirúrgico.¹²

La presunción de culpabilidad, es decir, la carga de la prueba a cargo de la demandada fue aplicada solamente hasta el año 2006 y después de ese año se volvió a la aplicación de la falla probada, según la cual el demandante debía acreditar en el proceso todos los elementos que conforman la responsabilidad del Estado.

Se resalta que hasta el día de hoy esa carga procesal la asume el demandante, quien debe probar todos los elementos de la responsabilidad (falla en el servicio, daño antijurídico y nexo causal), para la concesión de sus suplicas, puesto que donde se discute la responsabilidad en la prestación de servicios médicos hospitalarios, el régimen aplicable es el de la falla del servicio probada. En esa decisión jurisprudencial es visible como la carga de la prueba ha pasado por varias transiciones; desde la falla del servicio presunta, después por la falla probada y seguidamente se planteó la posibilidad de hacer una inversión en la carga de la prueba a lo que se le llamó la carga dinámica de la prueba.¹³

A partir de la anterior decisión, también es dable la interpretación según la cual se puede invertir la carga de la prueba, correspondiéndole al Juez evaluar circunstancias tales como, la capacidad que tiene el demandante de probar los elementos que le corresponde acreditar, y de la capacidad en la que se encuentra el sujeto procesal de afrontar esa carga procesal.

Aparece el principio de la carga dinámica de la prueba, consistente en la facultad que tiene el Juez para relevar al demandante de probar determinadas circunstancias, y asignarle dicho deber a la parte demandada, porque tiene el conocimiento técnico y científico o, porque al momento de la ejecución del

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de Mayo de 1996. MP. Jesús María Jaramillo Ballesteros.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. MP Ruth Stella Correa Palacio.

procedimiento quirúrgico el paciente no se encontraba en condiciones de saber bajo que parámetros se realizó dicha intervención.

3. JUSTIFICACIÓN.

La importancia de la investigación propuesta se cierce sobre la definición y tratamiento de la Carga de la prueba como uno de los elementos fundamentales en el Derecho Procesal, pues permite identificar la conducta que tiene cada una de las partes en el ritual procesal. De igual manera resulta crucial este deber probatorio puesto que depende de la realización de esta conducta el llamamiento a la concesión de las pretensiones del libelo petitorio.

La evolución que ha tenido la carga de la prueba es importante, ya que desde comienzos se daba aplicación al principio general de la carga de la prueba o también llamado *onus probandi*, con sujeción al hoy artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Posterior y radicalmente se cambió a la posición de la presunción de la falla según la cual la Entidad Prestadora del servicio de salud se presumía administrativamente responsable de la negligencia.

La demandada tenía la carga de probar que actuó con diligencia y cuidado o que se presentaron circunstancias de exoneración de responsabilidad. Después se eliminó la presunción de la culpa y en su lugar (y hasta hoy) se da aplicación a la carga de la prueba tradicional (*onus probandi*) dejando a consideración del juez invertir la carga de la prueba.

Es pertinente y necesaria la investigación ya que permite identificar no solo cronológicamente los cambios que ha tenido la carga de la prueba sino que también permite saber cuáles fueron los pronunciamientos hechos por el Consejo de Estado que fueron claves para el cambio de cada una de las posiciones, hasta

la que hoy en día es aplicable en los casos que se adelantan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo anterior se podrá estructurar un análisis contentivo de las circunstancias que dieron origen al cambio de posición en lo que a la carga de la prueba atañe, donde esta investigación traerá como beneficio obtener las razones de fondo que tuvo el Consejo de Estado para que hoy por hoy sea aplicada la carga de la prueba tradicional (*actor incumbit probatio – onus probandi*).

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL:

1. Analizar cuál ha sido la evolución de la Carga de la prueba en los procesos de Responsabilidad Médica adelantados ante el Consejo de Estado desde el año 1992 hasta el año 2014.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

1. Explorar cómo ha sido la aplicación de la carga de la prueba en los casos de Responsabilidad Médica adelantados ante la Sección Tercera del Consejo de Estado.
2. Examinar las consecuencias de la carga dinámica de la prueba en los casos de responsabilidad médica adelantados ante la Sección Tercera del Consejo de Estado.
3. Abordar las implicaciones jurídico - procesales de la evolución de la carga de la prueba en la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde el año 1992 hasta el año 2014.

5. METODOLOGÍA.

1. **Naturaleza:** La investigación que se propone es de naturaleza cualitativa, descriptiva y analítica ya que se pretende abordar conceptualmente la carga de la prueba, su desarrollo y evolución en la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado – Sección Tercera, con el objeto de desarrollar el tema central del trabajo de grado.

2. **Técnica:** La técnica de investigación empleada comprende:
 - Recolección de bibliografía en Bases documentales del Consejo de Estado.
 - Recolección de bibliografía en doctrina disponible.
 - Análisis de toda la bibliografía recolectada para cumplir con el objetivo general de la investigación.

3. **Recursos:** Se tendrán como recursos para el desarrollo de la investigación:
 - Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Tercera.
 - Doctrina disponible sobre el tema de investigación.
 - Medios magnéticos disponibles sobre el tema de investigación.

4. **Análisis:** Para el análisis se elaborarán fichas jurisprudenciales de acuerdo al siguiente esquema:

FICHA JURISPRUDENCIAL

ORGANO – SALA – SECCION

EXPEDIENTE Y FECHA

CONSEJERO PONENTE

PARTES: DEMANDANTE Y DEMANDADO

HECHOS Y DEMANDA

CONTESTACION

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA O RECURRIDA

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO:

Estructura del Fallo

OBITER DICTUM

RATIO DECIDENDI: Fue aplicada, onus probandi, falla presunta o carga dinámica de la prueba.

DECISUM.

SALVAMENTO DE VOTO.

6. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El problema de la presente investigación es determinar cuál ha sido la evolución que ha tenido la carga de la prueba, definida como la actitud que tienen las partes para comprobar determinados hechos o presupuestos dentro de un proceso judicial, que hablando concretamente en la Jurisdicción Contencioso Administrativo esta ha sido determinada como 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 además le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.¹⁴

Esta noción ha surtido variaciones con el paso del tiempo, y la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho varias interpretaciones respecto de la carga de la prueba, quien asume el deber probatorio de acreditar elementos constitutivos de

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Septiembre de 2009. MP: Mauricio Fajardo Gómez.

responsabilidad, si existe o no una presunción legal en contra de una de las partes o si la misma interpretación permite a una de las partes ser relevada de probar determinados hechos cuando no se encuentra en la mejor posición para hacerlo, bien sea por no tener el conocimiento científico o por no haber estado consciente al momento de la intervención médica.

De la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha emergido una evolución de la carga de la prueba utilizando como argumentos la morigeración, liberación de la carga de la prueba, argumentando que cada caso en particular permite identificar circunstancias personales, para lo cual el juez tendrá la facultad de mantener la carga de la prueba en cabeza del demandante o invertir la carga de la prueba y atribuírsela al demandado para disipar toda duda que el juez considere deba ser esclarecida.

El análisis del total de las sentencias permitirá obtener los argumentos aducidos por el Consejo de Estado para el cambio de una posición a otra, de allí que se pueda entrar a analizar los siguientes puntos: Primero, los argumentos en cada sentencia del Consejo de Estado y Segundo; cuales son las implicaciones jurídico-procesales en la interpretación de la carga de la prueba.

Respecto a la evolución que ha tenido la carga de la prueba se rescata que el juez tiene la facultad de trasladar la misma (tradicionalmente recae sobre el demandante), al demandado a lo que la Jurisprudencia le denominó la carga dinámica de la prueba, noción que se plantea como esa alteración a la regla que exige que quien alega algo deberá probarlo, y encarna esa obligación que la ley le impone al demandado a probar hechos o circunstancias dado que tiene el privilegio de estar en mejores condiciones para asumir dicha actitud.

