

**LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN  
LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

Bajo la vigencia del Código General del Proceso.

Estudiante:

Tatiana Arias Gómez

Asesor:

José David Posada Botero

UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO  
MEDELLÍN-2020

## TABLA DE CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

#### I. CAPÍTULO I

1.1. Carga de la prueba.....	11
1.2. Carga dinámica de la prueba.....	14
1.3. Carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso.....	20
1.4. Carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.....	23
1.5. Carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.....	31

#### II. CAPÍTULO II

2.1. Pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.....	36
2.2. Análisis crítico de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.....	57
2.3. Pronunciamientos de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín.....	66
2.4. Análisis crítico de la sentencia emitida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín.....	71
2.5. Pronunciamientos de los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín.....	72
2.6. Análisis crítico de las sentencias emitidas por los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín.....	75

#### III. CAPÍTULO III

3.1. Precisiones sobre la aplicación de la carga dinámica de la prueba.....	77
3.2. Conclusiones.....	93

IV. BIBLIOGRAFÍA.....	96
-----------------------	----

## INTRODUCCIÓN

La prueba legal y oportunamente allegada al proceso es soporte esencial de la decisión de los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción y debe ser valorada por el juez con fundamento en las reglas de la sana crítica<sup>1</sup>, y acudiendo a criterios como la lógica, las máximas de la experiencia, la ciencia, la tecnología y la racionalidad.

El acatamiento de los parámetros señalados permite la emisión de decisiones con soporte adecuado y reduce la posibilidad de fallos dudosos, infundados o arbitrarios; generando legitimidad y confianza en la administración de justicia.

La valoración de las pruebas efectuada en la sentencia tiene como parámetro el cumplimiento de la carga probatoria asignada por el legislador a cada una de las partes. En razón de ella, se establece de manera anticipada al juicio la parte a quien corresponde acreditar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, bien sea como fundamento de las pretensiones o de las excepciones; y las consecuencias negativas de la falta de cumplimiento de la carga.

La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva – *onus probandi* –. Fue instituida sobre un criterio teórico de igualdad procesal entre las partes, esto es, sobre la convicción de que ambos sujetos -demandante y demandado- tienen la misma posibilidad de demostrar sus dichos al interior del proceso.

La realidad, es que las desigualdades sociales y económicas ocasionan asimetría entre las partes, y con ello, desigualdad procesal. La posibilidad de probar el supuesto de hecho en el

---

<sup>1</sup> Código General del Proceso. Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

proceso puede verse afectada por diversos factores como: i) la capacidad económica de los contendientes; ii) los conocimientos científicos o especializados de alguna de las partes; o iii) su cercanía a la ocurrencia de los hechos. Todos ellos son factores que pueden facilitar o dificultar la consecución de pruebas especializadas, técnicas o científicas que permitan la acreditación de los hechos materia de controversia.

Este escenario generó que la doctrina y la jurisprudencia se preocuparan cada vez más por encontrar un mecanismo de aligeramiento probatorio, que procurara una verdadera igualdad entre las partes; un mecanismo tendiente a establecer la realidad material de lo sucedido y que permitiera superar las dificultades que conllevan las diferencias económicas, sociales y académicas de los sujetos procesales.

En el referido escenario surgió la teoría de la carga dinámica de la prueba. Esta teoría fue aplicada inicialmente en el año 1997 en Argentina para la resolución de un proceso de responsabilidad civil médica<sup>2</sup>, en el que la Corte Suprema de Justicia de esa Nación decidió que *“le cabía a la demandada responsabilidad por las deficiencias en la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados [hojas de enfermería y de anestesia], y que la desaparición de esas pruebas no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que la misma se encontraba al respecto”*<sup>3</sup>

El soporte teórico de dicha figura lo estableció el tratadista Jorge W. Peyrano, quien sostiene que *“más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla”*<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Proceso de Ana Maria Pinheiro contra el Instituto de Servicios Sociales para el personal Ferroviario.

<sup>3</sup> Peyrano, Jorge W. Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 72

<sup>4</sup> *Ibidem*.

En Colombia el Consejo de Estado fue la primera alta Corte que acudió al principio de la carga dinámica de la prueba para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, dada la dificultad que representaba para el paciente probar los hechos constitutivos de la falla del servicio médico estatal<sup>5</sup>. En esta decisión se estableció una presunción de falla en el servicio prestado por la entidad demandada, por lo que se imponía al demandante acreditar únicamente el hecho dañoso, el daño antijurídico y el nexo causal, y a la parte demandada la demostración de la diligencia y cuidado en la prestación del servicio.

La carga dinámica de la prueba fue utilizada por esa Corporación, entre otras, en: i) la sentencia del 10 febrero 2000, con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 11878; ii) la sentencia del 22 de marzo de 2001, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 13166; iii) la sentencia del 11 de abril de 2002, con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 13330; iv) la sentencia del 24 de enero de 2002, con ponencia del Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicado 12706; v) la sentencia del 10 de junio de 2004, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 25416; y vi) la sentencia del 14 de abril de 2010, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicado 18285.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, también ha hecho referencia a la posibilidad de aplicación de la carga dinámica de la prueba, ya que la teoría clásica de la carga de la prueba debe ser vista “*con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones*”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990, C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente No. 5902.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 5507.

La teoría de la *carga dinámica de la prueba* se encuentra basada en criterios de justicia, equidad, lealtad, buena fe y solidaridad, y tiene como finalidad la de facilitar la adopción de decisiones ajustadas a la verdad real de los hechos.

Ello por cuanto, *“los procedimientos, ya judiciales, ora administrativos, sólo se justifican en la medida en que constituyan un instrumento idóneo para la búsqueda de la verdad, porque ésta corresponde a un principio de justicia que legitima las instituciones y purifica la democracia. La crisis de la justicia, entendida como órgano del Estado, dimana del fracaso en la averiguación de la verdad, al aparejar iniquidad, impunidad, ineficacia y desorden”*<sup>7</sup>.

En razón de la carga dinámica de la prueba se impone a la parte que se encuentre *“en una situación más favorable”*<sup>8</sup> la carga de demostrar determinados hechos en el proceso, sin tener en cuenta quién es el sujeto procesal que alega los mismos, a quien en principio correspondería acreditarlos.

No obstante, la indebida aplicación de tal figura puede generar que en algunos casos: i) se desequilibren las cargas probatorias en favor de quien en principio tenía dificultades, de manera injustificada o arbitraria, ii) se altere el régimen sustancial aplicable a cada caso, al modificar los presupuestos necesarios para la prosperidad de las pretensiones o excepciones; y ii) se vulnere el derecho de defensa y el debido proceso de la parte grava con la dinamización.

El artículo 167 del Código General del Proceso introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano el mecanismo procesal de la *“carga dinámica de la prueba”*. Esta figura permite que el Juez pueda alterar o distribuir la carga probatoria previamente establecida, *“exigiendo*

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 mayo de 1999. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente 6.206.

