

LA EVOLUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA MÉDICA EN LA  
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DURANTE LA ÚLTIMA  
DÉCADA

ELIANA JANNETH ROSERO ORTEGA

UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO - POSTGRADOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2005

LA EVOLUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA MÉDICA EN LA  
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DURANTE LA ÚLTIMA  
DÉCADA

ELIANA JANNETH ROSERO ORTEGA

Monografía presentada como requisito para optar al título de Especialista en  
Derecho Administrativo

Asesor  
Dr. GUSTAVO MARTÍN CORAL VERDUGO  
Especialista en Derecho Administrativo, Constitucional y Público

UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO - POSTGRADOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN PASTO  
2005

“Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado, son responsabilidad exclusiva de la autora”

Artículo del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1.966, emanada del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño

Nota de Aceptación:

---

---

---

---

---

---

---

Firma del Presidente del Jurado

---

Firma del Jurado

---

Firma del Jurado

San Juan de Pasto,

de 2005.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecimiento especial a mis padres y hermano y a todas las personas que creyeron en este trabajo, a los profesores de la Universidad de Nariño, entre ellos, a la Doctora Mónica Hidalgo y los Doctores Gustavo Coral Verdugo y Manuel Antonio Coral, que guiaron a buen término este trabajo por su valiosa colaboración.

## **DEDICATORIA**

A Dios por el don inmenso de la vida, el conocimiento y la armonía de la satisfacción del deber cumplido, con humildad y dedicación.

Es Él quien nos pone metas que alcanzar y sólo obrando con rectitud y dentro de los parámetros que rigen a una sociedad, honraremos sus enseñanzas.

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. LA CULPA EN EL DERECHO COLOMBIANO	17-18
2. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA CULPA MÉDICA	19
2.1 LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO PENAL	19-20
2.1.1 La prueba de la culpa médica	20
2.1.2 Responsabilidad contractual y extracontractual	21
2.1.3 La carga de la prueba en la responsabilidad contractual y Extracontractual	21-22
2.2 LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	22
2.2.1 La carga de la prueba	22-25
2.2.1.1 Versión clásica de la carga de la prueba	25-26
2.2.1.2 Inversión de la carga de la prueba	26-28
2.2.1.3 Teoría de las cargas dinámicas de la prueba	28-30
2.2.1.4 La probabilidad preponderante	30-34
2.2.2 De las pruebas	34-35
2.2.2.1 La prueba pericial	35-38

2.2.2.2 De las pruebas del médico para probar su diligencia	38-40
2.3 POSICIÓN ACTUAL DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA	40-45
3. CONCLUSIONES	46-47
4. RECOMENDACIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	49-50

## RESUMEN

Este trabajo expone de manera crítica la evolución de la carga de la prueba de la culpa médica en la responsabilidad patrimonial del Estado durante la última década, para lo cual estudia y presenta ciertas precisiones sobre la doctrina y jurisprudencia colombiana con el fin de determinar cual es la posición actual al respecto.

Así, encontramos cuatro teorías, la primera denominada Teoría Clásica, que señala al demandante como el actor para aportar las pruebas del acto negligente; la segunda, llamada Inversión de la Carga de la Prueba, donde por los conflictos que acarrea la administración de justicia frente a la realidad de los conflictos pretende que el demandante no se desgaste en el esfuerzo de probar hechos o situaciones que desconoce y son de difícil probanza, y que por el contrario son de mayor facilidad probatoria para el demandado, sin embargo, por desencadenarse una tendencia a la imparcialidad que no ayuda al esclarecimiento de los hechos la jurisprudencia desarrolla la teoría conocida como La Carga Probatoria Dinámica de la Prueba, que con fundamento en obtener equidad entre las partes, afirma que es el juez, quien razonablemente decidirá a cual le corresponde la carga de la prueba.

Finalmente, en virtud de la dificultad para obtener prueba sobre el nexo de causalidad entre la actividad médica y el daño ocasionado, se adopta actualmente la teoría de la probabilidad preponderante, muy criticada por la doctrina, ya que, proscribire que corresponde al demandante probar el daño, pasando a la concepción, de que éste, se considera probado siempre que el juez obtenga el convencimiento de la existencia del daño, por una amplia probabilidad.

Lo anterior constituye la síntesis del estudio expuesto.

## **ABSTRACT**

This work exposes in way it criticizes the evolution of the load of the test of the medical blame in the patrimonial responsibility of the State during it finishes it decade, for that which studies and it presents certain precisions on the doctrine and Colombian jurisprudence with the purpose of to determine which is the current position in this respect.

We find four theories, the first denominated Classic Theory that points out to the plaintiff like the actor to contribute the tests of the negligent act; the second, called Investment of the Load of the Test, where for the conflicts that it carries the administration of justice in front of the reality of the conflicts it seeks the plaintiff not to wear away in the effort of proving facts or situations that ignores and of difficult proof, and that on the contrary they are of more probatory easiness for the defendant, however, to be unchained a tendency to the impartiality that help to the clarification of the facts the jurisprudence develops the well-known theory as The Load Probatory Dynamics of the Test that affirms that the judge who reasonably will decide to which corresponds him the load of the test

Finally, by the difficulty to obtain test on the nexus of causation between the medical activity and the caused damage, it is adopted the theory of the preponderant probability, it outlaws that it corresponds the plaintiff to prove the damage, passing to the conception, that is considered proven whenever the judge obtains the convincing of the existence of the damage, for a wide probability.

The above-mentioned constitutes the synthesis of the exposed study.

## INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo no es presentar una evolución de la jurisprudencia respecto a la carga de la prueba, en la culpa derivada de la actividad médica, aspecto muy estudiado por varios tratadistas, sino que se hace una exposición y comentarios respecto de algunas decisiones y acotaciones que se han proferido en el transcurso de una década para representar cual es la teoría actual de carga de la prueba.

En la medida que se desarrollan las ciencias y las tecnologías médicas se hace posible una intervención de los profesionales de manera más eficiente, pero a su vez, cada día aparecen enfermedades nuevas y complicaciones que exigen en los médicos buena preparación y conocimientos adecuados para enfrentarlas.

Estos conocedores de la medicina dentro del ejercicio de su profesión pueden ocasionar daños en la integridad de los pacientes, dando origen a la responsabilidad patrimonial. En consecuencia, el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia, siempre que atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación y mejoría, así que cuando por negligencia, impericia, imprudencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquellos, incurre en una conducta que le genera consecuencias no solo a él como persona, sino también a la institución prestadora de los servicios médicos que representa, incluso puede generar responsabilidad para el Estado.

Puede decirse a groso modo que la medicina es un arte y una ciencia, un arte porque debe realizar actos armónicos para cumplir sus objetivos y ciencia porque requiere una sumatoria de conocimientos para practicarla, por un lado consiste en el diálogo con los pacientes y la práctica de exámenes clínicos necesarios con base en signos y síntomas que presenten y por otro, la aplicación de los conocimientos aprendidos en la facultad de la medicina, libros y demás fuentes informativas.

El tratamiento debe llevarse de acuerdo a las reglas del arte y de la ciencia médica, es decir, la llamada "*lex artis*", además de actuar en cada momento con suma diligencia y cuidado buscando evitar cualquier complicación adicional y procurando devolverle la salud al paciente.

En la práctica ocurren muchos casos en los cuales por negligencia, impericia, o falta de cuidado, los errores cometidos por los médicos conllevan la responsabilidad del Estado, de la sociedad comercial prestadora del servicio médico, y del médico o médicos que intervienen en el procedimiento causante del daño, mismo que surge generalmente por un mal diagnóstico, por la falta de vigilancia y por el no empleo de los medios adecuados para determinar la afección, así mismo, por los inadecuados procedimientos utilizados en las cirugías y los impropios, así como, extemporáneos tratamientos y cuidados que causen un perjuicio a la víctima.

Los daños causados en los pacientes equivalen en el más lato de los sentidos a perjuicios, deterioros o alteraciones que generalmente son producidas por el acto del mismo médico, y que ocasionan la responsabilidad en la prestación del servicio médico.

El daño en si causado al paciente o a sus familiares, por causa imputable al procedimiento médico, puede definirse con la alteración lesiva de una situación tutelada por la ley, es por esta razón que el orden jurídico reconoce una indemnización que pretende reparar en algún modo la lesión sufrida.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el daño será resarcido, siempre y cuando sea injusto, directo e inmediato, y se encuentre probada la relación causa – efecto entre el daño y el acto o el hecho.

Cuando un juez declara la responsabilidad patrimonial del médico, la empresa prestadora del servicio médico o las entidades del Estado, la regla general es que la actuación del profesional de la salud sea reprochable a título de culpa y más aún dentro del ámbito de la culpa, el elemento que admite un mayor detenimiento a la hora de imputar un resultado antijurídico como fuente de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de la acción penal, es la violación al deber de diligencia y cuidado.