La carga dinámica de la prueba apareja una solución para la Jurisprudencia del Consejo de Estado en esos eventos donde se pretenda el esclarecimiento de uno o más hechos, de aspectos técnicos o científicos muy puntuales que solo una de las partes tiene el privilegio de conocer dicha información. Por lo anterior, es

facultativo del juez decidir si realiza o no la inversión en la carga de la prueba lo que supone dar aplicación a lo que es conocido como la carga dinámica de la prueba¹⁵

El problema que deviene del desarrollo de esta investigación es analizar bajo qué circunstancias históricas la carga de la prueba ha tenido cambios en los diferentes pronunciamientos judiciales del Honorable Consejo de Estado. El interrogante será disipado realizando un análisis que arrojará las razones de muchas decisiones judiciales, implicaciones jurídico-procesales proyectando como resultado el entendimiento de la evolución de la carga de la prueba en el Consejo de Estado.

7. MARCO JURÍDICO.

7.1. CARGA DE LA PRUEBA.

Se define como carga de la prueba aquella actitud en cabeza de cada una de las partes de demostrar los hechos respecto de los cuales se funda su pretensión procesal. La Jurisprudencia del Consejo de Estado en su sección tercera ha dicho que se trata de 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.

La carga de la prueba le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Así pues, esta exigencia procesal expresa las ideas de libertad, autorresponsabilidad, diligencia y de cuidado en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.”¹⁶

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2011. MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Septiembre de 2009. MP: Mauricio Fajardo Gómez.

Es una actitud de determinación en el ritual procesal y esta expresa un contenido material que encarna la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, y además le indica al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.¹⁷

La carga de la prueba ha sido denominada también por la Jurisprudencia y la doctrina como la *onus probandi* o principio *actor incumbit probatio* que tiene su origen a partir de la interpretación hecha al Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil¹⁸

Es por ello que el *onus probandi*, es la máxima del derecho procesal pues permite establecer que el sujeto procesal que alegue algún hecho o circunstancia, deberá probarlo ante el juez. Se trata de una figura ineludible e irremplazable, ya que le permitirá al sentenciador conocer de primera mano las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la manera que sucedieron los hechos, no obstante el sentenciador deberá verificar la posición o situación en la cual se encuentra aquel sujeto procesal para llegar a verificar si esa carga procesal es procedente o si es excesiva para él.¹⁹

El *onus probandi*, ha sido desarrollado por el Consejo de Estado como la conocida carga de la prueba; se trata de un principio procesal que está consagrado en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, donde se le atribuye una carga a la parte demandante sin obviar que a la parte demandada le corresponde probar los hechos sobre los cuales se estructura su estrategia de defensa²⁰

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ 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.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de Febrero de 2008. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de Junio de 2011. MP Danilo Rojas Betancourth.

En relación con la interpretación que hace la Corte Constitucional, pues mal se haría solo hablar de los cimientos legales sin conocer cuáles son los argumentos que esgrime la Corte Constitucional, la Jurisprudencia de la jurisdicción constitucional ha dicho que la *onus probandi* permite identificar hacia que sujeto procesal está encaminado esa carga que le impone la ley procesal, de suministrar las pruebas necesarias para respaldar la defensa de sus intereses, sin obviar que dicho deber de solicitar y aportar pruebas recae en los dos sujetos procesales.²¹

En planteamientos más recientes la jurisprudencia contencioso administrativa ha argüido sobre las consecuencias jurídicas que conlleva el cumplimiento o no de la carga de la prueba de cada una de las partes, concretamente ha afirmado que en aquellos litigios que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la ley procesal determina que la carga de probar los hechos sobre los que se basan las pretensiones, en principio se encuentra en cabeza de la parte demandante, y de otra parte, corresponde al demandado demostrar en el proceso los hechos o excepciones sobre los cuales se edifica su defensa.

El demandante al no cumplir con esta carga procesal asumirá como consecuencia la negación de sus pretensiones, sin embargo, si logra satisfacer dicha carga en el escenario procesal, logrará que la sentencia conceda las suplicas de la demanda.²²

La carga de la prueba, también conocida como *onus probandi*, le corresponde a la parte interesada que para lo que nos ocupa es la parte demandante, quien deberá probar ante el juez los hechos sobre los que se basa su pretensión en aras a la obtención de un derecho.

El fundamento jurídico del *onus probandi* se encuentra consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, pero es un deber que no es exclusivo del demandante, sino que es también deber del demandado probar los hechos que

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 20 de septiembre de 2006. MP Álvaro Tafur Galvis.

²² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de Marzo de 2012. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

sustentan su estrategia de defensa, para tal efecto cuenta con los diversos medios de prueba previstos en el artículo 175 C.P.C.

En los eventos que se pretenda el reconocimiento de perjuicios materiales y morales, es la parte demandante quien tiene del deber de probar su existencia para que judicialmente sean decretados.²³

La carga de la prueba es entonces una regla de juicio que le indica a las partes la autorresponsabilidad para que los hechos que alegan en la demanda y que sirven de sustento para la reclamación de un derecho sean demostrados con el ánimo que indicarle al juez como debe fallar.

La *onus probandi* expresa en un amplio sentido ideas de libertad, autorresponsabilidad, de diligencia y cuidado durante la ejecución de determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. Esta noción procesal encarna esa posibilidad que tienen las partes de obrar libremente en aras a la obtención de determinado resultado jurídico de conformidad con el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En decisiones más recientes se ha expresado que la carga de la prueba halla su fundamento jurídico en el Código de Procedimiento Civil y lo que pretende es asignarle un deber a una de las partes que alega determinados hechos o excepciones, y puedan demostrarlo por medio de los medios que legalmente dispone nuestro ordenamiento jurídico en aras a obtener el reconocimiento de un derecho o la exoneración de una culpa. La carga de la prueba para la materia que nos ocupa, permite establecer la existencia de una falla en el servicio, un daño antijurídico y un nexo de causalidad, cuyo resultado razonable será la imputación o la exoneración de culpa.²⁴

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de Junio de 2011. MP. Danilo Rojas Betancourth.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de Septiembre de 2012. MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

La carga de la prueba en materia de responsabilidad médica corresponde al demandante, salvo en esos eventos en los cuales a él le resulte excesivamente difícil le corresponderá al demandado, si no se encuentra en dicha excepción le corresponderá al demandante probar la existencia de una falla, de un daño y de una relación de causalidad, para lo cual podrá valerse de todos los medio de prueba. El demandante podrá hacer uso de los medios de prueba disponibles por nuestro ordenamiento jurídico, donde cobra gran importancia la prueba indiciaria, cuya valoración debe ser muy minuciosa de parte del juez sin ignorar que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que pueden sufrir alteraciones en su estado de salud.²⁵

7.2. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

La carga dinámica de la prueba es una excepción al principio general de la carga de la prueba en el cual solo el demandante debe probar los supuestos de su *petitum* para obtener la prosperidad de sus pretensiones, la carga dinámica de la prueba se trata de una excepción a la regla general según la cual, quien alega, prueba; la excepción que este principio consagra consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado. Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en los que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o científicos muy puntuales que solo una de las partes tiene el privilegio de manejar.²⁶

Es este principio hay una evolución bastante novedosa en lo que atañe a la carga de la prueba, ya que la Jurisprudencia del Consejo de Estado en el año de 1992

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2011. MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

permitió al juez que tuviera a su disposición un caso en el cual se desatara una Litis por falla médica, relevándole la carga de la prueba al demandante y en su lugar atribuirle dicho deber al demandado ya que este primero, tiene el conocimiento técnico y/o científico para esclarecer las dudas que rodean la práctica del conocimiento, o por ser quien estuvo directamente en contacto con todas las circunstancias que rodearon la práctica de la intervención médica.