<sup>8</sup> Código General del Proceso. Artículo 167.

*probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”.*

Dicha regulación, que a modo de excepción se estableció en el Código General del Proceso, ha suscitado análisis doctrinales y pronunciamientos judiciales, en los cuales se adoptan posiciones encontradas en cuanto a su real sentido y alcance.

Existe cierto sector de la doctrina, y algunos pronunciamientos judiciales, que acogen la figura de la carga dinámica de la prueba, justificando la inversión de las cargas probatorias en el papel del Juez en un Estado Social de Derecho y afirmando que dicha figura efectiviza el derecho a una tutela jurídica y la prevalencia del derecho sustancial frente a las formas.

Sobre el particular Mercedes Fernández López<sup>9</sup> señala:

*“Ciertamente es que puede ser peligroso dejar en manos del juez la determinación de los hechos que cada parte debe probar, pues ello implica que se lleve a cabo una actividad casuística en esta materia. No obstante, como señalaba GUASP, se trataría de un caso de “sano casuismo” pues, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, en los que es deseable que la ley sea taxativa a la hora de regularlos, en el caso de la distribución de la carga de la prueba el casuismo permite atender las circunstancias concretas de cada asunto para determinar cuál de las partes ha de aportar las pruebas conducentes a la acreditación de los hechos”.* (Subrayas fuera del texto original).

Por su parte, Jorge W. Peyrano<sup>10</sup> considera:

*“(…) resulta suficiente para dejar en evidencia nuestra postura favorable a la aparición (y proliferación, si correspondiere) de estas cargas probatorias “dinámicas”, que no aspiran*

---

<sup>9</sup> Fernández López, Mercedes. La carga de la prueba en la práctica judicial civil. Editorial La Ley. Madrid. 2006. Pág. 103.

<sup>10</sup> Peyrano, Jorge W. Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 18

*a otra cosa que a hacer realidad el ideario del pionero en la noción de carga procesal, a quien le repugnaba toda visión estática del drama (en cuanto dialéctica de intereses contrapuestos) procesal”.*

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicado 11001 31 03 018 2001 00339 01, con ponencia de la Dra. Margarita Cabello Blanco, reiteró pronunciamientos previos de dicha Corporación acerca de que:

*“Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros”.* (Subrayas fuera del texto original)

Contrario a lo expuesto, existe un pronunciamiento judicial que desestima la aplicación de la carga dinámica de la prueba como criterio de alteración de los presupuestos que corresponde acreditar a cada sujeto procesal. En sentencia del 28 de junio de 2017, radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01, con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez la Corte Suprema de Justicia reconoció la improcedencia de dar aplicación a la teoría de la carga dinámica de la prueba en la forma literal establecida en el Código General del Proceso. La providencia señala que es improcedente modificar los presupuestos que corresponde probar a cada sujeto procesal para la prosperidad de su pretensión o su excepción, por cuanto la misma afecta la estructura del proceso y “*sorprende*” a la contraparte en el curso del mismo, soslayando el derecho fundamental a la igualdad y vulnerando principios como la seguridad jurídica.

El panorama planteado me llevó a concluir sobre la trascendencia de analizar cómo está siendo aplicada por la jurisdicción ordinaria civil la figura de la carga dinámica de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, en aras de determinar si dicha

aplicación resulta coherente con su finalidad, o si, por el contrario, altera regulaciones sustanciales y vulnera derechos fundamentales como el debido proceso.

Este trabajo se plantea en relación con los procesos de responsabilidad civil médica debido a que este ha sido el escenario propicio para la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en virtud del régimen legal de responsabilidad que a los mismos concierne y en razón de las dificultades probatorias que implica en el orden normal de las cosas para el demandante la demostración de la culpa médica. Al tratarse de un régimen de responsabilidad civil con culpa probada, le corresponde al demandante acreditar la totalidad de los presupuestos establecidos en la regulación sustancial para que se configure la responsabilidad civil -actuación activa u omisiva de un agente, daño y nexo de causalidad entre ambos-, dentro de los cuales se incluye la actuación negligente, omisiva o descuidada del demandado -culpa-. Si se llegara a alterar la carga de la prueba de este supuesto -culpa-, y se impusiera al demandado una presunción de culpa, o una carga probatoria desmedida, se podría generar la alteración del régimen sustancial de responsabilidad aplicable, e incluso una afectación al debido proceso.

Estimo trascendente hacer énfasis en un análisis detenido de las decisiones judiciales emitidas hasta la fecha por la Sala Civil de la Corte Suprema, con el fin de determinar cómo está siendo entendida la disposición y cómo está siendo aplicada en la práctica judicial en los procesos de responsabilidad civil médica.

Como para el momento de realización del estudio no existe un cúmulo de pronunciamientos significativos de esa Corporación que incluyan un análisis de la carga dinámica de la prueba luego de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, consideré pertinente incluir pronunciamientos de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y de los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín en los cuales se hace referencia a la mencionada figura bajo la regulación contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso.

No incluyo pronunciamientos de los Juzgados Civiles Municipales de Medellín, debido a que son pocos los procesos de responsabilidad civil médica que conocen estos despachos, en atención a la cuantía de las pretensiones de este tipo de asuntos.

## I. CAPÍTULO I

### 1.1. EL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental autónomo<sup>11</sup>, a la vez que hace parte del derecho fundamental al debido proceso.

En la sentencia C-598 del 10 de agosto de 2011, la Corte Constitucional expuso sobre la característica del derecho a la prueba que<sup>12</sup>:

*“El carácter fundamental del derecho de las partes a presentar y solicitar pruebas en los procesos judiciales, hace que la sanción que incorporó el legislador en el precepto acusado resulte desproporcionada, pues es claro que las partes si así lo quieren, pueden aportar a la conciliación las pruebas que consideren respaldan sus pretensiones, sin que le sea válido al legislador impedir que en el proceso formal, de no darse la conciliación, puedan ejercer el derecho de allegar aquellas que omitieron en esa etapa”.*

Y, en sentencia C-598 del 29 de enero de 2014 esa Corporación señaló sobre el particular que<sup>13</sup>:

*“El problema jurídico planteado en esta oportunidad atañe al derecho a presentar pruebas, el cual ha sido considerado como un derecho fundamental autónomo, a la vez que una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso [C-598 de 2011].<sup>14</sup>*

*La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir*

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-598 de 2011. MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia C-034 de 2014. M.P. Dra. María Victoria Calle.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-598 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-598 de 2011. MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. En la sentencia C-1270 de 2000,<sup>15</sup> la Corporación se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:*

*“3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.*

*3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas””.*

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1270 de 2000. MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

El derecho fundamental a la prueba consiste en la posibilidad que tiene cada sujeto que comparece a un juicio de utilizar todos los medios permitidos legalmente para convencer al juez sobre la realidad de los hechos en los que se soporta su posición o su petición.