En consecuencia, es aquí donde la prueba de la culpa médica juega un papel fundamental, y es en el campo de la carga de la prueba donde se sentará éste estudio. La carga probatoria respecto de situaciones científicas, tecnológicas, espaciales y documentales a cargo del demandante, ya sea, que se trate del paciente, la víctima o sus familiares, es muy difícil, genera a la vez cierta impunidad, ya que el paciente está limitado para probar lo sucedido en el transcurso de la atención, intervención o procedimiento al cual se vio sometido,

pues es entendible que sea lego en esta ciencia y que en otras circunstancias tome una actitud pasiva, como cuando, está anestesiado, inconsciente, etc.

En este orden de ideas, contando con que las pruebas reinas, como la historia clínica, exámenes y radiografías, están en manos del médico o la entidad que presta el servicio de salud, es poco probable que el demandante llegue a materializar los hechos. Seguidamente se considero que debía aportarlos al demandado por su idoneidad en el tema, con lo cual se pretendió romper un paradigma y crear otro.

Así, encontramos que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial alrededor de este asunto, ha mantenido la discusión vigente, de ahí la importancia de establecer cual es la posición actual al respecto.

## 1. LA CULPA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Es importante referirse en primer lugar de manera breve, sobre la culpa, toda vez que el problema que presenta ésta categoría para el estudio del Derecho, supone una discusión tácita en términos epistemológicos respecto a la polisemia de este concepto.

Para ilustrar con un ejemplo podría remitirse analógicamente al concepto de acción en el derecho; en donde el penalista por ejemplo utiliza esta categoría por un lado si es causalista – como movimiento corporal voluntario – o si es finalista – como acción final- ; para un civilista la acción puede calificarse dependiendo de la pretensión en acción reivindicatoria, acción de pertenencia, acción posesoria, etc. Para un procesalista la acción se entiende como un derecho por medio del cual se puede hacer valer un derecho subjetivo. Como puede apreciarse no es simple para el estudiante de derecho dar cuenta de manera precisa acerca de la categoría jurídica de acción.

De igual modo el concepto de culpa, ofrece dificultad desde el punto de vista cognitivo para el estudiante de derecho, pues a grandes rasgos puede decirse que, por un lado, para el civilista a raíz de la clasificación adoptada por el Código Civil, la culpa se clasifica como grave, cuando hay la falta al mínimo nivel de cuidado, leve, cuando hay omisión a la falta de cuidado que opera un buen padre de familia y levísima, por la falta del cuidado que debe tener un diligente hombre de negocios.

A nivel del derecho penal a grandes rasgos, la culpa varía según se identifique el nexo causal, dependiendo de la teoría con la que más se acomode el tratadista, la cual según Fernando Velásquez <sup>1</sup> puede ser entre otras, la teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad eficiente, teoría de la causalidad adecuada, teoría de la imputación objetiva, etc. Igualmente la culpa admite la clasificación de inconsciente, cuando el agente no representa la posible ocurrencia de un resultado típico habiendo podido y debiendo hacerlo o de consciente, cuando el agente, habiéndose representado como posible el resultado confía en evitarlo.

No obstante lo anterior y sin modo alguno de pretender salvar esta importante discusión, teniendo en cuenta que las anteriores conceptualizaciones de manera puntual no responden al concepto de la culpa en el procedimiento medico, para

---

<sup>1</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Medellín. Temis, 1.998. p. 162.

efectos de este trabajo se hace pertinente integrar una noción en el ordenamiento jurídico por medio de la cual se entiende por culpa médica, la violación del deber de cuidado hecha por el profesional de la salud, la cual se concreta en el menoscabo o detrimento en la salud o la vida del paciente.

El artículo 90 de la Constitución Política constituye el régimen de responsabilidad que nos gobierna en la medida que el Estado está llamado a responder por los daños antijurídicos que le sean imputable, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, teniendo en cuenta que la fuente del daño corresponde a la misma actividad de la administración.

La culpa o responsabilidad del Estado en el procedimiento médico o la prestación del servicio médico asistencial desencadena el daño, o afrenta a la integridad de la persona, este perjuicio, que una persona no esta en la obligación de soportar y por el cual se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado, es lo que se ha denominado el daño, requisito necesario para declarar la responsabilidad y la consecuente obligación de indemnizar, mismo que de no demostrarse como elemento de la responsabilidad estatal no permite que se estructure, igualmente cabe aclarar que no es suficiente el daño por si solo, pues aunque exista el demandado puede estar cubierto por una causal exonerativa de responsabilidad o porque no es un daño antijurídico y en consecuencia debe soportarlo quien lo sufre.

Por lo anterior, cabe concluir que para efectos de determinar la responsabilidad es indispensable que no exista duda sobre la ocurrencia de los hechos y el nexo causal, porque de lo contrario se llegaría a aceptar que la entidad pública en todos los casos se viera abocada a responder muy seguramente por un daño que no tiene origen en su actuación o cuando la causa del aquel se desconoce.

Así mismo, es necesario acreditar los otros dos elementos de la responsabilidad, para decretar la falla del servicio, sin embargo para que surja responsabilidad no es suficiente que exista una conducta antijurídica ni que se compruebe una relación de causa a efecto sino que se requiere que el acto generador del daño sea atribuible a una persona, es decir, imputar un hecho y sus consecuencias a un ser determinado.

La imputación puede ser de acto voluntario que produjo el daño frente al cual el deudor se libera de responsabilidad demostrando que la falta corresponde a una causa ajena y de otra parte cuando se realiza una atribución legal, no puede eximirse por la prueba de falta de culpa sino únicamente por la demostración de una causa ajena.

## **2. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA CULPA MÉDICA**

Esta responsabilidad patrimonial puede tener su origen en el Derecho Penal, el Derecho Privado o en el Derecho Administrativo, veamos como opera en cada una de ellas.

### **2.1 LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO PENAL.**

En lo atinente a la cuestión patrimonial, la parte civil y penal pueden ser complementarias y estar íntimamente ligadas, toda vez que en el evento en que se presenta un fallo judicial de naturaleza penal y se declara a una persona como culpable de un delito a título doloso o culposo, en donde se ha causado daño a otra persona, se genera además de la sanción prevista en el Código Penal, la obligación por parte del condenado de pagar los perjuicios a que haya lugar por su acción; al respecto el artículo 2.341 del Código Civil dice:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido un daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Si bien es cierto que la responsabilidad civil no tiene como presupuesto la responsabilidad penal, pues la parte civil y penal de la responsabilidad se pueden tramitar en procesos diferentes, y no necesariamente se tiene que presentar un enjuiciamiento a nivel del derecho penal para que se pretenda en juicio reclamar obligaciones de carácter patrimonial, al derecho penal le corresponde determinar que hay delito culposo, ya sea, que verse sobre el tipo de lesiones personales o de homicidio, según sea el caso, y una vez haya lugar a una eventual sentencia condenatoria al sindicado, se procederá a exigir el cumplimiento de las indemnizaciones a que haya lugar con criterios ajenos a la dogmática del hecho punible y basados en las normas pertinentes del Código Civil.

Desde la perspectiva civil, el daño causado en el procedimiento médico con culpa, según señala Sergio Yépez<sup>2</sup>, es la fuente de relación obligatoria para que haya lugar a resarcir.

---

<sup>2</sup> YÉPEZ RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. Medellín. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 1994. p. 43.

Para el tratadista Javier Tamayo:

“Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.”<sup>3</sup>

Con relación a la indemnización patrimonial derivada del daño causado con ocasión de la actividad médica dice Sergio Yépez<sup>4</sup>, que se deben señalar que los daños en el cuerpo y la salud son sumamente graves, porque pueden limitar o imposibilitar la vida normal del afectado temporalmente y a veces de manera irreversible.

El daño puede consistir en lesiones que pueden provenir de perturbación funcional de un órgano o de un miembro, en la pérdida anatómica de éstos y en general de cualquier daño que afecte los sistemas y órganos del cuerpo humano.

Para el cálculo de las indemnizaciones se deben tener en cuenta los daños orgánicos y síquicos, perjuicios materiales por no haber desempeñado sus labores durante la recuperación, gastos de hospital, drogas, médicos, además de los perjuicios morales y extrapatrimoniales provenientes del daño fisiológico.

De otra parte, la responsabilidad civil médica, encuadra en las llamadas obligaciones de prudencia o de medio, igual a la del abogado, siempre y cuando, se configuren tres presupuesto, la conducta, el daño y el nexo de causalidad. También pueden recaer en responsabilidad civil, el equipo médico y las entidades e instituciones prestadoras de salud cuando ocasionan daños y perjuicios que afecten los derechos a la vida, la integridad y la salud de sus pacientes.

**2.1.1 La prueba de la culpa médica.** La culpa médica consiste en la falta de diligencia o previsión que acarrea la infracción de alguno de los deberes médicos, ya se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.

En este campo, la carga de la prueba ha causado gran polémica, como quiera, que en aquellos casos donde se alegaba la responsabilidad del médico, éste ocultaba la información, incluso se llegó a la solidaridad entre el médico y el establecimiento médico para probar los hechos y ocultar la información, dejando indefenso al demandante, quien simplemente alegaba sin probar, pues en algunas ocasiones hasta los dictámenes de expertos revestían de imparcialidad.