Esa jurisprudencia esgrimió las ventajas que tenía la inversión de la carga de la prueba en los procesos que se adelantan ante la sección tercera del Consejo de Estado, en su parte motiva afirmó que el hecho de que el juez invierta la carga procesal ayudaría a la administración de justicia, puesto que ya no se le exigiría al paciente carente de todo conocimiento científico, sino que dicha carga la asumiría la demandada quien encontrándose en mejores condiciones podrán acreditar las condiciones técnicas, científicas ya que el demandado es quien realizó el procedimiento.

Los médicos tendrán la carga de acreditar un eximente de responsabilidad aduciendo haber actuado con eficiencia, prudencia e idoneidad durante el desarrollo de la actuación médica, lo que lo obliga a argumentar y explicar ante el sentenciador las razones que lo llevaron a asumir esa conducta en particular.²⁷

La función jurídica que transmite la carga dinámica de la prueba es facultar al juzgador para aplicar una excepción al principio tradicional de la carga de la prueba (*actor incumbit probatio*) y tendrá la posibilidad de exigir de parte del galeno las explicaciones tendientes a determinar bajo qué circunstancias se realizó la intervención médica pues fue él quien practicó el procedimiento, y además es él quien posee todo el conocimiento científico dada su formación académica; esto le permitirá probar si hay presencia de algún elemento que lo exonere de responsabilidad para obtener sentencia absolutoria, o *contrario sensu*

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. MP Daniel Suarez Hernández.

afianzar que existió una negligencia de parte del galeno que jurídicamente le acarreará una sentencia condenatoria.

En virtud de lo anterior, la carga dinámica de la prueba no es un principio que se encuentre consagrado por la legislación, solamente ha sido abordado por vía jurisprudencial por lo que este solo podrá ser aplicado a criterio del juez. La jurisprudencia ha dicho en ese sentido que el principio de la carga dinámica de la prueba es discreción del juez plantear su aplicación o no, ya que las circunstancias propias del caso lo llevarán a analizar quien se encuentra en las mejores condiciones para probar uno o más hechos.²⁸

La carga dinámica de la prueba es la excepción al principio tradicional del *onus probandi*, según el cual es del demandante quien debe probar la existencia de los tres elementos que estructuran la responsabilidad del estado por la prestación de servicios médicos, no obstante, este principio consiste en el deber de probar un determinado hecho o circunstancia, por lo que le impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, una carga procesal tendiente a cumplir lo pedido por el juez.

Lo que pretende la carga dinámica de la prueba es plantear una solución para aquellos litigios donde el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento o aclaración de algunos aspectos científicos muy puntuales que solo uno de los sujetos procesales goza del privilegio de manejar.

El juez es quien según su criterio decretará la inversión de la carga de la prueba ya que es una figura eminentemente facultativa, puesto que no se encuentra consagrada en nuestra legislación, sin embargo, ha sido abordada por la

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2011. MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

jurisprudencia y queda al criterio y valoración del juez la aplicación de la carga dinámica de la prueba.²⁹

Los jueces han asegurado en varias jurisprudencias que aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba requiere de unas ritualidades especiales; como la creación de una audiencia especial que realice la inversión de la carga de la prueba; no obstante, esta ritualidad aún no está consagrada por la ley procesal.

Hay doctrinantes defensores de la teoría de la carga dinámica de la prueba quienes difieren de esa tesis, asegurando que entre las partes se deben lealtad procesal, lo que los obliga a suministrar todos los medios con los que disponen para ese momento, en aras del esclarecimiento de los hechos y circunstancias que rodearon el caso bajo y en consecuencia le permitirá al juez atribuirle efectos adversos en la sentencia a la parte que se torne negligente por su omisión probatoria.³⁰

Ahora bien, con la distribución de la carga dinámica de la prueba, que procesalmente le atribuye un deber a una de los sujetos procesales por encontrarse en condiciones más favorables de hacerlo, no se debe olvidar que el demandante no queda relevado de acreditar los tres elementos que configuran la responsabilidad del Estado por la falla en la prestación de servicios médicos y hospitalarios.

La carga dinámica de la prueba es ese traslado que hace el juez a una de las partes de ese deber procesal con el fin de esclarecer uno o más hechos consagrados en la demanda, pero el demandante no queda relevado de acreditar la culpa, el daño y la relación de causalidad.

El fundamento jurídico de que la carga dinámica de la prueba debe ser aplicada excepcional y no generalmente, encuentra ubicación en el artículo 230 de la

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de Mayo de 2001. MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. MP Ruth Stella Correa Palacio.

Constitución Política de Colombia, el cual señala que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley, por lo que debe entonces darse aplicación del artículo 177 del C. de P.C.³¹

En una de las decisiones más antiguas sobre el tema, precisamente en el año 1996, se rescata una definición concreta pero que permite entender el principio de la carga dinámica de la prueba, pues a partir de allí se concibe que este principio consagra esa excepción al principio *actor incumbi probatio* pues dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular, es posible que se invierta la carga de la prueba respecto a la culpa, como quiera que este ingrediente no ha sido removido de la Jurisprudencia ya que permite realizar la calificación y valoración de la conducta a partir de la prestación del servicio.

A parte de las soluciones que ofrece la carga dinámica de la prueba y que ya fueron mencionadas con anterioridad dado el abordaje que ha tenido por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, se destaca significativamente que la carga dinámica de la prueba logró remover un obstáculo importante que existía tradicionalmente se encuentra a cargo de la parte demandante, y en su lugar reemplazarlo por ese deber de probar en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, dado su conocimiento o porque se encuentra mejor ubicado en una situación fáctica, técnica o científica para explicar las razones que lo llevaron a desplegar determinada conducta durante la ejecución del procedimiento médico.³²

8. EVOLUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA.

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de Octubre de 2008. MP. Myriam Guerrero de Escobar.

³² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de Mayo de 1996. MP. Jesús María Jaramillo Ballesteros.

La evolución de la carga de la prueba ha sufrido de algunos cambios durante el transcurrir de la Jurisprudencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, desde el año 1990 comenzaron a brotar algunos cambios.

Entró en rigor la constitución de 1991 que trajo en su cuerpo la adopción del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado a nivel general,³³ fundamento que encuentra asidero en aquellas situaciones en las cuales el Estado por el desarrollo de sus funciones constitucionales ocasiona algún daño a un particular.

Ahora bien, es en el año de 1990 donde comienza a darse un esbozo de lo que viene a ser la interpretación de cómo será la repartición de las cargas en el escenario procesal donde se decanta el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

En decisión del año 1990, se destaca de manera notable la condición y naturaleza de los tratamientos médicos y quirúrgicos, puesto que en ellos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados ya que generan un riesgo que puede ocasionar un daño que deberá soportar el paciente, de tal manera que no siempre pueden hacerse responsables a quienes los realicen o lleven a cabo, pues mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento.

Cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para cada caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo la falla un daño deba inferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento.³⁴

³³ CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA, Artículo 90.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. MP Gustavo de Greiff Restrepo.

Sin embargo, en dicha decisión precisó que si alguien es el primer interesado en demostrar que su conducta se ajusta a parámetros de diligencia y cuidado debe ser el extremo demandado, ya que se encuentra en entredicho la prestación de un servicio que debe estar ajustado a las leyes o reglamentos, y al ocurrir alguna anomalía en la prestación del mismo, el primer análisis que realizaría el sentenciador es inferir la existencia de una culpa debido a una negligencia de parte del demandado. La carga de la prueba entonces la tendrá el demandado, quien deberá demostrar que la conducta desplegada estuvo ajustada a derecho en procura de proteger la víctima del administrado.³⁵

Desde la anterior perspectiva, comenzó el debate encaminado a establecer quién era el encargado de acreditar todos los elementos de prueba en juicio; si era el demandante o el demandado, si bien dicha decisión de manera enfática marcaba su posición en establecer que debía ser el demandado puesto que, era él quien debía probar que no había actuado con negligencia o culpa, de tal manera que deberá acreditar una carga exculpatoria.