Dentro de tal derecho se encuentran garantías mínimas como: i) la de aportar elementos de convicción; ii) controvertir las pruebas allegadas en su contra; iii) que no sean valoradas las pruebas aportadas al proceso con violación del debido proceso; iv) que se practiquen las pruebas decretadas; y v) que se valoren aquellas pruebas incorporadas al proceso de manera legal y oportuna.

Al tratarse de un derecho fundamental se considera inherente a la persona y, por ende, se debe garantizar su protección a cada una de las partes, en igualdad de condiciones, con sujeción a las reglas y límites establecidos para el efecto, y sin que puedan ser privadas de manera arbitraria de hacer uso del mismo.

## 1.2. LA CARGA DE LA PRUEBA

En el ámbito procesal la carga puede definirse *“como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”*<sup>16</sup>.

Para la Corte Constitucional la carga procesal *“consiste, como se sabe, en una conducta de realización facultativa de cuya inobservancia se pueden derivar consecuencias desfavorables, por lo que la negligencia o la incuria en el cumplimiento de la carga señalada por la ley, sólo afectan al interesado. La carga, es algo que se deja librado por la ley a la auto-responsabilidad de las partes”*<sup>17</sup>.

Para Calamandrei *“la carga procesal se caracteriza por la persecución de un interés propio y por la inexistencia de una sanción jurídica en caso de no ejercicio, puesto que las consecuencias que de éste se derivan se traducen en la pérdida de una ventaja procesal”*<sup>18</sup>.

Señala Devis Echandía<sup>19</sup> que la carga de la prueba es *“un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”*<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/carga-procesal/carga-procesal.htm>[Consultado el 8 de abril de 2020]

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2011. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente D-8237

<sup>18</sup> Calamandrei, P., Estudios sobre el Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973. Pág. 340.

<sup>19</sup> Citado por BOTTO OAKLEY, Hugo. *La congruencia procesal*. M.E.L. Editor. ISBN 987-1261-19-Córdoba, Argentina. 2006. Pág. 207-208.

<sup>20</sup> Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, Tomo I. Editorial Temis, Sexta Edición. Bogotá. 2012. Pág. 405

Por su parte, Parra Quijano explica que la carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen, para que los hechos que sirven de sustento de las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que le indican al juez como debe fallar cuando no aparezcan probados<sup>21</sup>.

El concepto de carga procesal no se puede identificar con un deber jurídico ni con una obligación. La Corte Constitucional ha diferenciado la carga procesal y los efectos de su inobservancia, de los deberes y las obligaciones, así:

*“Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6° del Código.*

*Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. “El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas”. (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, número 130).*

---

<sup>21</sup> Parra Quijano, Jairo. "Crisis de la noción clásica de la carga de la prueba". XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal Cali, septiembre 6, 7 y 8 de 1995. Instituto Colombiano De Derecho Procesal Universidad Libre - Seccional Cali. 1994. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/20/JairoParra.pdf>

*Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.*

*Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa.”(Subraya la Sala)”<sup>22</sup>.*

En la misma línea, los profesores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto explican lo siguiente:

*“La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar la demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace, es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un*

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-204 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-662 de 2004, M.P.(E). Rodrigo Uprimny Yepes

*acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas”*<sup>23</sup>

Por su parte, Clemente A. Díaz en su tratado de Instituciones de Derecho Procesal expone sobre la diferencia que el incumplimiento de dichas categorías jurídicas acarrea:

*“Mientras el incumplimiento de la obligación se traduce en una indemnización que restablece la incolumidad patrimonial de la persona afectada y el incumplimiento de la carga procesal tiene como efecto sancionatorio la irrecuperabilidad del acto procesal, la sanción [apropiada] contra la violación del deber procesal [podrá ser] la “aplicación agravada de las costas judiciales” y las “correcciones disciplinarias”*<sup>24</sup>

En otras palabras: *“mientras en el caso de las obligaciones su incumplimiento constituye la contravención de un mandato o ilícito, en el caso del no ejercicio de una carga procesal nos encontramos únicamente ante lo que algunos autores han denominado autorresponsabilidad o responsabilidad frente a uno mismo”*<sup>25</sup>.

Delimitado el concepto de carga procesal, su distinción con respecto a los deberes y obligaciones, y la consecuencia de su incumplimiento, resulta pertinente advertir que la carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva, dentro de los cuales se encuadra la legislación procesal civil colombiana. La carga de la prueba o teoría del *onus probandi* se encuentra consagrada en el artículo 1757 del Código

---

<sup>23</sup> Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2008. Pág. 551-552.

<sup>24</sup> Díaz, Clemente A. Instituciones de Derecho Procesal: Parte General. Tomo I: Introducción. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Pág. 273-274.

<sup>25</sup> Fernández López, Mercedes. La carga de la prueba en la práctica judicial civil. Editorial La Ley. Madrid. 2006. Pág. 43.

Civil<sup>26</sup> y en el artículo 167 del Código General del Proceso<sup>27</sup> (antes en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>28</sup>).

La regla general en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 167 del Código General del Proceso, señala que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, con excepción de los hechos notorios, de las afirmaciones y negaciones indefinidas, y de las presunciones legales o de derecho, que relevan de su prueba a quien hace uso de ellas.

Sobre esta regla de conducta procesal explica Inés Lépori White en su disquisición sobre la carga dinámica de la prueba que:

*“La virtud esencial de toda la normativa sobre la carga de la prueba reside entonces en esta instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe pronunciar, en todos aquellos supuestos en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho de importancia determinante para la resolución. La decisión deberá dictarse, en consecuencia, en contra de la parte sobre la cual recae la carga de la prueba con respecto a las afirmaciones de hecho no probadas o no debidamente aclaradas en el proceso. El juez no*

---

<sup>26</sup> Código Civil. Artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

<sup>27</sup> Código General del Proceso. Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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

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

<sup>28</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 177. Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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

*tiene otra opción en sus manos y ante el supuesto enunciado deberá decidir siempre en contra de dicha parte”<sup>29</sup>.*

De manera que, la carga de la prueba es un criterio de conducta de las partes en la etapa probatoria del proceso, y un mandato para el juez a la hora de fallar, que impone por anticipado la consecuencia de su inobservancia o incumplimiento, la cual no es otra que la pérdida del derecho que se reclama o la imposibilidad de que se reconozca el hecho extintivo. Ello por cuanto, la sola afirmación de lo pedido o de lo alegado no tiene la entidad jurídica de demostrar el supuesto fáctico establecido en la norma sustancial como requisito para derivar la consecuencia jurídica reclamada por el pretensor o el excepcionante.

---

<sup>29</sup> Lépori White, Inés. Cargas Probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004. Pág. 51

### 1.3. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

La regla general en materia probatoria es el denominado *onus probandi*, según el cual incumbe a cada parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Con la finalidad de romper la rigidez del *onus probandi* y corregir el desequilibrio que se presenta en ocasiones entre las partes del proceso, la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron la teoría denominada “*favor probationes*”, cargas probatorias dinámicas o carga dinámica de la prueba.