---

<sup>3</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, De los Principios y su Indemnización. Bogotá. Editorial Temis, 1986. p. 7.

<sup>4</sup> YÉPEZ RESTREPO, Sergio. Op. Cit. p. 44.

Esa es la razón por la cual el cambio del esquema tradicional de la carga de la prueba al de la inversión de la misma produjo tanta incomodidad, hasta generó en el juez la insatisfacción en la prueba aportada por el galeno para acreditar su diligencia y cuidado, en consecuencia finalmente se llegó al criterio dinámico que al parecer es el más acertado.

**2.1.2 Responsabilidad contractual y extracontractual.** En la primera encontramos que el médico es responsable contractualmente por las acciones nocivas que ejecute en su quehacer profesional, cuando incumple una obligación preexistente, por ejemplo en los diferentes tipos de contratos celebrados con los pacientes, ya sea de servicios médicos u hospitalarios, entre otros.

La responsabilidad extracontractual a cargo del profesional de la salud se genera, cuando por el ejercicio de labores ocasiona un daño sin existir un vínculo jurídico entre la partes, como sucede en el caso de llevar a cabo la prestación de servicios médicos en un paciente inconsciente, ya sea que el médico intervenga unilateralmente o porque el contrato adolezca de algún vicio que afecte su validez.

**2.1.3 La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica contractual y extracontractual.** Como bien expresamos con anterioridad la responsabilidad médica puede ser contractual o extracontractual y debe ser probada, lo cual significa que de conformidad con el artículo 2.341 del Código Civil, le corresponde al demandante aprobar suficientes elementos de juicio para establecer la posible negligencia del médico, manteniéndose así en materia civil la concepción tradicional de la carga de la prueba. Al respecto Javier Tamayo Jaramillo predica:

“Ahora para nosotros el argumento esencial en virtud del cual la culpa médica por defectuosa prestación del servicio debe probarse tanto en materia contractual como extracontractual, radica en lo aleatoria que resulta la actividad del médico frente al paciente. Esa aleatoriedad es el criterio predominante de distinción para quienes consideran válida la existencia de las obligaciones de medio”<sup>5</sup>

Sin embargo la Jurisprudencia en materia civil también ha definido en virtud de la circunstancialidad de la profesión médica, en que casos una obligación del médico es de resultado, a este respecto encontramos que la jurisprudencia ha dicho que no es una obligación de medio sino de resultado, la vigilancia y seguridad del paciente en los establecimientos médicos, lo anterior se fundamenta en el caso de la furtiva salida de un paciente del hospital, quien posteriormente fue arroyado a las cercanías del establecimiento por un vehículo, ocasionándole la muerte, ahí se observa que el médico ya habiendo cumplido con

---

<sup>5</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. p. 7.

su obligación de medio no guardo vigilancia y seguridad al paciente, situación alejada de las contingencias que acarrea la actividad o procedimiento médico.

En la misma sentencia la sala resalta:

“... éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar la ausencia de curación”<sup>6</sup>

De esta afirmación que ha expresado la Corte se corrobora la aplicación de la teoría tradicional de la carga de la prueba y con ello se elucida que es el paciente quien debe realizar el ejercicio probatorio, por cuanto al profesional de la medicina solo se le exige aportar los conocimientos de la ciencia que conoce y los elementos de la *lex artis*.

## **2.2 LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Cuando el servicio de salud es prestado por un hospital o por funcionarios públicos, la competencia pertenece al tribunal administrativo y, en segunda instancia, al Consejo de Estado.

Sostiene Sergio Yépez en ese punto que:

“... y si la demanda se dirige a varias personas instituciones públicas-, la acción se denomina la reparación directa ... Aunque tiene una denominación distinta, constituye igualmente una demanda del paciente o sus familiares por la prestación defectuosa del servicio de salud y que se denomina fallo y falta en el servicio público hospitalario.”<sup>7</sup>

**2.2.1 La carga de la prueba.** Según concepto de nuestros tratadistas y teniendo en cuenta que éste estudio se centra en la carga de la prueba en la responsabilidad estatal, no está de menos decir que fruto de una excelsa labor por parte de nuestro Consejo de Estado, está la gran diferencia que estableció entre la responsabilidad estatal y la civil; lo anterior fue resultado de la gran trascendencia que en el derecho administrativo colombiano ha tenido la jurisprudencia administrativa francesa.

---

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Civil. Sentencia de Casación del 12 de septiembre de 1985. M.P., Horacio Montoya Gil.

<sup>7</sup> YÉPEZ RESTREPO, Sergio. Op. Cit. p. 51.

Así este máximo Tribunal Colombiano, comenzó por acogerse a la teoría de que la falla o culpa médica debía probarse, pues las entidades hospitalarias y los médicos en general sólo contraen una obligación de medio.<sup>8</sup>

Sin embargo, a partir del 24 de octubre de 1990, El Consejo de Estado empieza un crucial y revolucionario viraje que culmina con la admisión de un principio general según el cual se presume la falla del servicio médico, pues en virtud de la denominada teoría de la carga dinámica de las pruebas, al médico le queda más fácil demostrar que obró con diligencia y cuidado, que al paciente demostrar la culpa del médico.<sup>9</sup>

Concebida la responsabilidad médica estatal, se aplica la teoría de la falla presunta, donde el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio, a la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de manera prudente, con diligencia, para que su actuación no pueda calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que de lugar a comprometer su responsabilidad.

Igualmente, la jurisprudencia ha señalado que en un inicio la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano se encaminó a acoger la teoría según la cual la falla o culpa médica debía probarse, como quiera, que la entidad hospitalaria y el médico sólo contraen una obligación de medio. Sin embargo con la sentencia del 24 de octubre de 1.990 el Consejo de Estado fundamentado en la que consideraron presunción de culpa establecida en el artículo 1604 del Código Civil, inicio un revolucionario viraje hacia el principio general según el cual se presume la falla de servicio médico, pues en virtud de la teoría de la carga dinámica de la prueba, al médico le queda mas fácil demostrar que obró con diligencia y cuidado, que al paciente demostrar la culpa del médico<sup>10</sup>.

Posteriormente en sentencia de 30 de junio de 1.992 el Consejo de Estado abandona el fundamento citado acogiendo una nueva doctrina la cual señala:

“ Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, exclusividad, privacidad y por encontrarse en juego de intereses personales o institucionales, etc., se constituyen en barreras

---

<sup>8</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. p. 79.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. C.P., Gustavo de Greiff Restrepo.

infranqueables, para el paciente o el ciudadano común que se encuentra procesalmente obligado a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos de imprudencia, negligencia o impericia, contra una institución encargada de brindar los servicios médicos u hospitalarios.

Se advierte, que sin duda resultaría mas beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científica prestadas por especialistas, fueran estos, los que por encontrarse en mejores condiciones de conocimiento técnico y real, por cuanto, ejecutaron la respectiva conducta profesional, satisficieran directamente la inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.<sup>11</sup>”

Seguidamente el Consejo de Estado postula no solo la presunción de falla médica sino también la presunción de causalidad entre dicha falla y el daño, corolario, la entidad demandada deberá demostrar la diligencia y cuidado del cuerpo médico y la causa del daño, pues si esta última permanece desconocida la entidad demandada es declara responsable.

En síntesis se tiene que según la doctrina han existido varias posiciones respecto a la carga de la prueba, entre las cuales resalta las siguientes:

“

- a) Que inicialmente el Consejo de Estado aplicó el **onus probandi** tal como lo establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, poniendo énfasis en la actividad inicial del demandante, quien aportaría los elementos de prueba necesarios para establecer el acto negligente.
- b) En lo que podríamos llamar una etapa intermedia, el Consejo de Estado, con arraigo en la doctrina de las cargas dinámicas, aplica el régimen de la falla presunta del servicio, invirtiendo la carga de la prueba, con lo cual es al demandado a quien le corresponde soportar la actividad fundamental en materia de prueba, buscando la equidad en el campo probatorio del proceso, como quiera que se evidencia dificultad para el demandante en la obtención de la prueba.
- c) El replanteamiento del régimen de la falla presunta, por cuanto la mera inversión creó otro paradigma, “la inversión”, exigiendo del demandado pruebas imposibles del hecho, aspecto que generó en la realidad una verdadera presunción objetivadora de responsabilidad. Posteriormente aparece el verdadero criterio de cargas dinámicas para establecer que la aplicación del régimen de la falla presunta no será de aplicación general, sino eventual, y será el juez, de acuerdo

---

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de junio de 1992. C.P., Juan de Dios Montes Hernández.

con la justicia del caso, quien establecerá a quien le queda razonablemente, más práctico, aportar la prueba, es decir, cumplir con la carga de la prueba.<sup>12</sup>

**2.2.1.1 Versión clásica de la carga de la prueba.** De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, encontramos que la carga de la prueba, incumbe a las parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

A este respecto, encontramos la noción clásica de la prueba, donde la actividad judicial inicia con la demanda a cargo del demandante, quien a su vez tiene la carga de probar los hechos además de los elementos de responsabilidad y el nexo causal y de otra parte, el demandado, a quien le corresponde ejercer el derecho de contradicción y señalar que lo afirmado por el demandante se pruebe.