No obstante, se encontraba por un lado una tesis revolucionaria en la que el demandado debe probar que actuó de acuerdo a los cánones de la medicina, y de otro lado estaba la posición tradicional, según la cual es el demandante quien está llamado a acreditar todos los elementos de prueba en juicio, respecto a la reunión de todos los ingredientes de la responsabilidad (Falla del servicio, daño antijurídico y nexo causal), con sujeción al fundamento legal según el cual esta carga la tiene el demandante³⁶.

Las razón por la cual está decisión resulta emblemática para la Jurisprudencia obedece a dos factores; el primero es porque por primera vez en la Jurisprudencia se había hablado que el demandante fuera relevado de su deber acreditativo en lo que a la prueba de los elementos de la responsabilidad se refiere, y el segundo es porque a partir de allí se comenzó el debate tendiente a determinar si debía darse

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ CODIGO CIVIL. Título XIII. Capítulo I. Artículo 177.

aplicación al principio tradicional de la carga de la prueba (*actor incumbit probatio*) o si debía darse aplicación a lo sugerido por la jurisprudencia.

En sentencia de 1992 fue ratificada la posición según la cual era el médico o el Hospital quien debe acreditar la carga exculpatoria, es decir, deberá demostrar en el ritual procesal que actuó con diligencia y cuidado; en dicha sentencia se rescata que en un proceso de responsabilidad médica adelantado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa es el galeno y no el paciente quien conoce de primera mano cual era la condición inicial de él (paciente), la manera como fue realizada la intervención, que tipo de procedimiento era el más idóneo de conformidad con el diagnóstico tomado inicialmente. Es el extremo demandado quien conoce las razones de frustración del procedimiento, razones que lo llevarán a probar la inexistencia de culpa, o *contrario sensum*, afianzar más la existencia de la misma.³⁷

Lo anterior permite dilucidar que del año 1990 al año 1992, existía una línea recta en lo referente a esta posición del Consejo de Estado sobre el tema de la carga de la prueba, y es que de ello se desprende una interpretación totalmente distinta de la que se hace del *onus probandi* (principio tradicional) sugerido en el Artículo 77 del Código de Procedimiento Civil. Lo que se habla es dejar de un lado dicho principio y en su lugar exigirle dicha carga a la parte demandada con el propósito de que acredite la liberación de cualquier tipo de responsabilidad y sean negadas las pretensiones de la demanda.

Para el año 1995 continuaba la posición de la falla presunta; seguía exigiéndose a la demandada que acreditara una carga exculpatoria, probando ante el juez que había actuado con diligencia y cuidado, en esa decisión se rescata que allí el sentenciador le atribuía la carga probatoria a la demandada, ya que de la operación o procedimiento devino una lesión importante en un nervio de la paciente lo que le causó una parálisis de las cuerdas vocales y posteriormente

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. MP Gustavo de Greiff Restrepo.

ocasionar la enfermedad con la cual se aquejaba la paciente. El galeno si bien actuó de acuerdo a las circunstancias, pues así lo adujo el juez, no informó a la paciente que esa hubiese sido una de las consecuencias del procedimiento, de tal manera que se estructura una clara falla en el servicio.

En este caso en particular si ha de aplicarse la presunción legal en contra del demandado, según la cual se estructura su responsabilidad a título objetivo, lo que indiscutiblemente genera la presunción de falla sin que la demandada haya logrado desvirtuarla.³⁸

Es importante aclarar que aún no ha sido acogida la posición tradicional según la cual el demandante debía probar todos los elementos de la responsabilidad para que fueran concedidas sus pretensiones en el ritual contencioso administrativo.

En el año 1999, aun se continuaba con la posición según la cual era el deber de la demandada acreditar en el proceso que había actuado de acuerdo a los cánones de la medicina, de haber actuado con diligencia y cuidado. En sentencia de Octubre de ese año, la Sala aseguró que aún se continuaba con el régimen de la falla presunta esgrimiendo como fundamento jurídico lo dicho en el Apartado 2 del Artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas del 9 de noviembre de 1990.

Es de resaltar que el anterior fundamento le asigna una obligación al prestador del servicio; consistente en atribuirle la carga de la prueba directamente a quien suministra el servicio. La inversión de la carga de la prueba apareja un argumento que ha sido usado en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, según el cual es el prestador del servicio quien dispone de todos los conocimientos técnicos, de

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 1995. MP Consuelo Sarria Olcos

documentos necesarios que le permiten con mucha más facilidad acreditar la ausencia de una falla o culpa.³⁹

En decisión del año 2000 viene el cambio cuando la Sala decantó el problema jurídico que se venía desatando, según el cual era el demandado quien debía tener la carga de la prueba. En esa ponencia se aseguró que ese problema había sido resuelto por la Sala volviendo al régimen de la carga de la prueba tradicional según el cual es el demandante quien tiene esa carga procesal puesto que la obligación del médico es de medios y no de resultados, lo que hace que la calificación de la culpa se haga a título subjetivo y no objetivo como se venía haciendo.⁴⁰

De esta manera, con esta decisión se rescata que se introdujo de nuevo a la Jurisprudencia contencioso administrativa la aplicación de la *onus probandi* tradicional dejando atrás una incertidumbre jurídica en relación a la aplicación de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica adelantados ante el Consejo de Estado.

El segundo cambio importante es que la noción de falla presunta no desapareció, y ya no era una teoría de aplicación absoluta sino que se volvió de aplicación excepcional, así pues, quedaba a criterio del juez verificar cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones para probar determinadas situaciones o elementos durante juicio.

La falla presunta cambió de nombre, ahora se le denominaba la carga dinámica de la prueba, en la decisión anterior se valoró la importancia que tiene el juez ya que es él quien tiene la facultad de valorar o examinar cada caso en particular para exigir a una de las partes determinada carga procesal; habrá situaciones en las cuales el paciente se encuentre en mejores condiciones de realizar dichas

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de Mayo de 1990. MP Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de Febrero de 2000. MP. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

comprobaciones, pero también habrán situaciones en las que dadas las condiciones del demandado, sea él quien se encuentre en mejores condiciones para asumir esa carga procesal.⁴¹

En el año 2004, la Jurisprudencia seguía esa línea que comenzó a trazar desde la decisión del año 2000, pues ya no se hablaba de la teoría de la falla presunta sino que se hablaba de la existencia de una solución al problema jurídico que se había desatado en la década anterior mediante la utilización de la teoría de la falla probada, con esta decisión se rescata que no hay alteración alguna en la línea trazada desde comienzos de la anterior década (2000), puesto que el Juez tiene ese poder discrecional de valoración; será el sentenciador quien examine las circunstancias de cada caso concreto para realizar o no un traslado de la carga probatoria.

A partir de la decisión de 2004 cobra vital importancia la adopción de la carga dinámica de la prueba, pues no se trata de volver al régimen de falla presunta ya que es contrario a derecho realizar una calificación de la culpa a título objetivo, solamente hay un dinamismo de la carga, donde ese deber procesal lo asumirá la otra parte durante el transcurrir del proceso.⁴²

En virtud de lo anterior es evidente que ya no se aplica la falla presunta sino que es sustituido por el concepto de cargas dinámicas, se dará aplicación a este excepcionalmente y no generalmente, por lo tanto, queda solo a criterio del juez determinar quien se encuentra en mejores condiciones de probar; si el demandante o el demandado.