En Colombia la carga dinámica de la prueba tenía soporte jurisprudencial<sup>30</sup>, pero no contaba con consagración legal hasta la entrada en vigencia del Código General del Proceso. El artículo 167 de dicho estatuto procesal facultó al juez para alterar en cualquier etapa del proceso hasta antes de fallar, la carga probatoria previamente establecida “*exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos*”.

Esta teoría permite la imposición de la carga probatoria a quien se encuentre en la posición más favorable o en mejores condiciones de producir la prueba respectiva, reasignando la responsabilidad de “*probar*”, ya no en función de quien invoca un hecho sino en razón del

---

<sup>30</sup> El Consejo de Estado fue la primera alta Corte que empleó el principio de la carga dinámica de la prueba, para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, dada la dificultad que representaba para el paciente probar los hechos constitutivos de la falla del servicio médico estatal. La carga dinámica de la prueba fue utilizada entre otras, en: i) Sentencia del 24 de octubre de 1990, con ponencia del Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Radicado 5902; ii) Sentencia del 10 febrero 2000, con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 11878; iii) Sentencia del 22 de marzo de 2001, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 13166; iv) Sentencia del 11 de abril de 2002, con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 13330; v) Sentencia del 24 de enero de 2002, con ponencia del Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicado 12706; vi) Sentencia del 10 de junio de 2004, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 25416; vii) Sentencia del 14 de abril de 2010, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicado 18285.

sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.

La posibilidad otorgada al Juez de conocimiento de alterar la carga de la prueba no es absoluta, pues se establecieron unos parámetros claros tendientes a impedir la arbitrariedad judicial. Primero, la dinamización de la carga de la prueba es una facultad, por lo que el Juez no se encuentra obligado a hacer uso de esta sino en los casos en que lo considere conveniente y necesario. Segundo, se trata de una figura excepcional, por lo que la regla general continúa siendo la de la carga probatoria clásica. Tercero, la aplicación de la figura requiere una decisión suficientemente motivada, que informe a las partes las razones por las cuales se hace uso de esta y los datos objetivos en razón de los cuales determinada parte se encuentra en una situación de mayor “*facilidad*” de probar determinado hecho. Cuarto, la decisión de alterar o dinamizar la carga probatoria es susceptible de recurso<sup>31</sup>. Quinto, existe un término perentorio dentro del cual el Juez puede valerse de la dinamización de las cargas probatorias, debiendo respetar el mismo para no sorprender a los litigantes y no afectar su derecho al debido proceso. Sexto, la providencia que decida hacer uso de la dinamización de las cargas probatorias debe conceder a la parte gravada con la carga un término para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción consagradas en el Código General del Proceso.

Para que el juez pueda aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba es necesario que haga un juicio a fondo, mediante el cual determine de manera cabal los hechos que se pretenden probar, y con base en ello, pueda establecer cuál de las partes se encuentra en una mejor posición de demostrarlos. Esta flexibilización de la carga de la prueba no debe

---

<sup>31</sup> Código General del Proceso. Artículo 167. Carga de la Prueba. (...) Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Artículo 318. Procedencia y Oportunidades. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

beneficiar a priori a una de las partes, sino que el juez debe verificar que efectivamente la parte responsable de la acreditación de determinado hecho se encuentra en una significativa dificultad probatoria en comparación con su contraparte.

#### 1.4. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La responsabilidad civil *“es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros (...) comportamiento ilícito [que] consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia”*<sup>32</sup>.

Para Díez-Picazo la responsabilidad civil es *“la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”*<sup>33</sup>.

En la regulación sustancial colombiana existe una consagración dual de la responsabilidad civil al reconocerse un régimen de responsabilidad contractual y un régimen de responsabilidad extracontractual. Para que surja la responsabilidad civil contractual se requiere *“[q]ue haya un contrato válido; que haya un daño derivado de la inexecución de ese contrato, y, finalmente que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual”*<sup>34</sup>. Mientras que *“todo comportamiento ilícito que no se derive de la inexecución de un contrato válidamente celebrado entre demandante y demandado, genera responsabilidad civil extracontractual si se le ha causado daño a un tercero”*<sup>35</sup>.

Sobre la concepción dualista de la responsabilidad civil la Corte Constitucional en sentencia C-1008 del 9 de diciembre de 2010 expuso lo siguiente:

---

<sup>32</sup> Tamayo Jaramillo Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Octava reimpresión. Editorial LEGIS. Bogotá D.C. 2015. Pág. 8.

<sup>33</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: Sistema de Derecho Civil. vol. II, Tecnos. 1989. Pág. 591.

<sup>34</sup> Tamayo Jaramillo Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Octava reimpresión. Editorial LEGIS. Bogotá D.C. 2015. Pág. 68

<sup>35</sup> *Ibidem*. Pág. 575

*“La responsabilidad civil contractual<sup>36</sup> ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido<sup>37</sup>. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil”<sup>38</sup>.*

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó sobre el particular que:

*“Se explicó que la responsabilidad civil extracontractual cumple la función de indemnizar al titular de un bien jurídico que ha sido despojado de él por una conducta antijurídica de otra persona, sirviendo de puente entre el derecho público y el privado. De ese modo se cumple el programa político moderno del respeto a la dignidad de la persona, lo cual dista mucho de ser un desarrollo del ideal de justicia correctiva de los antiguos. La contractual, en cambio, restaura el equilibrio económico roto por el incumplimiento de un contrato, sirviendo de conector entre el sistema jurídico y el económico.*

*La responsabilidad extracontractual nació para proteger los derechos subjetivos modernos, mientras que el contrato privado es una forma de renuncia a algunos de esos derechos.*

---

<sup>36</sup> Valencia Zea considera impropia la nominación “responsabilidad contractual”, señalando que “se le debería llamar responsabilidad por violación de los derechos de crédito, por cuanto pueden violarse no sólo las obligaciones nacidas de contrato, sino también las nacidas de cualquier otra fuente. (Derecho civil tomo III, de las obligaciones, Ed. Temis 1998, pág. 325.

<sup>37</sup> Jean-Luc Aubert, Introducción al derecho, Paris, Presses Universidad de Francia; 1979; pp. 117

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010. M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8146

*El contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, como lo ordena nuestro artículo 1602, por lo que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*

*La fuerza vinculante de los contratos tiene carácter de ley, por ello la obligación que de ellos surge no puede ser invalidada por el querer de una de las partes o de un tercero”<sup>39</sup>.*

Los presupuestos estructurantes de responsabilidad civil en ambos regímenes de responsabilidad civil son: i) la actuación activa u omisiva del agente; ii) la existencia de un daño indemnizable; iii) el nexo de causalidad entre la actuación desplegada por el autor y el daño sufrido por la víctima; y iv) el criterio de imputación de la actuación del agente a título de dolo o de culpa cuando se trata de responsabilidad civil con culpa probada. Cuando la responsabilidad es objetiva no es necesaria la prueba del actuar doloso o culposo del demandado.