Así, la teoría tradicional ha dicho que la carga de la prueba incumbe al demandante, sin embargo, por los conflictos que acarrea la administración de justicia frente a la realidad de los conflictos se ha buscado otras alternativas para que el demandante no se desgaste en el esfuerzo de probar los hechos o situaciones que a veces son de difícil probanza y que por el contrario de mayor facilidad probatoria para el demandado.

En consecuencia con el esquema clásico de la carga de la prueba se exigiría al demandante probar:

- a. La negligencia del médico tratante
- b. Obtener y entender la historia clínica del paciente
- c. Demostrar el daño y la relación de causalidad
- d. La recolección de pruebas
- e. El conocimiento del hospital que para el demandante es un sitio ajeno, como quiera que solo se mueve de manera circunstancial y nada que decir frente al instrumental y equipamiento hospitalario.
- f. Conocimientos científicos sobre medicina

Pero por la poca o frágil posibilidad de probar que reviste a la víctima ha implicado que la prueba ideal sea aportada o encontrada en el médico, quien si aportaría presunciones de culpa difíciles de controvertir.

Asimismo la teoría clásica de la carga de la prueba, es aplicable frente a quien debe probar el daño, pues como señala el tratadista Juan Carlos Henao citando la

---

<sup>12</sup> PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Carga de la Prueba en la Responsabilidad Médica. Bogota DC. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004. 75 p.

sentencia del Consejo del Estado del 18 de abril de 1.994, se entiende que ésta responsabilidad recae sobre el demandante por aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, al respecto señala:

“El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de no proceder su indemnización.

.. Como punto de partida se puede anotar que la jurisprudencia colombiana, invocando el texto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil ha sido enfática en afirmar que el legislador tiene establecido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, cual ocurre en el derecho francés, y que la acción de responsabilidad no prospera cuando no se cumple con la carga que impone dicho artículo. Recordando al maestro Antonio Rocha se puede anotar que dicha regla es apenas natural porque los elementos que la integran son conocidos, mejor que nadie por el mismo acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, obviamente, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión. No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque el demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio, que por demás no pueden ser valoradas como hechos probatorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal le correspondía al demandante. Es así como el juez considera que el demandante debe probar la existencia del daño, so pena, si no lo hace, de impedir la declamatoria de responsabilidad.”<sup>13</sup>

**2.2.1.2 Inversión de la carga de la prueba.** Por lo anterior se paso a la concepción de la inversión de la carga de la prueba, que exige al demandado, es decir, al medico tratante realizar un mayor esfuerzo en la consecución de las pruebas con el fin de llegar al esclarecimiento de los hechos, por consiguiente a él si es más apropiado requerirle el siguiente material probatorio:

- a. Explicar porque medios llevo al diagnóstico, que exámenes se practicaron
- b. Señalar como se dio a conocer a la paciente y sus familiares el procedimiento, los riesgos y las expectativas frente al mismo
- c. Explicar su diligencia, cuidado y prevención en la realización del procedimiento.
- d. Conocimientos específicos en medicina con explicaciones científicas u orgánicas por las cuales se produjo el daño

---

<sup>13</sup> HENAO, Juan Carlos. El Daño. Bogota. Universidad Externado de Colombia. 2003. 39 p.

De lo anterior, se elucida una manera por medio de la cual el juez conocerá de primera mano el procedimiento médico realizado, con mayores criterios de realidad, que a la vez le permitan comprender la difícil conexión probatoria del demandante con el lenguaje científico que acredita el daño. No obstante, ello no puede ser óbice para perjudicar a la parte gravada con la inversión de la carga.

Se comparte, entonces, el criterio del profesor Luis Guillermo Serrano Escobar:

“La prueba de la culpa del médico, como una condición necesaria para establecer la responsabilidad profesional, es una carga que puede resultar muy difícil para el demandante, ya sea que se trate del paciente, víctima, o de sus familiares, que en más de las veces genera impunidad en materia civil, pues el paciente se encuentra limitado para determinar probatoriamente lo que sucedió en desarrollo de la atención o de la intervención de que fue objeto, pues por regla general es lego en estas materias, por tanto, desconoce el diagnóstico y el tratamiento para recibir, adopta una actitud pasiva en la relación médico – paciente, y si se trata de intervención quirúrgica, las más de las veces está anestesiado o inconsciente. De manera que exigirle al paciente, en esas circunstancias, que pruebe la culpa del médico, como una condición sine qua non para que se declare la responsabilidad patrimonial, es tanto como negarle el derecho a la reparación de los perjuicios de los que ha sido víctima, pues convierte este derecho en ilusorio, que si bien formalmente existe, en la práctica se hace imposible de materializar, pues el demandante poco o nada puede hacer para demostrar la conducta médica seguida, mas aún cuando las “pruebas reinas” en esta materia son elaboradas por los mismos médicos; así si se trata de la historia clínica, ésta es elaborada por el personal médico tratante, dejada en depósito en la entidad asistencial, lo cual limita el acceso inmediato a ésta por parte del paciente, que es la práctica generalizada en nuestro medio, lo que le resta credibilidad a este documento; y si se trata del peritaje, que para estos casos es rendido por colegas de los profesionales que son objeto de la demanda, que en ciertos eventos, que no son pocos, por colegaje, por solidaridad o por espíritu del cuerpo, no colaboran en el esclarecimiento de los hechos, ni que decir de los testigos, los cuales en su mayoría son los profesionales de la salud o de enfermería, que o bien tuvieron algo que ver con los hechos, o son allegados de los implicados, por relaciones de amistad o trabajo.”<sup>14</sup>

Entonces, no se puede desconocer que ésta inversión en la carga de prueba redunde en beneficio del proceso, procura que el juez, dotado con los elementos de verdad allegados al proceso, confronte los aspectos de difícil probanza con la posición de las partes, sin embargo, como su fin primordial, es la consecución de la certeza, deberá propiciar un mayor número de pruebas que le generen

---

<sup>14</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Bogotá DC. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2.000. p. 241-242.

convicción, para lo cual, podrá ayudarse con el ius probandi, que le otorga el Código de Procedimiento Civil, como es el dictamen pericial, entre los cuales encontramos el dictamen pericial, prueba de gran controversia en ésta clase de asuntos y que será retomado más adelante.

**2.2.1.3 Teoría de las cargas dinámicas de la prueba.** Después de haber expuesto la teoría sobre la inversión de la carga de la prueba, encontramos con la sentencia del 10 de febrero de 2.000, una nueva teoría frente a la cual algunos tratadistas han reflexionado diciendo:

“Los autores cuya doctrinas que sirven de fundamento para el Consejo de Estado para sustentar la teoría de la presunción de la falla del servicio, acuden a la figura de la carga dinámica de las pruebas, principio según el cual, en cada caso concreto, serán el demandante y el demandado los encargados de aportar bien sea de la culpa, bien sea de la ausencia de ésta”<sup>15</sup>

No obstante, cabe resaltar que el concepto no trata de invertir en su totalidad la carga de la prueba que compete a una de la partes, como se explicó en la teoría de la inversión de la carga de la prueba, sino que debe entenderse en el sentido de que todos las partes aporten las pruebas que están a su alcance para lograr la verdad real, en este orden de ideas, el juez puede prescindir de imponer al demandante la carga de probar la culpa del demandado y viceversa para pasar a exigirle a cualquiera de ellos, aclarar, las circunstancias que rodearon el daño.

Al respecto Vásquez Ferreyra expresa:

“Según esta doctrina se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocarla en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla, es decir, que estas reglas asumen un carácter dinámico en cuanto no se atacan a preceptos rígidos, sino que más bien, dependen de las circunstancias de caso concreto.

Dice el precursor en este tema igualmente relacionadas con el tema probatorio se encuentran las cargas probatorias (que, al fin y al cabo, son reglas que indican al juez como decir cuando, precisamente no hay prueba). Es decir: propone la problemática consistente en determinar a cargo de cual de las partes se haya el esfuerzo de probar tal o cual hecho litigioso. Superada la época – aunque no del todo - en la cual tales cargas conformaban un sistema pétreo hoy ya se habla de cargas probatorias dinámicas vale decir que pueden recaer (descartando así los apriorismos propios del sistema tradicional) en cabeza del actor y

---

<sup>15</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la Prueba de la Culpa Médica en Derecho Civil y Administrativo, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, 1.998. p. 90.

demandados según fueren las circunstancias de caso y la situación procesal de las partes”.<sup>16</sup>

Por ello, consideramos que la carga dinámica de la prueba, además de una obligación por ser impuesta por el juez también constituye en una facultad de la cual goza el médico de no permanecer pasivo ante las acusaciones y estar a la espera de que se compruebe su culpabilidad, sino que por el contrario, por su gran conocimiento en el tema puede colaborar con su propia versión, además de aportar los documentos que faciliten establecer la certeza de los hechos.