La Sala al respecto reveló su posición, según la cual en el ordenamiento procesal no debe haber cabida a la aplicación de la falla presunta, sino que se debe dar aplicación a la carga dinámica de la prueba. La aplicación de la carga de la prueba no debe hacerse de manera absoluta, sino que su aplicación se hará de manera

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de Junio de 2004. MP. Ricardo Hoyos Duque.

excepcional por cuanto es el juez quien tiene esa labor de valoración de cada caso en particular para entrar a verificar cuál de las dos partes se encuentra en mejores condiciones para probar la existencia de una falla, la exoneración de responsabilidad, o la comprobación de determinados hechos consagradas en la demanda.⁴³.

En el año 2005 la Jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, sigue la línea que se ha venido trazando desde comienzo de década, según la cual es el demandante quien tiene la carga de probar la existencia de una falla del servicio, de un daño antijurídico y de una relación de causalidad.⁴⁴

La posición tradicional que cada vez toma más firmeza, según la cual ya no se habla como antes de la presunción de la culpa, sino que se habla de probar todos los elementos que edifican la responsabilidad del Estado. Es el demandante quien debe probar la falla del servicio, el daño antijurídico y la relación de causalidad entre el primer y segundo elemento, por lo que si el demandante falta a ese deber que le asigna la ley, le serán negadas todas sus suplicas en el litigio desatado.

La carga dinámica de la prueba resulta más razonable que la presunción de la falla, pues la tarea del juzgador goza de un protagonismo particular, ya que es él quien decide si mantener la carga de la prueba en cabeza del demandante o si traslada ese deber al demandado, al respecto la Sala ha resaltado la importancia de que el juez verifique las circunstancias y condiciones de cada caso en particular para que haya un dinamismo en la carga de la prueba, decisión que se debe hacer de manera excepcional y no general pues el régimen actual en los casos de responsabilidad medica adelantados ante el Consejo de Estado es la falla probada.⁴⁵

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Febrero de 2005. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁵ *Ibíd.*

Para el año 2006 en decisión de Agosto, el consejo de Estado, en un litigio donde se debatía la existencia o no de negligencia médica, la Sala accedió a la petición de absolución de la demandada ya que el demandante no logró probar la existencia de todos los elementos de la responsabilidad.

La decisión trajo a colación lo dicho por jurisprudencias anteriores donde se desataba el tratamiento que le ha otorgado el Consejo de Estado a la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica. En esta decisión se desataca que la Sala resalta que en ese caso concreto se podía apreciar la existencia de una falla probada y una falla presunta en la medida que hubo una conducta descuidada y negligente de parte de la demandada, dado que la falla en el servicio no solo se constituye sobre la intervención quirúrgica sino que antes de la misma hubo también negligencia de parte de la parte demandada.⁴⁶

En dicha oportunidad la demandada logró demostrar que actuó con diligencia y cuidado, que la actuación que había desplegado resultaba procedente y urgente para salvar la vida del menor. A pesar de que para tal fecha se debía aplicar la falla probada del servicio (*onus probandi*), también se dio aplicación a la premisa que sugería la falla presunta, algo que desataba el debate sobre la aplicación de la falla probada o la falla presunta.

En el año 2011 se clarifica mucho más la posición del Consejo de Estado respecto del tratamiento asignado a la carga de la prueba; en Julio de ese año, la Sala en una Jurisprudencia de ese año aseguró cuál es su posición respecto al tema, en ella se rescata que la línea trazada desde comienzo de esa década sigue intacta en el entendido de que el demandante debe demostrar durante el proceso la existencia de todos los elementos que constituyen la responsabilidad del estado; la falla del servicio, el daño antijurídico y la relación de causalidad entre el primer y

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de Agosto de 2006. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

segundo elemento, para lo cual la ley dispone de todos los medios de prueba existentes en el ordenamiento jurídico.⁴⁷

Ahora bien, respecto del tránsito que ha tenido la *onus probandi*, la Sala asegura que la posición actual de la Jurisprudencia es la falla probada, sin llegar a desconocer que transcurrió por el régimen de la falla presunta, pues ha asegurado que en los casos de responsabilidad médica existe una importante evolución comenzando desde el régimen objetivo, hasta lo que es hoy la falla del servicio probada (régimen subjetivo) y la creación de la carga dinámica de la prueba.

La falla del servicio probada es el título jurídico de imputación actual en los casos de responsabilidad médica adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, eliminando la inequidad a la cual se enfrentaban los médicos, puesto que es evidente que en muchas ocasiones es muy elevado el número de pacientes atendidos por las Instituciones Hospitalarias y adicional a ello el lapso de tiempo hace un poco difícil la obtención de todos los documentos o pruebas que permitan acreditar la diligencia y cuidado.⁴⁸

Para el año 2012 la Jurisprudencia continúa afirmando que el título jurídico de imputación para los casos donde se debata la existencia o no de negligencia médica, es el de la falla probada según el cual le corresponde al actor demostrar los hechos o cargos sobre los cuales se encuentra estructurada su demanda, no obstante habrá situaciones en las cuales a la parte demandante le quedará muy difícil realizar esa labor acreditativa, como por ejemplo en las intervenciones quirúrgicas, que dadas sus características y naturaleza se constituye como una dificultad para el paciente afrontar esa carga procesal donde es obligado

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de Julio de 2011. MP. Olga Melida Valle de la Hoz.

⁴⁸ *Ibíd.*

procesalmente a probar aspectos científicos consagrados en la demanda y sobre los cuales se pretende estructurar la culpa.⁴⁹

Respecto al deber acreditativo de las partes para lograr su rol dentro del ritual procesal, la jurisprudencia aseguró que sigue estando en cabeza de la parte demandante la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, pues la demostración de que se configuró falla en el servicio está a cargo del demandante salvo los eventos que sea evidente la imposibilidad de asumir esa carga procesal.

La jurisprudencia ha asegurado que solo en estos eventos excepcionales, el juez tiene la facultad de ordenar la inversión de la carga de la prueba y trasladar dicha carga procesal al demandado, pero si tal situación no se presenta, el Juez debe dar estricta aplicación al Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el cual consagra que es el demandante quien tiene la carga de realizar las respectivas comprobaciones que persiguen su derecho de acción.⁵⁰

Como se dijo con anterioridad, la noción de falla presunta, prácticamente fue sustituida por la noción de carga dinámica de la prueba, que es la excepción a la regla (falla probada), sin embargo esta teoría para la Jurisprudencia resulta difícil en lo que atañe a su aplicación, puesto que requiere de la existencia de ritualidades adicionales que deben ser creadas con legislación.

Entre las dificultades que representa dar aplicación a la carga dinámica de la prueba, se encuentra que para el sentenciador determinar cuál de los sujetos procesales se encontraba en mejores condiciones de probar determinados hechos, solamente podía definirse en el auto que decretara las pruebas y no en la sentencia.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de Marzo de 2012. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁰ *Ibíd.*

Si durante esa etapa procesal no se manifiesta esa voluntad del juez de realizar una inversión en la carga de la prueba se estaría sometiendo a las partes a una decisión arbitraria y para el momento de la sentencia no tendrán la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa como consecuencia de la no aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

La segunda dificultad en la aplicación de la carga dinámica de la prueba es la de señalar en el auto que decreta las pruebas la manera como se van a distribuir las cargas probatorias ya que para tal momento el juez solo cuenta con la información que reposa en la demanda, que en muchos casos es muy somera.⁵¹

Es por lo anterior que la carga dinámica de la prueba a pesar de que ha sido abordada en varias oportunidades por la Jurisprudencia, ha sido cuestionada respecto a su funcionamiento, mas no por su composición fisiológica, pero ya es mucho más notoria la presencia de la posición del Consejo de Estado en muchas de las decisiones donde se debata esta situación ya que no se desconoce lo dicho por el Código Civil y lo abordado por la Jurisprudencia en lo que atañe al tratamiento de la carga de la prueba que ha sido desde la perspectiva tradicional (*onus probandi*).