El elemento diferenciador en cuanto a la clasificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual es que “[a]quella, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, (...). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño”<sup>40</sup>.

La responsabilidad civil derivada de la actuación médica se configura tanto dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En ambos regímenes de responsabilidad civil por la prestación del servicio médico se exige al demandante-víctima la acreditación de un comportamiento activo o pasivo de un agente, un daño patrimonial o extrapatrimonial que le ha sido causado, una relación de causalidad entre ambos supuestos;

---

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC780-2020 del 10 de marzo de 2020. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. Radicado 18001-31-03-001-2010-00053-01

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. M.P. Dr. William Namén Vargas. Radicado: 11001-3103-018-1999-00533-01

y, por regla general<sup>41</sup>, que el comportamiento generador del daño sea imputable al agente causante del mismo a título de dolo o culpa. Cuando se trata de responsabilidad contractual deberá acreditarse, además, la existencia de un contrato válidamente celebrado.

Sobre los presupuestos de configuración de la responsabilidad civil médica la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expuso en sentencia del 30 de enero de 2001, lo siguiente:

*“(...) para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)<sup>42</sup>.*

Sobre los elementos estructurantes de la responsabilidad civil médica en el régimen contractual y en el extracontractual, así como sobre la carga de la prueba en este tipo de asuntos dicha Corporación explicó que:

*“Sobre la clase de responsabilidad atribuida al ejercicio de la medicina y su manejo probatorio, esta corporación ha expresado:*

*“Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no solo debe exigirse la demostración de ‘la culpa del médico sino también la gravedad’, expresamente descalificó el señalamiento de*

---

<sup>41</sup> Se exceptúan en la responsabilidad civil contractual el incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones de resultado y en la responsabilidad civil extracontractual las instituciones de responsabilidad objetiva o de culpa presunta como la responsabilidad por actividades peligrosas y la responsabilidad por productos defectuosos, entre otras.

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente 5507.

*la actividad médica como 'una empresa de riesgo', porque una tesis así sería 'inadmisibile desde el punto de vista legal y científico' y haría 'imposible el ejercicio de la profesión'.*

*Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que '...el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, este deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación'. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el 'contrato se hubiere asegurado un determinado resultado' pues 'si no lo obtiene', según dice la Corte, 'el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima', a no ser que logre demostrar alguna causa de 'exoneración', agrega la providencia, como la 'fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada'. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998.*

*Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del Código Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical malpractice, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del Código Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas (CSJ SC 30 de enero 2001, rad, 5507)".*

*En fecha más reciente, fortaleciendo la posición reseñada precedentemente, esta corporación asentó lo que, hasta la fecha, ha sido el derrotero observado. Así se pronunció:*

*“Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de estas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)”<sup>43</sup>.*

De manera que, la regla general en el régimen de responsabilidad civil médica es la culpa probada, por lo que corresponde a la víctima-demandante acreditar cada uno de los presupuestos estructurantes de la pretensión indemnizatoria *“un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, (...) el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado”<sup>44</sup>*, incluyendo el actuar doloso o culposo del agente.

En el ámbito de la responsabilidad civil contractual, cuando se hayan pactado obligaciones de resultado se prescinde del criterio de imputación subjetivo del agente, por lo que no se requiere la configuración de una actuación culposa o dolosa de este. En este evento, el demandante-víctima solo tiene la carga de acreditar el actuar activo u omisivo del agente que le haya causado un daño y la relación de causalidad entre uno y otro.

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC12449-2014 del 15 de septiembre de 2014. M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco. Radicado: 11001 31 03 034 2006 00052 01.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente 5507.

Sobre el régimen de responsabilidad médica por obligaciones de resultado y la carga probatoria que el mismo comporta, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC7110-2017 del 24 de mayo de 2017 explicó lo siguiente:

*“Suficientemente es conocido, en el campo contractual, la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.*

*La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.*

*Como tiene explicado la Corte, “(...) [s]i, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado”<sup>45</sup> (subrayado fuera de texto).*

---

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002. Expediente: 6199.

*En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica, no es el mismo. En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil); y en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.*

*En este último caso, porque como desde antaño ha sentado esta Corporación, “[l]a prueba (...) no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable (...)”<sup>46</sup>.*

*La diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, por tanto, sirve para facilitar y solucionar problemas relacionados con la culpa contractual médica y su prueba, sin perjuicio, claro está, de otras reglas de morigeración, cual ocurre en los casos de una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares, todo según las circunstancias en causa, introducidas ahora por el artículo 167 del Código General del Proceso<sup>47</sup>.*

En síntesis, salvo que se esté en presencia de una situación excepcional de obligaciones de resultado, el régimen de responsabilidad civil médica se corresponde con un régimen de responsabilidad subjetiva con culpa probada, que impone la demostración de esta al pretensor.

---

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938 (XLVI-573).

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC7110-2017 del 24 de mayo de 2017. M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado: No. 05001-31-03-012-2006-00234-01

## 1.5. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

La dificultad en la obtención de la prueba de las malas prácticas médicas en los procesos de responsabilidad civil médica fue quizá la causa principal -no la única- del desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legal de la teoría de la carga probatoria dinámica.

Ello por cuanto, imponer al paciente la obligación de acreditar hechos que escapan de sus posibilidades, por ausencia de conocimientos, de recursos económicos o por la imposibilidad de demostrar los hechos ocurridos al interior de un quirófano, puede constituir una carga excesiva, desproporcionada o inequitativa.

*En efecto, “la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...) la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito”<sup>48</sup>.*

Con el fin de facilitar la acreditación en el proceso de la realidad de los hechos que se denuncian por la víctima como constitutivos de daño, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>49</sup> introdujo en el año 1990 en el ámbito de la responsabilidad médica la inversión de la carga probatoria. En esta oportunidad creó una presunción de falla en cabeza del demandado, por lo que, al demandante solamente le correspondía acreditar la actuación activa u omisiva, el daño y el nexo de causalidad entre ambas.

---

<sup>48</sup> Ivanna María Airasca, “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. En: “Cargas probatorias dinámicas” (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004, Pág. 135-136

<sup>49</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. Radicado 5902.

En el año 2000, al verificar que dicha inversión probatoria estática no siempre ayudaba a determinar la realidad de lo sucedido, y que en ocasiones agravaba injustificadamente la situación de los prestadores del servicio médico, el Consejo de Estado optó por acoger una posición más dinámica de la carga de la prueba<sup>50</sup>. En razón de dicha dinamización se estableció que correspondía al juez analizar en cada caso concreto quién está en mejores condiciones para probar los hechos alegados al interior del mismo.