Es una cooperación con el juez para explicar los fenómenos médicos que se supone son de su conocimiento. Por ejemplo, cual fue la situación de consulta, el diagnóstico, el tratamiento empleado, las dificultades en su aplicación, porque se produjo la frustración y en que medida produjo sanación al paciente.

A este tenor Javier Tamayo Jaramillo señala:

“ En conclusión, creemos que la carga dinámica de la prueba no puede entenderse como un principio rígido de presunción, sino como su nombre lo indica, es un método regulador que hace recaer la carga probatoria sobre aquella de las partes que está en capacidad de aportarla, sin perjuicio de los que en determinadas normas expresas regule el legislador.”<sup>17</sup>

Sin duda, la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de colaboración o de solidaridad en la obtención de pruebas permite una mecánica coherente de quien puede aportar la prueba o hacer un esfuerzo para obtenerla, esto significa que está acorde con el principio denominado “favor victimae”, que en materia probatoria se ha utilizado para servir de fundamento a la probabilidad preponderante del nexo causal, facilitando así la prueba para el demandante respecto a éste último requerimiento de la responsabilidad civil médica.

Aquí, la carga de la prueba se efectiviza por razones de equidad con la parte menos favorecida, la víctima. Sin embargo no puede pensarse que el peso probatorio atribuido a una de las partes releva de la actividad a la contra parte y al juez, pues ello conllevaría a interpretar erróneamente esta gran herramienta.

Mario Fernando Parra Guzmán afirma a este tenor lo siguiente:

“... el criterio solidario o dinámico de la carga de la prueba envuelve la lealtad de las partes para que aporten los elementos de prueba que se

---

<sup>16</sup> VASQUEZ FERREYRA, Roberto. Prueba de la Culpa Médica. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, 1.995. p. 108.

<sup>17</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit. 96 p.

les facilite, de conformidad con la ocurrencia de los hechos, y que se alivie la carga para la parte que tenga menos posibilidades. Aquí se aplica la equidad, o si se quiere, se equilibra las partes para buscar un fin común en el proceso. Un fallo justo.”<sup>18</sup>

Entonces, se denota que la doctrina procesal moderna ha avanzado lo suficiente como para entender que ambas partes se encuentran obligadas a producir su aporte a los fines de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, aunque siempre según su campo de acción.

Finalmente de la doctrina internacional, Carlos A. Guersi concluye que la tendencia de las sentencias judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se encamina a la aplicación del artículo 1.625 del Código Procesal Civil y Comercial, para dar un tratamiento jurídico responsable en materia de daños derivados de la medicina, y en general del ejercicio profesional, al colocar en justa medida tanto a actor y demandado a aportar elementos probatorios en la reconstrucción histórica y sus secuencias jurídicas.<sup>19</sup>

**2.2.1.4 La probabilidad preponderante.** La probabilidad preponderante, nueva teoría del Consejo de Estado frente a la responsabilidad médica por organismo del Estado, ha sido expuesta con gran amplitud en la sentencia del 3 de mayo de 1.999, ésta tiende a aligerar el rígido principio de la carga de la prueba en la comprobación del nexo de causalidad entre el hecho y el daño, basándose en afirmaciones que presumen la existencia del daño sufrido por la víctima. Es así como se observa que se aligera la carga de la prueba en casos excepcionales, especialmente en los relacionados con el principio de favor victimae, relegando la afirmación de que corresponde al demandante probar el daño por ser éste el acreedor al resarcimiento de los daños y pasando a la concepción de que este se considera probado siempre que el juez obtenga el convencimiento de la existencia del daño, por una amplia probabilidad.

Al respecto el tratadista Serrano señala que la doctrina ha dicho:

“En términos generales, y en relación con el “grado de probabilidad preponderante”, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen con los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser

---

<sup>18</sup> PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Op. Cit. p. 107.

<sup>19</sup> GUERSI, Carlos A. Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial. Medellín. Biblioteca jurídica Diké, 1993. p. 353.

considerado solo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo quien hace valer su derecho fundamentándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el Juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que no existe una “probabilidad determinante”.<sup>20</sup>

Al respecto, la decisión del Alto Tribunal Contencioso expresa el criterio de la alta probabilidad cuando señala:

“En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejia sufrida por (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por si mismo y después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada.

Aunque, se afirma que no existe certeza del daño, ya que de acuerdo con la lesión padecida por la menor, era posible esperar la invalidez, se colige, la causalidad entre el hecho y el daño porque la menor entro caminando al hospital y posteriormente a la intervención sale parapléjica, en consecuencia, se puede imputar la negligencia médica mediante la probabilidad, ya que a causa de la intervención de la institución se produjeron otras causas que no debían desprenderse de su normal evolución.

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que está comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada” cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 176.

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1.999. C.P., Ricardo Hoyos Duque.

Bien encontramos en este sentido que se facilita para la parte demandada probar el nexo de causalidad, en vista del principio de la “favor victimae”, ya explicado anteriormente y consistente en proteger a la víctima por la lesión generada.

Al respecto, Parra afirma:

“Mucho se ha discutido sobre la determinación jurídica de la decisión que debe adoptar un juez, por cuanto la certeza es un problema epistemológico que no puede establecer como requisito la determinación de la verdad en términos absolutos. De ahí que ante varias causas el juez ha optado por una posibilidad en que no está implícita la certeza como relación de lo probado con la realidad, pues hay alta probabilidad como convicción de que esa causa fue la más eficiente para la realización del daño.”<sup>22</sup>

En este orden de ideas podemos concluir que hay cierta inactividad probatoria del personal médico, o el demandante no prueba el nexo de causalidad, y el juez con las pruebas obrantes en el expediente no logra certeza de la causa deberá declarar su inexistencia o por el contrario la alta probabilidad de su existencia. Esta ha sido la teoría del Consejo de Estado, invertir la carga de probar el nexo de causalidad, determinando las consecuencias de que el demandado no probara su existencia o ruptura.

La jurisprudencia expresa respecto a lo comentado finalmente que:

“Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración de la causalidad en materia médica, no resulta aventurado sostener que ante casos de difícil prueba de la causa, se adoptan criterios que aligeren la situación de la víctima, máxime si se tiene presente que, la dificultad en el hallazgo de una causalidad razonablemente cierta que permita formular el juicio de imputación puede obedecer, precisamente, a la forma grupal de la prestación del servicio médico de salud, que en no poca medida impide el conocimiento de tal elemento por el anonimato que suele presentarse ante la participación plural del grupo de médicos, en virtud de la cual, no puede atribuirse a una determinada conducta el germen de la causa del evento dañoso o la configuración clara de la misma, por la concurrencia de las causas, no resultando acorde con el criterio de justicia el que el dañado, quien se le vulnera su derecho constitucional a la salud, tenga que cargar con la dificultad probatoria, que en la práctica traduce en la falta de efectividad y protección de su daño.”<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Op. Cit. p. 106.

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de junio de 2.000. C.P. María Helena Giraldo Gómez.

“Sin embargo cabe aclarar que el Consejo de Estado en la misma sentencia señala que la concepción de la probabilidad del nexo de causalidad no es una presunción de causalidad, sino que es el medio por el cual se aligeran las cargas ante verdaderos casos de dificultad probatoria, sin que de allí pueda concluirse que la causalidad no deba probarla quien aduce su existencia, es decir, a la víctima.”<sup>24</sup>

No obstante, frente al mismo tema Parra señala, que no es un problema de probabilidad de existencia del nexo de causalidad sino de prueba suficiente que permite declarar la existencia del mismo, a este tenor expresa:

“Hay una tendencia más que jurídica, es la teoría del conocimiento que tiende a superar el problema de la decisión. El evaluar siempre la posibilidad de duda o error, porque el juez, como ser humano declara su convicción, si se quiere, su certeza; la seguridad de su decisión, con fundamento en los medios de prueba allegados al expediente, más que un problema de prueba preponderante o de alta probabilidad de la existencia del nexo causal, creemos que es un problema de prueba suficiente que lo lleva a declarar la existencia de aquél. Creemos que jurídicamente es la posición correcta, pues en el proceso mental que realiza el juzgador establecerá presunciones que lo llevarán a identificar la existencia de un elemento axiológico causal, para declarar su verdad, la del proceso, fulminando la discusión entre verdad formal y verdad real, porque el juez reconstruye hasta donde su condición limitada, es decir, el grado de convicción, se lo permiten.”<sup>25</sup>

Encontramos, también precedentes a esta teoría en la sentencias del 3 de febrero de 1.995, expediente 9.142, sección tercera, MP Carlos Betancourt Jaramillo y la sentencia del 3 mayo de 1.999 ya comentada en prelación y por lo cual nos referiremos solo a la inicial, donde se plantea el caso de una paciente que fue sometida a la intervención de histerectomía o extracción del útero en la Clínica Marly, como consecuencia directa de la cesárea practicada en la Caja de Previsión Nacional, perdiendo así el órgano de gestación y con ello la posibilidad de procrear nuevamente. Frente a los hechos narrados la Sala señaló que el perjuicio de la demandante tuvo origen en la actividad desplegada por la entidad demandada que corresponde a la Caja de Previsión Nacional.