A partir del año 2000 prácticamente se retornó a la falla probada puesto que resultaba desequilibrado exigirle al demandado que probara ciertas circunstancias que eran deber del demandante, en esa decisión se vislumbra como la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sufrido cambios significativos en lo que tiene que ver con el reparto de la carga de la prueba, sin embargo es de resaltar que esa decisión hizo el primer trazo de esa rígida posición que hoy conocemos, según la cual el título jurídico de imputación es la falla probada del servicio.⁵²

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de Marzo de 2012. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵² *Ibíd.*

Para el año 2013, continúa la posición que ha venido mostrando el Consejo de Estado, asegurando que actualmente el régimen aplicable para los casos de responsabilidad médica adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el de la falla probada. La jurisprudencia del Consejo de Estado abandonó la falla presunta y en su lugar dejó sentado que el demandante debía acreditar la existencia de un daño, una falla del servicio y de un nexo causal para lo cual podría valerse de todos los medios disponibles aceptados en el ordenamiento jurídico.⁵³

Por último, para el año 2014 no se han presentado cambios en la posición en el Consejo de Estado en lo que respecta al título jurídico de imputación, el cual sigue siendo la falla probada del servicio, en una Jurisprudencia de ese año fue condenado el Estado por su negligencia en el tratamiento de un paciente.

En esa sentencia, el demandante logró probar todos los elementos que configuran la responsabilidad del Estado en virtud del Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Se destaca en esa decisión que la calificación de la culpa se hizo a título subjetivo, es decir, se utilizó el régimen de la falla probada del servicio ya que el paciente al que le fueron ocasionadas las lesiones no fue atendido por un profesional idóneo, sino que fue atendido por una estudiante de medicina quien no solo actuó con impericia sino que tampoco solicitó el acompañamiento de un tutor o de un profesional que se encontrara en mejores condiciones de suministrar una mejor atención al paciente.⁵⁴

Dado el análisis cronológico hecho al tratamiento que ha tenido la carga de la prueba en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es evidente que ha pasado de una falla presunta, a lo que es hoy una falla probada, dicha transición ha marcado una diferencia muy notoria puesto que antes se le exigía esa carga

⁵³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de Agosto de 2013. MP. Danilo Rojas Betancourth.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de Enero de 2014.

probatoria al demandado, pero hoy en día ya esa carga la asume por disposición legal y desarrollo jurisprudencial el demandante, quien para tal efecto debe acreditar durante el proceso la existencia de una falla en el servicio, de un daño y de un nexo causal entre sí.

Si bien la falla probada es el criterio según el cual se deciden los casos de responsabilidad médica adelantados ante la Sección tercera del Consejo de Estado, aún existe ese criterio discrecional del Juez, según el cual puede trasladar ese deber probatorio a la contraparte dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular ya que esta teoría solo es aplicable excepcionalmente pues carece de sustento legal.

9. CONSECUENCIAS JURIDICO-PROCESALES.

De conformidad con el análisis realizado con anterioridad, es evidente que cuando es aplicada la teoría de la falla probada o la carga dinámica de la prueba tienden a desatarse algunas consecuencias procesales.

Si durante el proceso contencioso administrativo que tiene por objeto llegar a determinar si hubo o no hubo negligencia de parte de la demandada, se aplica la postura de hoy en día (falla probada), según la cual es el demandante quien debe acreditar los tres elementos que ha dispuesto la Jurisprudencia para determinar la responsabilidad del Estado (Falla en el servicio, daño antijurídico y nexo causal) la primera consecuencia es la que conocemos hoy en día; que el proceso conserva todas esas ritualidades que el sistema tradicional nos ha ofrecido por años donde el demandante debe probar para que no sean negadas sus pretensiones, con los términos de duración que ya son conocidos en la actualidad.

Como se desprende del anterior análisis, es rígida la posición por parte del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en dejar en firme la carga que le ha sido asignada durante muchos años al demandante en cualquier escenario

procesal independientemente de la jurisdicción. Sin embargo, no es menos cierto que como lo ha dicho la Jurisprudencia, habrá situaciones en las cuales al demandante le resulte excesivamente la comprobación de algunos hechos o situaciones en particular sobre las que se base su petición.

Desde que se comenzó a decantar el debate de la carga de la prueba o de la determinación exacta del título jurídico de imputación en la responsabilidad del Estado por falla en la prestación de servicios médico-hospitalarios, para ser más exactos desde la década de los 90s, la Jurisprudencia sostenía que respecto a la carga de la prueba es el médico o el centro hospitalario quien debe exonerarse de responsabilidad, ya que para ellos les resulta más fácil dado que tienen el conocimiento científico y conocen de primera mano las circunstancias bajo las que se practicó dicho procedimiento, para tal efecto acudirá a la historia clínica; documento que le permitirá al juzgador tener un mejor conocimiento más exacto de las razones que lo llevaron a asumir determinada conducta.⁵⁵

Lo anterior arroja como resultado que no hay casos iguales, habrá casos en los que el demandante deba probar los elementos de la responsabilidad, pero habrá otros casos donde esa carga le sea trasladada a la demandada en virtud de esas circunstancias fácticas.

Si bien es cierto que la noción de falla presunta ya no existe para la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, se optó por denominarla carga dinámica de la prueba sobre la cual no existe distinción alguna, solo nominal. Sin embargo queda en vigencia ese condicionamiento según el cual el Juez debe verificar cada caso en particular, en aras a obtener la determinación de aplicación de la falla probada o de la carga dinámica de la prueba.

Por lo anterior, la carga dinámica de la prueba, si bien ha sido abordada en múltiples sentencias, no tiene un sustento legal, razón por la cual queda a criterio

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. MP Daniel Suarez Hernández.

del juez equilibrar las cargas para determinar quien se encuentra en mejores condiciones de probar algún hecho o elemento en particular, bien sea por que tuvo mayor contacto de todas las circunstancias que rodearon el caso en particular, o porque goza de un conocimiento técnico y científico que le permita acreditar dichas situaciones con más facilidad.

La jurisprudencia ha señalado respecto a la carga de la prueba que hay escenarios muy excepcionales en los que la prueba se traslada del paciente común y corriente desconocedor de todo conocimiento científico, a quienes por su oficio son expertos en medicina y quienes de alguna manera tuvieron una intervención directa en la práctica del procedimiento médico o quirúrgico.

Con el anterior razonamiento se decidían los casos de responsabilidad medica adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no obstante es evidente que la ciencia médica tiene unas limitaciones que no escapan a la vista del derecho, por lo que merece un trato de obligación de medios y no de resultados, pues durante la ejecución de un procedimiento pueden suceder situaciones adversas no imputables al galeno sino a la gravedad o condición misma del paciente.⁵⁶

De la aplicación de la falla probada, la consecuencia inmediata será la intervención en el sistema probatorio tradicional, según el cual se le exige al demandante la carga de probar lo atinente a la existencia de responsabilidad de su contraparte *per se* el rechazo de las suplicas de la demanda.

Si bien le corresponde al demandante probar dichos elementos, no es menos cierto que en la mayoría de los casos el demandante no tiene conocimiento de la forma como fue realizado el procedimiento médico o por lo general carece del conocimiento científico que si tiene un profesional de la salud.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de Agosto de 1992. MP: Daniel Suárez Hernandez.

El demandante al encontrarse en el sistema probatorio tradicional se verá sometido a demostrar la ocurrencia de una enfermedad, de una lesión, teniendo como único instrumento la historia clínica, de la cual no se puede inferir inmediatamente una responsabilidad de agentes prestadores de salud.