En el año 2006<sup>51</sup> dicha Corporación abandonó la aplicación dinámica de la carga procesal en los procesos de responsabilidad médica y regresó al sistema de la falla probada, en la cual es al accionante a quien corresponde acreditar todos los supuestos fácticos (incluida la culpa o falla) en los que soporta su pretensión indemnizatoria.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>52</sup> también ha hecho referencia a la posibilidad de aplicación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica, teniendo en cuenta la dificultad que puede presentarse para el demandante en la acreditación de las fallas en que habría incurrido la parte demandada en las atenciones y servicios médicos prestados. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que en aplicación de esta figura se flexibiliza la carga de la prueba de los hechos que en principio le correspondería acreditar al demandante.

En sentencia proferida el 30 de enero de 2001 con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez dicha Corporación sostuvo:

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente N° 11878.

<sup>51</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente N° 15772.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 5507.

*“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, la violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (Código de Procedimiento Civil., art. 177), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba de las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”.*

*“En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas,*

*donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandum permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión.*”<sup>53</sup>.

Es que, ha considerado esta Corporación que podría presentarse impunidad con el sistema de distribución clásica de la carga de la prueba; pues *“exigir proezas, para que una parte consiga la prueba, es negarle el derecho a la prueba”*<sup>54</sup>.

La carga dinámica de la prueba en el sentido señalado por la Corte Suprema de Justicia, como mecanismo de flexibilización, impone la acreditación de determinados hechos debatidos en el proceso a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no hayan sido alegados o invocados por esta. Es decir, el postulado de *“quien alega debe probar”* cede su lugar al postulado *“quien puede debe probar”*<sup>55</sup>.

Esta figura se plantea como una solución razonable para aquellos casos en los cuales el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o científicos muy puntuales, que solo una de las partes tiene el privilegio de tener.

No obstante, dicha flexibilización probatoria o aplicación de la carga dinámica de la prueba debe estar guiada, como toda actuación judicial y administrativa, por el respeto del derecho fundamental al debido proceso, en virtud del cual, deberán acatarse las reglas establecidas

---

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez (expediente 5507).

<sup>54</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 11 de junio de 1991, M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. Revista Jurisprudencia y Doctrina N°. 236 de agosto de 1991, Pág. 651

<sup>55</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente D-10902

para su uso, y sin que con esta se agrave de manera injustificada y arbitraria la posición de la contraparte.

La finalidad de esta regla probatoria está ligada al descubrimiento de la realidad de los hechos que dieron lugar a la formulación de la acción indemnizatoria, con el fin de garantizar la resolución del asunto con justicia.

## II. CAPÍTULO II

### 2.1. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En el rastreo jurisprudencial efectuado respecto de los pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en procesos de responsabilidad civil médica pude identificar 8 decisiones en las cuales la Corporación hizo referencia a la figura de la carga dinámica de la prueba y sus implicaciones probatorias en los procesos de responsabilidad civil médica.

En la sentencia del 30 de enero de 2001, con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez (Expediente No. 5507), la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica al analizar una lesión generada en el oído izquierdo de un paciente luego de la cirugía que le fue realizada en dicho órgano por el médico demandado.

En esta oportunidad esa Corporación explicó sobre la carga dinámica de la prueba lo siguiente:

*“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es*

*el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado.*

(...)

*En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como*

*el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)”. (Subrayas fuera del texto original)*

En esta providencia la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia cuestionada, pero dejó sentada una posición relevante acerca de la posibilidad de establecer la actuación culposa o dolosa imputada al demandado a partir de presunciones o de la dinamización de la carga de la prueba de la parte demandante, en los casos en los cuales se le dificulta la prueba del deber jurídico incumplido.

El 22 de julio de 2010 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia emitió nuevo pronunciamiento con ponencia del Dr. Pedro Octavio Munar Cadena (Expediente No. 41001 3103 004 2000 00042 01), en el que analizó la responsabilidad civil de un médico anesthesiólogo por su participación descuidada en una cirugía de fractura mandibular.

En este proceso el Tribunal había confirmado la sentencia condenatoria de primera instancia frente al anesthesiólogo y la clínica demandada, tras considerar que *“el paciente fue entregado sin que hubiere despertado, eventualidad que muestra descuido por parte del profesional, habida cuenta que no se compadece que el procedimiento quirúrgico trajera consigo la muerte, cuando la intervención era ambulatoria; de suerte, pues, que emana el comportamiento culpable, generando una adecuada relación de causa efecto, en cuanto que tal actuar no se ajustó a los deberes profesionales, es decir, el cuidado y celo luego de la intervención, de ahí que el nexo de causalidad no emana del procedimiento anestésico sino de su seguimiento o control”*.

Con relación a la clínica accionada asentó dicha Corporación que *“pululan las irregularidades presentadas al interior del procedimiento quirúrgico, dado que no se compadece con la línea de participación y beneficio que deriva de esta clase de actividades, el desprendimiento por el seguimiento en la salud del paciente y las manos a quien entrega la salud de sus internos, porque como lo informa el expediente, el receptor del paciente,*

*cursaba entonces séptimo semestre de enfermería, dejando de ejercer control sobre la labor desplegada por el anesthesiólogo”.*

En esta segunda decisión la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia de segunda instancia, por cuanto sí se acreditó la responsabilidad de la clínica demandada, quien además debía responder por la culpa que logró probar la parte demandante frente al anesthesiólogo. En esta oportunidad la Sala de Casación Civil refirió sobre la carga dinámica de la prueba lo siguiente:

*“...en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras).*

*Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto.*

*Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento”.* (Subrayas fuera del texto original)

En la sentencia citada la Corte reiteró la posición expuesta en la providencia del 30 de enero de 2001, acerca de la posibilidad de establecer alguno de los presupuestos necesarios para la configuración de la responsabilidad civil imputada a los demandados (y en particular la culpa) a partir de presunciones, o de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Además, agregó esa Corporación que tales presupuestos pueden darse por demostrados a través de: i) indicios, ii) de la aplicación de las reglas de la experiencia, iii) de razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur*; o iv) de recurrir a conceptos como el de la culpa virtual y el del resultado desproporcionado.

En tercer lugar, el 5 de noviembre de 2013 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia con ponencia del Dr. Arturo Solarte Rodríguez (Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01) en un caso de responsabilidad civil médica con ocasión de las lesiones causadas a una paciente a quien le fueron realizadas dos cirugías estéticas (rejuvenecimiento fácil y abdominoplastia)

En la sentencia de segunda instancia el Tribunal había considerado “*que el caso controvertido adolece del elemento fundamental de la responsabilidad denominado culpa, situación esta que rompe necesariamente la estructura de la responsabilidad civil contractual, y en consecuencia se margina toda pretensión tendiente a que el demandado sea declarado civilmente responsable*”.

En sede de casación la Corte casó la sentencia de segunda instancia tras evidenciar un error del Tribunal en la valoración de los testimonios, de los cuales –según la alta Corporación– extrajo conclusiones inexistentes.