En las consideraciones la Sala plantea que la parte demandada debe desvirtuar dicha presunción y la consecuente responsabilidad que acaece, demostrando la existencia de fuerza mayor, culpa excesiva de la víctima, el hecho también exclusivo y determinante de un tercero; o el comportamiento diligente que permita deducir la ausencia de culpa en la producción del daño.

---

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Op. Cit. p. 132.

De lo anterior se colige que no es la parte demandante quien debe demostrar la negligencia que dio perjuicio al sufrido por la víctima, como bien prescribe el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, sino que ella marca la aminoración sobre la carga de la prueba de la misma, porque le permite probar como requisito mínimo de sus pretensiones, los supuestos que permitan la operancia de la presunción. Igualmente la víctima solo deberá probar que intervino en la realización del perjuicio así sea de manera pasiva.

Finalmente, de todo lo expuesto se deduce que al hablar de la inversión de los principios de la carga de la prueba encontramos, que esta aplica también en la necesidad de demostrar el nexo causal, que si bien está a cargo del demandante, éste no cuenta con las posibilidades de demostrarla, bien porque los elementos probatorios han desaparecido o se encuentran en poder del profesional o la entidad que presta los servicios, de ahí que el juez haya tenido que recurrir para demostrar este requisito a la probabilidad.

Así, el juez para emitir una decisión deberá recabar el acerbo probatorio utilizando el criterio de las cargas dinámicas de la prueba y en caso de no lograr la certeza necesaria, podrá acudir a las probabilidades para adecuar la causalidad a la más adecuada.

No obstante, es pertinente considerar que esta probabilidad, a mi modo de ver la valoración subjetiva del juez para declarar la certeza, desdibuja la decisión que se va a proferir, como quiera, que es contradictorio una certeza probable, una certeza subjetiva.

**2.2.2 De las pruebas.** La prueba según los doctrinantes estudiosos del tema es la médula del proceso que permite trasladar a éste, la realidad de los hechos para de esta manera reconstruir fidedignamente su ocurrencia. Así lo señala Muñoz Sabaté al decir:

“... todo el proceso de la prueba no significa más que un intento de acceder al conocimiento a través de las huellas para luego trasladarlas a la litis y obtener a través de una actividad pensante la reproducción del hecho histórico en unas coordenadas tempo-espaciales diferentes; intento, que como vemos, habrá de sufrir en múltiples ocasiones una frustración debida a la indisponibilidad cognoscitiva de las huellas. Y adviértase que esa indisponibilidad, según nuestro concepto, abarca no solo el desconocimiento acerca de la existencia de estampaciones a la litis y a su correcta reproducción.

Indudablemente la prueba se reciente a veces de tales dificultades y nos proporciona unos resultados pobres incapaces de verificar las afirmaciones producidas por el litigante quien, frente a unos

determinados y especiales hechos históricos no ha podido hacerse con el medio instrumental adecuado para reproducirlo en autos. Se tratará generalmente de hechos antiguos, hechos ilícitos, hechos ocultos y psíquicos, hechos de rara o ignota estampación que tan solo una inmensa labor heurística, procesal, habría tal vez desvelado, y que luego requerirían un aporte instrumental costoso, incomodo, trabajoso o difícil para accederlos a la litis. Todos estos hechos habrán de tipificar el tema de la prueba exigiendo al juzgador una conducta compensante en proporción a la propia dificultad apreciada objetivamente. Esta conducta a la que distinguimos como favor probationes puede desarrollarse de múltiples maneras a través de los actos de Asunción y estimulación de la prueba y es el resultado de una estimulación psicológica que induce al juzgador a tomar mayor parte activa en dicha prueba, y a ejercer sus poderes discrecionales hasta situaciones límite a veces conflictivas con el usos fori a la rutina.<sup>26</sup>

El Código de Procedimiento Civil ha establecido en su artículo 187, que contempla dentro de los medios de prueba el dictamen pericial, primordial para probar la responsabilidad médica, aunque no se puede desconocer que las partes tienen libertad para aportar o solicitar las pruebas necesarias para corroborar sus afirmaciones y más cuando son ellas las elementos probatorios que rodearon los hechos. La prueba debe contribuir al convencimiento del juez, pues además éste la valora también con libertad a través del sistema de la sana crítica utilizando la lógica, la ciencia y la experiencia.

**2.2.2.1 La prueba pericial.** Esta prueba, de gran importancia porque busca establecer la responsabilidad de los médicos y de las entidades prestadoras de salud, ha tomado relevancia con el transcurso del tiempo, en vista de la ignorancia de los estudiosos de la ley frente a temas médicos, situación que ha generado mucha polémica, algunos afirmando que constituye la prueba reina para dar luz y claridad a los conocimientos que puede obtener el juez de las partes y de otra parte, porque argumentan el peligro de que el perito médico llegue a relevar al juez de la administración de justicia, ya que implícitamente con el concepto otorgado podría llegar a determinar la decisión del juzgador.

Con la última posición se cuestionan ciertos presupuestos constitucionales como son los artículos 116 y 228, normas de rango supremo que reconocen a los Jueces y Magistrados como la autoridad competente para administrar justicia y resolver los asuntos a ellos encomendados, ya que ésta constituye una función pública revestida de independencia, sería un contrasentido que lo hicieran auxiliares de la justicia.

---

<sup>26</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis. La prueba de la Simulación. Bogota. Temis, 1.980. p. 41.

Asimismo, se entendería resquebrajado el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, pues el pretender darle mayor valor probatorio a ciertas pruebas desconocería el sistema de la libre valoración de la prueba que obliga al juez a apreciar las pruebas en su conjunto y acoge el sistema de la tarifa legal probatoria, teoría ya desechada por el ordenamiento jurídico a partir de la aludida norma.

Sobre el tema, la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria ha señalado:

“En Colombia, según el principio de la apreciación racional de la prueba, implantando en este país por claro mandato del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, es deber del juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.

Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los falladores de instancia frecuentemente acudan a ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicada. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas todas como un supuesto integrado por elementos disímiles.

Y ello está bien si, como lo agrega el artículo 187 citado en el examen conjunto del juez éste expresa “razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba”, pues si así no actúa su análisis resulta no solamente ilegal sino peligroso, porque arbitrariamente saca una deducción, por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión.”<sup>27</sup>

También, la jurisprudencia del Consejo de Estado recalca que:

“ ... la valoración de la prueba pericial en materia de responsabilidad médica, debe ser apreciada con las demás pruebas obrantes en el proceso, mismas que deben ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. Lo anterior en vista del caso suscitado frente a un paciente que fue atendido por contusión, hemorragia y edema cerebral donde la entidad hospitalaria alegaba que el paciente estuvo bien tratado porque sus signos vitales estuvieron vigilados, sin embargo se debe exponer que a la llegada del paciente se determinó una urgencia neurológica que no fue atendida a tiempo, en consecuencia al momento en que se realizó el

---

<sup>27</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia del 12 de febrero de 1.980. M.P., José María Esguerra Samper.

TAC, dos días después de la llegada del paciente, no aportaba ninguna ventaja porque éste ya se encontraba en estado premortem.”<sup>28</sup>

Sin embargo, si bien esta es una razón legal de gran relevancia, existen otros argumentos para considerar que la prueba pericial no es la prueba reina de los procesos de responsabilidad médica como señalan algunos, así, se encuentra en primer lugar que la medicina no es una ciencia exacta, por consiguiente, lo que hoy es cierto en el futuro por la continua evolución puede dejar de serlo. Segundo, porque existen muchas soluciones a los problemas médicos ya sea por la medicina clásica o las medicinas alternativas que ofrecen muchas más posiciones y comentarios, con esto se quiere decir que el juez no estaría obligado a aceptar como única medida a aplicar, la expuesta por el perito médico, pues puede optar por posturas diferentes dependiendo de la información adicional que sobre el aspecto en estudio obtenga, incluso puede valerse de otros medios de divulgación como el internet, instrumentos que ayudaran a dar un criterio valorativo al concepto probatorio dado por el perito.

De otra parte, cabe anotar al respecto, que la doctrina ha destacado un gran problema frente a las pruebas que son practicadas bajo juicios de responsabilidad médica, en el sentido de que éstas pueden estar carentes de ecuanimidad, al expresar:

“... la falta de imparcialidad de algunos peritos, motivados en especial por razones de colegaje profesional y por la adopción de estos profesionales, de la denominada “medicina a la defensiva”, que ha conducido a que algunos médicos asuman una causa común de protegerse mutuamente, en el erróneo entendimiento de que el problema de la responsabilidad médica se debe a los abogados y no a la mala práctica de la profesión, que motiva que algunos encubran los errores de sus colegas, pues a fin y al cabo, en el futuro, se pueden encontrar en una circunstancia similar y demandarían la misma solidaridad...”<sup>29</sup>

Esta falencia aducida por el Doctor Serrano marca el ejercicio mediocre de la profesión, incluso el retroceso en la medicina y un detrimento en la salud de los pacientes, pues se observa que los profesionales de la medicina no asumen con ética la gran labor que desempeñan, por el contrario, además de poner en peligro la salud de sus pacientes, afectan la buena administración de justicia premeditadamente en algunos casos.