Sin quedarse en el papel, la realidad jurídica de los despachos contencioso administrativos, es que se encuentran congestionados de procesos de esta índole, iniciados desde la década de los 80s o 90s y que solo hasta esta década se produjo un pronunciamiento de fondo.

El tema probatorio juega un rol importante en este tipo de procesos, ya que son procesos declarativos por decirlo así, donde se debe probar una culpa para obtener una sentencia favorable o *contrario sensum*, probar la inexistencia de esa culpa. La etapa probatoria resulta extensa en este tipo de procesos, pero si se aplicara con más frecuencia la carga dinámica de la prueba en esa medida existiría un aligeramiento procesal que acortaría los términos de duración de un proceso contencioso administrativo.

Una de las consecuencias que se puede generar si se continuara con la aplicación de la teoría de la falla probada, es que los procesos contencioso administrativos seguirán teniendo una extensa duración, pero si se hace la inversión en la carga de la prueba seguramente habrá un aligeramiento procesal que impulsen los mismos.

Para tal efecto deberá ser contenido en el ordenamiento jurídico una disposición que permita la aplicación de la carga dinámica de la prueba al ritual contencioso administrativo. Actualmente en el ordenamiento jurídico fue adoptada la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso perteneciente a otra jurisdicción. Lo paradójico de la inclusión de dicha teoría en la anterior codificación es que dicha adopción se trajo como consecuencia del prolongado análisis jurisprudencial realizado durante años, pero nunca en el Nuevo Código de

procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo fue contemplada una disposición legal que permita la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

Las consecuencias jurídicas y procesales que devienen de la aplicación de la falla probada o de la carga dinámica de la prueba no se ven reflejadas directamente en la sentencia, sino en los términos razonables del proceso.

No se afirma que el Consejo de Estado nunca ha aplicado la carga dinámica de la prueba, se trata de aludir que son más las veces en las que es aplicada la falla probada que la carga dinámica de la prueba. A pesar de que gran parte de los litigios comienzan con algo en común; independientemente de la enfermedad o lesión, gran parte de los pacientes son sometidos a los efectos de anestesia, que ante la eventual iniciación de una acción de reparación directa, el paciente no tendrá como demostrar que medicamentos, procedimientos, técnicas le fueron aplicadas o por que no conoce la identificación precisa de dichos procedimientos dada la ausencia de conocimiento científico.

En conclusión, a la aplicación de la falla probada o de la carga dinámica de la prueba no devienen consecuencias que afecten el derecho sustancial, salvo la relación jurídica entre las partes puesto que puede variar dependiendo de que noción vaya a ser aplicada, pues el demandante o demandado asumirá la carga de la prueba. Sin embargo las normas sobre las cuales se decanta el funcionamiento del aparato jurisdiccional no se verán afectadas de ninguna manera.

Las consecuencias dependiendo de la aplicación de la falla probada o de la falla presunta, se verán reflejadas es en el derecho procesal, donde el demandante o demandado tendrán la carga de la prueba. Así mismo se verán reflejadas en los términos razonables del proceso ya que la noción de la carga dinámica de la prueba comporta en su fisionomía el aligeramiento procesal en ese tipo de eventos, pues precisamente fue diseñada para dicha función.

10. DERECHO COMPARADO

Haciendo un viraje hacia países más cercanos y afines al derecho colombiano (Civil law), en la legislación de Argentina, la jurisprudencia también ha tenido un importante avance y evolución en lo que atañe al tratamiento de la carga de la prueba en responsabilidad médica.

Desde 1987 comenzó a hablarse en la jurisprudencia y doctrina argentina, producto de la evolución de la jurisprudencia foránea, la cual llevó a que se empezara a concebir un alivio de la carga de la prueba en la culpa profesional.

En el transcurrir de los años la doctrina ha tenido muchos cambios, pero desde el punto de vista legislativo no fue de la misma manera. Desde un comienzo la carga de la prueba profesional se encontraba en cabeza del extremo reclamante (paciente), sin admitir excepción alguna a dicha regla.

A finales de la década de los 80s, y por esa influencia de la doctrina y de la jurisprudencia foránea, se comenzó a dar aplicación a la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas. La idea de esta teoría era invertir la carga de la prueba de la culpa, ubicando en cabeza de los profesionales de la salud, la prueba de su actuación adecuada y diligente.

Actualmente la jurisprudencia ha llegado a un punto medio según el cual, sigue conservando primacía la regla según la cual el suplicante debe probar la culpa profesional. No obstante de manera excepcional podrá ser admitida la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas atribuyéndole ese deber a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar determinado hecho.

La Jurisprudencia argentina ha dicho que en materia de responsabilidad médica el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, es decir que en principio incumbe al paciente la carga de demostrar la culpa de aquel. No es suficiente revelar una mera infracción estructural, o sea, la acusación del

daño médico para deducir de manera simple el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión provoque antijuridicidad, que es asunto diverso.

En esos eventos que la responsabilidad se estructura en la culpa, la carga de la prueba la tiene el extremo suplicante, sin perjuicio de que el juez determine la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya implementación es excepcional y le transmite esa carga de la prueba al sujeto procesal que se encuentre en mejores condiciones de probar.⁵⁷

11. CONCLUSIONES

La primera conclusión a la que se llega con el desarrollo de esta investigación es que la carga de la prueba ha transcurrido por varios cambios importantes a lo largo de la historia de la Jurisprudencia del Consejo de Estado; dentro de los primeros cambios que se pueden evidenciar es que la carga de la prueba en un comienzo estaba a cargo de la parte demandada, por lo que en su contra había una presunción legal, la cual debía desvirtuar acreditando ante el juez la existencia de una adecuada praxis o una causal de exoneración de responsabilidad.

En los primeros momentos la calificación de la culpa se hacía a título objetivo, que significa la presunción de culpa a cargo del extremo demandado, a esto el Consejo de Estado le llamó la falla presunta, que no es otra cosa que una presunción legal de culpa en contra de la administración, a quien le correspondía la carga de desvirtuar dicha presunción aduciendo una diligencia y cuidado.

Evidentemente era una presunción que no del todo era tan legal, porque si bien esta contribuía a que el esclarecimiento de los hechos, circunstancias de naturaleza científica, fueran esclarecidos por parte del extremo demandado; quien era el que gozaba de ese privilegio de tener el conocimiento preciso respecto de

⁵⁷ La responsabilidad Civil del Médico. [en línea]. [s.l.]. VAZQUEZ FERREYRA Roberto A. [Consultado el 22 de Noviembre de 2015.]. Disponible en: http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf

dichas situaciones. Ese traslado anormal de la carga de la prueba iba en contra de lo normado por el Código de Procedimiento Civil puesto que allí se consagra que quien tiene la carga de la prueba es el extremo demandante, que para esta tema en concreto, deberá probar la existencia de los elementos que edifican la responsabilidad del Estado de conformidad con el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Durante un proceso de responsabilidad médica adelantado ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo los sujetos procesales no estaban en igualdad de armas, puesto que el extremo demandado se encontraba en una gran desventaja ya que una presunción legal yacía en su contra y el extremo demandante no debía hacer otra cosa que esperar a que la institución hospitalaria o el galeno acreditara una carga exculpatoria demostrando la existencia de un eximente de responsabilidad o la ejecución de una buena praxis.

La segunda conclusión a la que se llega con este análisis, es que queda demostrado que desde la década de los 90s, la Jurisprudencia le atribuía la carga de la prueba a la parte demandada, asignándole el deber de demostrar que su conducta había sido ajustada a las leyes y lineamientos de la medicina para que el juzgador sentencie en su absolución. La calificación de la culpa se hacía a título objetivo, dejando a un lado el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia.