Sobre la carga dinámica de la prueba precisó la Corporación lo siguiente:

*“En cuanto a la carga de la prueba, como ya lo ha precisado esta Corporación, se deberá analizar si el supuesto de hecho se enmarca en el régimen del inciso 3° del artículo 1604 del C.C., según el cual “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, o si “el régimen jurídico específico excepcion[a] el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma” (Cas. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507), lo que permitirá, v.gr., la utilización de los criterios tradicionalmente empleados por la Corte sobre la carga de la prueba dependiendo de si la obligación es de medio o de resultado.*

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

*Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que “es precisamente en este sector del*

*comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)”.*

*Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes. Al respecto, resulta pertinente tener presente, como criterio interpretativo mientras entra en vigor, que el inciso 2° del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, que adoptó el Código General del Proceso, luego de señalar que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, introduce explícitamente el concepto de carga dinámica de la prueba en los siguientes términos:*

*“No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por*

*circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...) Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.” (Subrayas fuera del texto original)*

Si bien para resolver el recurso extraordinario de casación la Corte no recurrió a la teoría de la carga dinámica de la prueba, reiteró los criterios establecidos en las providencias anteriores acerca de la posibilidad de acreditar la actuación culposa del demandado a través: i) de presunciones; ii) de la aplicación de la carga dinámica de la prueba; y iii) de figuras como la culpa virtual y la presencia de un resultado desproporcionado.

En cuarto lugar, el 15 de septiembre de 2014 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia SC12449-2014 con ponencia de la Dra. Margarita Cabello Blanco (Radicado N° 11001 31 03 034 2006 00052 01) en un caso de responsabilidad civil por las lesiones causadas a un paciente en la realización de una cirugía maxilofacial.

En este proceso el Tribunal Superior de Bogotá había confirmado la sentencia desestimatoria de las pretensiones proferida en primera instancia, por ausencia de demostración de la actuación culposa de la demandada.

La Corte decidió no casar la sentencia de segunda instancia “*por no estar demostrada la prueba sobre la culpa de la profesional señalada y de la relación causal*”. En esta providencia se hizo referencia a la carga dinámica de la prueba, así:

*“El régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada empero e igualmente, su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la*

real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga.

Sobre este último aspecto, por lo reciente de su adopción, resulta oportuno memorar la siguiente decisión de la Corte:

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

Aunque en esta providencia la Corporación tampoco hizo uso de la carga dinámica de la prueba para efectos de resolver el litigio, mantuvo intacta la posición expuesta de tiempo atrás respecto de la posibilidad de deducir la responsabilidad civil alegada con fundamento en la dinamización de la carga probatoria, los indicios, “*la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros*”.

En quinto lugar, en sentencia del 15 de septiembre de 2016 con ponencia de la Dra. Margarita Cabello Blanco (Radicado No. 11001 31 03 018 2001 00339 01) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió un caso de responsabilidad civil médica por la ceguera generada a un bebé prematuro, en el cual el Tribunal Superior de Bogotá había revocado la sentencia condenatoria parcial de primera instancia respecto de la EPS y la médica oftalmóloga tratante, tras considerar que “*...la tardanza en llevar al niño a las citas programadas incidió, definitivamente, en el desarrollo de la enfermedad. A partir de ello, el juzgador consideró que la demandada no tuvo responsabilidad en la pérdida de la visión del menor.*”.

En esta oportunidad la Corte no casó la sentencia debido a que no encontraron acreditados los errores de hecho denunciados en la valoración de las pruebas, y a que el reparo frente a un posible error de derecho no cumplió con las reglas técnicas exigidas para su estudio de fondo.

Sobre la teoría de la carga dinámica de la prueba la Corte explicó en dicho pronunciamiento lo siguiente:

*“De lo expuesto surge que ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C., en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba), determinación a cargo del funcionario, según su criterio, aunque referido a circunstancias objetivas que devalen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol.*

*En el asunto analizado, obsérvese que el juzgador, al aprehender el estudio de la controversia, de entrada, dejó señalado que ‘en línea de principio’, el interesado era el llamado a demostrar el comportamiento culpable del médico. Y, evidentemente, en otros episodios de la sentencia puso de presente que esa carga debía ser soportada por los demandantes.*

(...)

*En efecto, las determinaciones judiciales traídas como ilustración aluden a lo que podría considerarse las primeras líneas en la judicatura tendientes a introducir un concepto nuevo en materia de pruebas y, concretamente, en cuanto a qué parte le asiste el compromiso de*

*acreditar la culpa del presunto causante del daño, es decir, a aquella que en mejores condiciones se encuentra para acreditar los elementos de la responsabilidad pretendida; en todo caso, la exoneración proviene no de las afirmaciones o de las negaciones que sostenga la parte o de si el hecho es o no conocido; hipótesis que sí acontece en la normatividad invocada por el accionante (art. 177 C. de P.C.)*". (Subrayas fuera del texto original).

En la citada providencia, si bien la Corporación tampoco hizo uso de la carga dinámica de la prueba, fue más específica en identificar algunos parámetros de aplicación de esta figura procesal, refiriendo que: i) corresponde asumir la carga de probar a *“aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar”*; y ii) que dicha alteración compete definirla al funcionario judicial encargado de decidir el proceso, de acuerdo a *“circunstancias objetivas que develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol”*.

En sexto lugar, el 24 de mayo de 2017 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia SC7110-2017 con ponencia del Dr. Luis Armando Tolosa Villabona (Radicado N° 05001-31-03-012-2006-00234-01), en la que decidió no casar la sentencia acusada, por cuanto el recurrente no logró demostrar los errores de hecho y de derecho imputados a la decisión de segunda instancia.

En dicha providencia, la Corte expuso sobre la carga dinámica de la prueba que:

*“El trasfondo del ataque implica aceptar que el éxito de la pretensión indemnizatoria pendía de demostrar, entre otras cosas, la culpa del médico demandado Juan José Uribe Pardo, bien por la actividad directa del extremo demandante, como regla general, ora por la aplicación de otros estándares o criterios excepcionales de flexibilización en esa precisa materia, como supra se anticipó.*

*Esto último, al ser factible, en doctrina de esta Corporación, “(...) que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la*

*ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) (...); o que lo haga a partir de indicios endoprosesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur [la cosa habla por sí misma] (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’ (...)*”.

*Lo anterior, desde luego, atendiendo las circunstancias específicas en causa, dado que la aplicación literal del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, podía dar al traste con el derecho reclamado, no obstante existir particularidades especiales que daban lugar a dinamizar o a superar esa regla general probativa”. (Subrayas fuera del texto original).*

En este pronunciamiento la Corte señala que la dinamización de las cargas probatorias se logra a través de: i) las “reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica; ii) las presunciones; iii) los “indicios endoprosesales”; iv) “el principio res ipsa loquitur”; v) y la culpa virtual o resultado desproporcionado”.