---

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá DC. Sentencia del 7 de octubre de 1.999. C.P. María Helena Giraldo Gómez.

<sup>29</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 131.

No es de olvidar que las pruebas deben ser valoradas según los principios de la sana crítica, pues contrario sensu, el juez podría dar lugar a una vía de hecho por arbitraria valoración probatoria, como quiera que, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica contemplados en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, dicho poder jamás puede ser arbitrario; su análisis se somete a diversos criterios objetivos, serios y responsables.

No se adecua, la negociación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente omite su valoración y sin razón la ignora desconociendo el hecho o la circunstancia que emerge clara y objetivamente.

**2.2.2.2 De las pruebas del médico para probar su diligencia.** La jurisprudencia colombiana a dicho que la obligación del médico frente a las carga dinámica de la pruebas recae en explicar que ocurrió con el paciente en la medida que tenga posibilidad de hacerlo, sin embargo nos preguntamos si deberá probar también la diligencia y cuidado requeridos.

Pues bien se cree que el médico por ser el experto en la ciencia aplicada puede facilitar los medios probatorios para establecer lo acontecido, sin embargo lo cierto es que en la mayoría de los casos el médico está solo con el paciente y no le queda el más mínimo rasgo físico probatorio para establecer su comportamiento.

En efecto, recurrir a la historia clínica cuando ésta existe y dar una versión, son criterios suficientes y apropiados para determinar la causa del daño, no siendo lo mismo para establecer la diligencia y cuidado y librarse de la responsabilidad, ya que, para ello deberá acudir a todos los métodos que el derecho civil otorga en el campo probatorio como dictámenes, necropsias, exámenes de laboratorio, testigos, avances de la medicina, etc.

Sin embargo, con lo afirmado no se tiene claridad sobre que debe probar el médico ante el juez, para que este acepte que actuó con diligencia y cuidado, pues bien, así, no es probar que contó con un buen equipo de trabajo, que tiene buenos antecedentes profesionales, que ha realizado incalculables estudios o de otra parte, probar que el daño se debió al mal estado del organismo del paciente, como quiera, que ello no elimina que el médico cometa una imprudencia o comportamiento torpe que efectivamente produzca el daño. A éste le corresponde probar la causa del daño, la razón por la cual se dio al traste con la salud del paciente, y porque se produjo el resultado nefasto para la víctima.

Por ejemplo, cuando el médico opera un nervio y de dicha operación se desprende que afectó otro nervio imperceptibles debe establecer que tuvo

diligencia y cuidado al colocar el bisturí, prueba imposible de aportar dada la rapidez de los cambios en las células del organismo y la ausencia de otros medios probatorios para acceder a su corroboración.

Entonces, encontrando que la prueba en la práctica no es tan fácil para el médico como se predica con antelación, por la ausencia de medios probatorios adecuados, no es posible que el médico pese a la diligencia y cuidado que hubiere podido emplear logre demostrarlos, situación que pone en tela de juicio la teoría de la falla presunta, que si bien es fundamental, ya ha sido estudiada y trabajada más ampliamente en otras investigaciones, por lo cual este trabajo no centra atención en su estudio.

En este orden de ideas, avizorando la dificultad de obtener la prueba del cuidado y diligencia médica resulta contradictorio decirle al médico que la culpa y la relación de causalidad se presumen en su contra, porque éste, está en la facultad de desvirtuar dicha presunción.

La prueba de diligencia para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración de que el paciente se le otorgó una atención adecuada.

“ Para la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, la prueba que acredita el cumplimiento de la obligación del médico, consiste en demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es, que realizó la serie de actos previstos por la ciencia y el arte médico para el tratamiento del caso que el paciente le confió; que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado, por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica, que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones para ser tomadas durante este periodo; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 1.995. C.P., Carlos Betancur Jaramillo.

Todos estos actos son precisos y determinados, previstos por el arte médico, empero el médico no los encamina para obtener la sanación del enfermo sino que son garantía del tratamiento médico.

Así solo podemos concluir que la prueba de la diligencia y cuidado, sólo es posible, cuando se conoce la causa precisa del daño y se demuestra, que en dicha causa el médico no obro culposamente.

### **2.3 POSICIÓN ACTUAL DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA**

En principio podemos decir que en la noción de falla del servicio probada, los argumentos indicaban entender que el demandante en un proceso de responsabilidad médica ante la jurisdicción contenciosa o civil ordinaria, debía probar la negligencia del galeno. Hasta este punto el Consejo de Estado aplicó la noción tradicional de la carga de la prueba, por cuanto si el demandante no probaba la negligencia configurante de la falla del servicio, no podían prosperar sus pretensiones.

Seguidamente antes de la Constitución de 1.991, figuraba la falla del servicio, es decir la responsabilidad subjetiva del Estado. Luego aparece la noción de daño antijurídico, que predicaba una responsabilidad objetiva, que trasladaba el interés jurídico de la conducta del sujeto al menoscabo del derecho a la víctima. Y en la actualidad se aplica la noción de daño antijurídico complementada con la noción de falla presunta.

El Consejo de Estado frente al problema de la carga de la prueba tiene como fundamento determinar cual es la facilidad de las partes para aportar los medios de convicción al juez. Criterio que a lo largo del tiempo redunda en beneficio del proceso, ya que ambas partes deben colaborar en la producción de las pruebas.

Igualmente ratificando el criterio de las cargas dinámicas de la prueba encontramos la sentencia del 24 de enero de 2.002 del Consejo de Estado, en la cual señala que si bien cierta jurisprudencia del año de 1.951 decía que la carga de la prueba incumbe al cirujano, ahora parece que la razón es doble, como quiera, que primero está la consideración de que la dinámica de la prueba está en el galeno y que es necesaria la colaboración entre médico y paciente para una mejor eficacia de los cuidados.

Reitera, que en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se atribuye la obligación de probar la ausencia de la falla o la ausencia del nexo causal, y de los hechos a quien corresponda, es decir, a la parte que se sitúa en condiciones más favorables para demostrar la imputabilidad, situación que no

quebranta ni desconoce el artículo 90 de la C.P., sistema actual de responsabilidad en Colombia.<sup>31</sup>

En este orden de ideas haciendo un recuento de la evolución de la carga de la prueba, encontramos que, la jurisprudencia del Consejo de Estado para resolver el problema de la responsabilidad derivada de la prestación del servicio médico asistencial se guiaba por el sistema de la falla probada, partiendo de que se trataba de una situación de medios y no de resultados, cambio su posición con la sentencia del 30 de julio de 1.992, mediante la cual se instauro una nueva teoría basada en la falla presunta del servicio, afirmando:

“...Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula... contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general..., si en lugar de someter al paciente... a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan...”.<sup>32</sup>

Esta posición, reiterada constantemente por la jurisprudencia, invierte la carga de la prueba y posteriormente da origen al llamado principio de la cargas probatorias dinámicas, que si bien no tiene sustento en nuestra legislación procesal se encuentra en concordancia con el principio de equidad, pues de una parte la prueba puede exigirse a las entidades públicas demandadas para que acrediten que el servicio se prestó debidamente y que por consiguiente, están exonerados de responsabilidad. Sin embargo, puede ocurrir que los hechos no requieran de implicaciones técnicas o científicas para su probanza, entonces, es el paciente quien puede estar en mejor posición para demostrarlos. Esta es la explicación del

---

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2.002. C.P., Jesús María Carrillo Ballesteros.

<sup>32</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1.992. C.P., Daniel Suárez Hernández.

dinamismo de las cargas de la prueba, cuya aplicación se hace imposible procesalmente ante el recurso obligado de la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

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

Las dificultades presentadas para probar la falla del servicio se reproducen en igual magnitud para probar la relación de causalidad entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. Es claro que también están implicados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta difícil para el actor, quien es sobre el que recae la carga probatoria, sin embargo al respecto la jurisprudencia nacional del Alto Tribunal Administrativo expuso en sentencia del 14 de junio de 2.001 lo siguiente:

“ Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones.<sup>33</sup>

Así, en sentencia del 3 de mayo de 1.999, está Sala manifestó:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” (Cfr. Ricardo De Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 77), es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.” (ibídem, p. 77).”

Al respecto ha dicho la doctrina:

---

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de junio de 2.001. C.P., María Elena Giraldo Gómez.

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”. (Ibídem, p. 78, 79)...”<sup>34</sup>

Seguidamente la jurisprudencia expresó que es reconocida la dificultad para demostrar directamente la causalidad en materia médica y por consiguiente plantea la posibilidad de probarlo indirectamente, es decir, de manera indiciaria.<sup>35</sup>

En el mismo sentido se refirió posteriormente cuando preciso:

“...de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”.<sup>36</sup>

Esta evolución de la jurisprudencia elucida que la participación de las partes en la aportación de la prueba ha perdido campo de acción, situación que puede obedecer a la dificultad en su consecución y los diferentes problemas que la rodean relacionados con la falta de imparcialidad, en corolario, se creo una nueva teoría que ha sido denominada probabilidad preponderante o determinante, misma que pretende restar el deber probatorio de las partes para que el juez logre su convencimiento sumando elementos que ineludiblemente hayan acaecido en la producción del resultado o perjuicio.