De conformidad con la constitución política, los jueces están sometidos al imperio de la ley, pero en los años 90s daban aplicación a una figura según la cual se creaba una presunción legal que carecía de fundamento jurídico que desconocía la carga de la prueba y calificada la culpa indebidamente. Dentro del ritual contencioso administrativo, le correspondía al demandado demostrar que su obligación fue de medios, y que dispuso de toda la diligencia y cuidado para llevar en los mejores términos el tratamiento de ese caso en particular.

La tercera conclusión a la que se llega es con relación al título jurídico de imputación; la Jurisprudencia en un comienzo daba aplicación a la teoría de la falla presunta (presunción de culpa), lo que implicaba una graduación objetiva de la culpa que inmediatamente le atribuía al demandado esa exigencia de probar que había actuado con diligencia y cuidado o que su conducta se ajustaba a una de las causales de exoneración de responsabilidad consagradas por la ley.

Cuando el extremo demandado lograra demostrar que en el caso concreto actuó con diligencia y cuidado, automáticamente rompía esa presunción legal en su contra e inmediatamente las suplicas de la demanda eran rechazadas.

Como cuarta conclusión se rescata que en la primera década del 2000, ya la Jurisprudencia no daba aplicación a la teoría de la falla presunta, ahora la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicaba de nuevo la teoría de la falla probada, según la cual el demandante debía acreditar los elementos que integran la responsabilidad del Estado de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política.

Esa carga procesal que asume el extremo demandante, debe ser cumplida de acuerdo a las indicaciones señaladas por el juez, y si el extremo demandante no logra acreditar la existencia de los ingredientes de la responsabilidad, lo razonable es que en la sentencia le serán aplicadas unas consecuencias que lógicamente resultarán adversas a sus intereses.

La jurisprudencia consagra esa posibilidad de que existan situaciones particulares que hagan ardua o incluso imposible la labor acreditativa del demandante, para tal efecto ha dispuesto que él podrá hacer uso de todos los medios de prueba dispuestos por nuestro ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se encuentra la prueba por inferencia o indiciaria, por medio de la cual se puede llegar a la demostración de una o determinadas circunstancias a partir de la reunión de indicios o inferencias.

En muchas ocasiones esa carga de la prueba en cabeza del demandante resulta algo difícil, pues muchas veces solo cuenta con la historia clínica que no ofrece una descripción detallada de la totalidad de eventos que fueron asociados para la obtención de ese resultado en particular. El demandante puede llegar a obtener una sentencia favorable a sus intereses a partir de la construcción de indicios y la reunión de inferencias razonables.

Aplicando las reglas de la experiencia es posible determinar si la ocurrencia de un hecho es anormal o es frecuente, puesto que la jurisprudencia ha desarrollado en la mayoría de las sentencias la posibilidad de que el extremo demandante acuda a la utilización del indicio para acreditar los elementos de la responsabilidad.

Como quinta conclusión se determina que durante la última década hasta hoy, ha sido aplicada la teoría de la falla probada sin dejar a un lado la posibilidad de que se haga una inversión en la carga de la prueba en aquellos eventos que resulte difícil para el extremo demandante la demostración de uno o más hechos consagrados en la demanda. El principio de la carga de la prueba no es absoluto, puesto que según el criterio del juez puede ser aplicada la carga dinámica de la prueba según la cual es trasladado ese deber probatorio al demandado en aras al esclarecimiento de las dudas que tenga el juez respecto al fondo del asunto.

La carga dinámica de la prueba es entonces esa excepción al principio tradicional actor *incumbit probatio*, que consagra que el deber de probar está en cabeza del demandante, sin embargo, es importante rescatar dos aspectos fundamentales; el primero, que tiene que ver con la aplicación que es eminentemente discrecional, es decir, solamente el juez puede determinar si una de las partes se encuentra en mejores condiciones de probar determinada circunstancia para ordenar la inversión de la carga de la prueba.

El segundo aspecto que se resalta sobre la carga dinámica de la prueba tiene que ver con su fisionomía; la carga dinámica de la prueba en ningún momento quiere imponer de nuevo la aplicación de la falla presunta puesto que la calificación de la

culpa se haría de manera objetiva, tampoco es posible que al ser aplicada la carga dinámica de la prueba el demandante sea relevado de acreditar los elementos que edifican la responsabilidad del estado. La inversión de la carga de la prueba solamente se hace para esclarecer aspectos puntuales, y sobre los cuales el juez tenga dudas que resulten incidentes para realizar un pronunciamiento definitivo.

Como sexta conclusión se destaca que la calificación de la culpa se hace desde el año 2000 hasta hoy, a título subjetivo, por medio de la cual el demandante no queda relevado de acreditar los ingredientes de la responsabilidad. Desde el año 90 hasta el final de esa década los centros hospitalarios o los médicos cargaban con una presunción de culpa, por lo que la ley les atribuía esa responsabilidad de acreditar ante el juzgador que los resultados adversos se encontraban asociados a algún eximente de responsabilidad o a una adecuada praxis.

En conclusión se destaca con el presente análisis que la carga de la prueba no ha permanecido intacta, sino que ha tenido un evidente tránsito en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, empezando por la aplicación de una falla presunta en la que el médico debía desvirtuar una aparente presunción legal, hasta que con el paso del tiempo se llegó a la década en la cual se volvió al principio tradicional de la carga de la prueba y con ello su título jurídico de imputación; la falla del servicio probada. Al desaparecer la noción de la falla presunta, apareció el concepto de la carga dinámica de la prueba, en el que a criterio del juez se podía realizar un relevo probatorio en aras al esclarecimiento de uno o más hechos.

La gran diferencia entre la falla presunta y la carga dinámica de la prueba es que la primera se aplicaba como una presunción legal en contra del extremo demandante, mientras que la carga dinámica de la prueba tan solo es una excepción al principio tradicional de la carga de la prueba y su aplicación es eminentemente discrecional, es decir, solamente el juez evaluará el contexto y las circunstancias de cada caso en concreto para ordenar el relevo probatorio en aras de facilitar la tarea de valoración del juez, pero que de ninguna manera el extremo

demandante queda relevado de probar los elementos de la responsabilidad, por lo que él podrá hacer uso de todos los medios de prueba incluida la prueba indiciaria o por inferencia.

12. BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de Colombia.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil Colombiano.

CONSEJO DE ESTADO. Quienes Somos. [En línea]. [s.l.]. [s.n.]. [Consultado el 17 de Febrero de 2015]. Disponible en:

http://www.consejodeestado.gov.co/nuestra_entidad.php

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. MP Gustavo de Greiff Restrepo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992. MP Daniel Suarez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de Agosto de 1992. Daniel Suárez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 1995. MP Consuelo Sarria Olcos.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de Mayo de 1996. MP. Jesús María Jaramillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de Febrero de 2000. MP. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de Junio de 2004. MP. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Febrero de 2005. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. MP Ruth Stella Correa Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 20 de septiembre de 2006. MP Álvaro Tafur Galvis.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de Febrero de 2008. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de Octubre de 2008. MP. Myriam Guerrero de Escobar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Septiembre de 2009. MP: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de Febrero de 2011. MP. Jaime Orlando Santofimio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2011. MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de Junio de 2011. MP Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de Julio de 2011. MP. Olga Melida Valle de la Hoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de Marzo de 2012. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de Marzo de 2012. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de Septiembre de 2012. MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de Agosto de 2013. MP. Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de Enero de 2014.

DELITOS EN PARTICULAR. Responsabilidad Médica. [En línea]. [s.l.]. [s.n.]. [Consultado el 17 de Febrero de 2015]. Disponible en: <http://delitosenparticular.wikispaces.com/RESPONSABILIDAD+M%C3%89DICA+Y+T%C3%89CNICA>