---

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1.999. C.P., Ricardo Hoyos Duque.

<sup>35</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 octubre de 1.999. C.P., María Helena Giraldo Gómez.

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2.001. C.P., Ricardo Hoyos Duque.

Finalmente el consejo de Estado en la sentencia del 21 de febrero de 2.002 señala:

“ Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.”<sup>37</sup> (El subrayado corresponde a la sentencia original)

Recalca, que en la valoración indiciaria será de gran relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente la parte demandada, sin que ello implique para ella la exigencia exclusiva de probar la causa del daño.

“ Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que –salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado– los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquéllos. Al respecto, considera la Sala acertadas las siguientes observaciones formuladas por el profesor Alberto Bueres:

“...creemos que el mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica (adecuada). En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que existe un daño y, en otras oportunidades, los tropiezos se localizan en el establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o si deriva de la evolución natural propia del enfermo (Ataz López, Los médicos y la responsabilidad civil, Edit. Montecorvo, Madrid, 1.985, p. 340. Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexo causal, ver Mosset Iturraspe, Responsabilidad

---

<sup>37</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2.002. C.P., Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

Civil del médico, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1.979, p. 267 a 269).”<sup>38</sup>  
(El subrayado corresponde a la sentencia original).

Con lo expuesto, se puede concluir frente a la prueba del nexo de causalidad, que el simple contacto entre el profesional médico y el paciente no es presupuesto suficiente para atribuir la comisión del daño al galeno, incluso de las pruebas aportadas emerge gran duda de que el perjuicio ocasionado obedezca al actuar del médico, o que por el contrario encuentre razón a causas ajenas deducibles del estado de salud del enfermo.

A grandes rasgos lo precedente constituye la evolución jurisprudencial de Consejo de Estado frente al tema de estudio.

---

<sup>38</sup> Ibidem.

### 3. CONCLUSIONES

El Consejo de Estado ha venido construyendo el edificio jurisprudencial relativo al ejercicio de la medicina, y dentro de él ha hecho de la presunción de falla del servicio un pilar fundamental de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En virtud de la falla probada del servicio, corresponde a la entidad demandada demostrar que el daño por el cual se acciona, se produjo a pesar de la suficiente diligencia y cuidado suyo, o que sobrevino por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o por el hecho exclusivo y determinante de un tercero, con lo cual o se desvirtúa la falla presunta o se fulmina el nexo causal necesario para integrar el fundamento de la responsabilidad derivada del ejercicio médico.

El médico esta comprometido con una obligación de medios y no de resultado, porque debe realizar su labor con diligencia y cuidado sin tener que lograr la curación del paciente, ya que esta depende de una circunstancia ajena a su comportamiento. En consecuencia, la responsabilidad del profesional de la medicina se obtiene probando que el fracaso de la intervención o tratamiento, se debió a la culpa, negligencia e impericia del médico, sin olvidar que debe demostrarse el daño y nexo causal de este con la actividad desplegada por el médico.

Se desprende tácitamente un gran temor en el sentido de que la presunción o el sistema de la falla presunta es prácticamente imposible de desvirtuar, como quiera, que la premisa según la cual actúa la inversión de la carga de la prueba y la teoría de las cargas dinámicas, señalando que al médico le queda fácil probar su diligencia y cuidado, ya que es él quien practicó el procedimiento y tiene los mejores criterios para explicar los sucesos, no es cierta, ya que reluce una ausencia práctica de medios probatorios que no permiten demostrarlos.

Con la tesis de que la culpa médica se presume en entidades del Estado, la consecuente inversión de la carga de la prueba que ésta genera, como quiera, que no es el demandante sino el demandado, es decir, el médico o la entidad hospitalaria que corresponda, quienes deben demostrar que se actuó con diligencia y cuidado, originó la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ya que con el desequilibrio que ocasionó y que inicialmente recaía sobre el demandante, emergió la aplicación del principio de equidad, donde las partes aportan la prueba según su campo de acción y en consecuencia se dejó de exigir al demandante

conocer y probar criterios científicos y tecnológicos que no son de su comprensión.

Se dijo, que con la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, mediante la cual ambas partes están en la obligación de aportar la prueba según lo determine el Juez, no se puede desconocer que es al médico a quien le reviste más facilidad para demostrar como ocurrieron los daños, ya que él es el experto de la medicina y por el contrario, el paciente esta casi imposibilitado para aportar la prueba de lo ocurrido, pues los documentos y circunstancias que rodearon los hechos se efectuaron en lugares de familiaridad para el galeno.

Se considera acertada la aplicación de la llamada carga dinámica de la prueba que aligera la carga probatoria a cargo del demandante y de la víctima en la mala práctica médica y hospitalaria, pues ello redundaría a favor del proceso y convencimiento del juez, sin embargo la misma reconoce que en algunos casos la persona con mayor facilidad para aportar la prueba es el demandante.

La carga de la prueba redundaría en la utilidad de la misma, pues establecer sus reglas y dinámicas conllevan a realizar los fines del proceso, entre ellos, lograr la justicia material, que si bien algunos fallos podrán considerarse como justos o injustos, depende de la posición del interprete, pero no puede desconocerse el grande esfuerzo jurisprudencial por aplicar la justicia al caso concreto, pese a la dificultad de la ciencia y de su desarrollo científico.

Cuando la obligación es de medio, la carga de la prueba en los procesos corresponde tanto al médico como al paciente, ya que ambos deben contribuir a la búsqueda de la verdad, no obstante cuando el daño se produce en una zona ajena a la intervención o la obligación es de resultado y se compromete la responsabilidad estatal por falla del servicio, no es necesario demostrar la culpa del médico.

La evolución en la carga de la prueba ha contemplado la emergencia de diferentes medios de pruebas y responsabilidades de los actores frente a su consecución, como quiera, que el difícil tratamiento del tema y la lejanía del conocimiento del juez frente al campo científico de la medicina, dificulta poner a cargo de un sólo sujeto la aportación de la prueba.

#### **4. RECOMENDACIONES**

Después de revisado el material de estudio, no cabe duda del estado lamentable en que terminan gran cantidad de pacientes después de una intervención quirúrgica es por ello que se considera pertinente introducir el concepto de la carga dinámica de la prueba al ordenamiento jurídico, y reglamentarlo con el fin de que no solo sea un principio de la presunción de la culpa médica, sino que a la vez no contraríe el sistema de responsabilidad vigente y que a la vez se de un principio general por el cual tanto demandante como demandando prueben la culpa, el daño y el nexo de causalidad, por ende, el Juez contaría legalmente con la facilidad de exigir a las partes, en una oportunidad determinada, la obligación de ayudar a probar la verdad de lo ocurrido

No obstante, es de resaltar que puede resultar desenfocado el criterio de que en virtud de la misma carga dinámica de la prueba, la culpa médica o la falla en la prestación del servicio médico deba presumirse, como quiera, que al médico le queda más fácil demostrar su diligencia y cuidado, criterio que es muy cuestionable pues en ocasiones la prueba requerida ha sido degenerada e imposible de reproducir.

## BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO CIVIL. Bogotá. Grupo Editorial Leyer. 2005.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Bogotá. Grupo Editorial Leyer. 2005.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 1.995. C.P., Carlos Betancur Jaramillo.

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

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de junio de 1992. C.P., Juan de Dios Montes Hernández.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1.992. C.P., Daniel Suárez Hernández

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1.999. C.P., Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá DC. Sentencia del 7 de octubre de 1.999. C.P. María Helena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de junio de 2.000. C.P. María Helena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2.001. C.P., Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de junio de 2.001. C.P., María Elena Giraldo Gómez

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2.002. C.P., Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2.002. C.P., Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia del 12 de febrero de 1.980. M.P., José María Esguerra Samper.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Civil. Sentencia de Casación del 12 de septiembre de 1985. M.P., Horacio Montoya Gil.

GUERSI, Carlos A. Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial. Medellín. Biblioteca jurídica Diké, 1993. p. 353.

HENAO, Juan Carlos. El Daño. Bogota. Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 39.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. La prueba de la Simulación. Bogota. Temis, 1.980. p. 41.

PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Carga de la Prueba en la Responsabilidad Médica. Bogota DC. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004. p. 75.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Bogota DC. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2.000. p. 241-242.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, De los Principios y su Indemnización. Bogotá. Editorial Temis, 1986. p. 7.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la Prueba de la Culpa Médica en Derecho Civil y Administrativo, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, 1.998. p. 90.

VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Prueba de la Culpa Médica. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké, 1.995. p. 108.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Medellín. Temis, 1.998. p. 162.

YÉPEZ RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. Medellín. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 1994. p. 43