En séptimo lugar, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC21828-2017 del 19 de diciembre de 2017, con ponencia del Dr. Álvaro Fernando García Restrepo (Radicado N° 08001-31-03-009-2007-00052-01) resolvió un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, la cual había revocado la decisión de primer grado que había accedido a las pretensiones de la demanda: “Básicamente, porque en el informe final rendido el 6 de marzo de 2012 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se concluyó “que la parte accionada no encuentra comprometida su actuación de ninguna manera, y que en todo momento del tratamiento al demandante[,] ajustaron su actuar a la Lex Artis”,

*inferencia que le permitió a esa autoridad aseverar que “no existe culpabilidad alguna” y que, por ende, “no se configura el requisito del nexo causal”*”.

Dicha Corporación resolvió casar la sentencia de segunda instancia y actuando como tribunal de instancia confirmó la decisión de primer grado, modificando la cuantía de la indemnización de los perjuicios morales.

Sobre la carga dinámica de la prueba expuso la Corte en la sentencia sustitutiva lo siguiente:

*“1.2. Fruto de la evolución jurisprudencial que en Colombia ha tenido la responsabilidad médica, desde hace algún tiempo se venía aplicando la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, en virtud de la cual debe identificarse si “es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos” o si, por el contrario, esa facilidad la tiene la parte opuesta, tanto en lo que refiere a la “falla del servicio” como a la “relación de causalidad”, planteamiento que el a quo sustentó con transcripción de un fallo de esta Corporación, y cuya aplicación reclama la parte actora en la apelación para aducir que era a la demandada a quien correspondía aportar en forma completa la historia clínica que debía dar cuenta de todo el tratamiento y las intervenciones de que fue objeto el paciente cuya indemnización se reclama, señalando como pudo apreciarse que aquella se allegó incompleta, con ausencia de la mayoría de las cirugías practicadas, impidiendo llegar a firmes conclusiones sobre su calificación.*

*Hoy se viene criticando, tanto desde el punto de vista de la teoría jurídica, que se hable de la existencia de una carga de la prueba en cabeza de una de las partes y de la misma forma que se pretenda trasladar esa carga a quien no busca obtener los efectos de la decisión que reclama tal demostración, para sostener que lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento.*

1.2. Los elementos estructurales de la responsabilidad son: 1. la “existencia de un vínculo obligacional, que puede ser un contrato, o la vinculación a una entidad prestadora del servicio de salud”, “el daño” y el “[n]exo causal”, debiéndose tener por acreditado el primero de ellos, con la documentación allegada, pero también con la contestación de la demanda en la cual no discutieron el hecho de la vinculación así como tampoco el contrato que dicha entidad celebró con la clínica demandada.

(...) 3.2.1. Si bien es verdad que tratándose de la responsabilidad médica, ya sea la contractual, ora la extracontractual, es regla de principio, que corresponde a quien la reclame comprobar los elementos que la estructuran para obtener el derecho a ser indemnizado, entre ellos, la culpa del accionado y el nexo de causalidad, también lo es que para no hacer nugatorio el derecho de las víctimas, quienes no siempre están en situación real de cumplir con ese deber, la jurisprudencia y la doctrina, soportadas en el mandato de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, han admitido que en aquellos casos en los que no sea factible a su promotor, proveer la prueba de los advertidos requisitos axiológicos, opera la flexibilización de tal principio, de modo que los hechos que interesan para la correcta definición de tales asuntos litigiosos, los acredite la parte que esté en posibilidad de hacerlo, particularmente, el de la diligencia y cuidado, que según el inciso 3° del segundo precepto atrás invocado, “incumbe al que ha debido emplearlo”.

Al respecto, la Sala, tras advertir que “los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad”, puso de presente que es “en torno a ese panorama axiológico” que opera “el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil)”, pero “visto con un sentido socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, (...)”.

Enseguida concluyó, que como “lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el

*acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa”, es “precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte....*

*(...) En procura de corregir el desequilibrio provocado por los accionados, era factible, como lo resolvió el sentenciador de primer grado, alterar la regla base de la carga probatoria, a efecto de exigirle a aquéllos la demostración de que las cirugías realizadas por el doctor Vélez Londoño en el ojo izquierdo del paciente, se sujetaron en un todo a la lex artis, determinación que como ya se anunció, ni fue controvertida por los apelantes, ni se avizora equivocada”. (Subrayas fuera del texto original).*

En esta oportunidad la Corte Suprema de Justicia casó la decisión por considerar estructurados los errores atribuidos a la sentencia cuestionada, y actuando como tribunal de instancia avaló la utilización de la “*carga dinámica de la prueba*” por parte del juzgado de primera instancia, pues conforme lo había señalado este, era procedente “*alterar la regla base de la carga probatoria, a efecto de exigirle a aquéllos la demostración de que las cirugías realizadas por el doctor Vélez Londoño en el ojo izquierdo del paciente, se sujetaron en un todo a la lex artis, determinación que como ya se anunció, ni fue controvertida por los apelantes, ni se avizora equivocada*”.

Por último, el 28 de junio de 2017 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió la sentencia SC9193-2017 con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez (Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01) en la cual resolvió el recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en la que se confirmó la decisión desestimatoria de primera instancia, tras considerar que “*no hay prueba de la culpa de la entidad demandada, ni de su relación con los daños sufridos por el menor*”.

En esta providencia la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia de segunda instancia, aduciendo que *“la valoración probatoria realizada por el Tribunal –tanto en la individualidad de los medios de conocimiento como en su conjunto–, impone dar la razón al recurrente, pues existen criterios objetivos para concluir que los enunciados fácticos a los que arribó el juez ad quem no se sustentaron en las reglas de la sana crítica, es decir que su sentencia estuvo desprovista de una motivación razonada sobre los hechos en que se fundamentó la decisión, lo que comporta necesariamente su casación por infracción indirecta de la ley sustancial”*.

En la referida decisión no se hizo uso de la carga dinámica de la prueba; no obstante, se realizaron algunas consideraciones relevantes respecto de la misma, así:

*“En el caso sub judice, el análisis individual y en conjunto de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, demostró la presencia de todos los supuestos de hecho que exige la norma sustancial que consagra la declaración de responsabilidad civil, tal como se explicó líneas arriba; lo que se estima suficiente para negar la excepción.*

*No obstante, con el fin aclarar el concepto de ‘carga de la prueba’ y su diferencia con el ‘deber de aportar pruebas’, es necesario realizar la siguiente precisión doctrinal.*

***- La carga de la prueba y el deber-obligación de aportar pruebas.***

*(...) La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.*

*(...) Si el derecho sigue siendo derecho, entonces la solución del caso concreto tiene que sustentarse –sin excepciones– en la demostración de los presupuestos fácticos requeridos por la ley general, impersonal y abstracta, sin importar a quién corresponde aducir las pruebas de tales supuestos en virtud del principio de la comunidad de la prueba.*

*No es posible variar o distribuir la carga de la prueba de los elementos fácticos descritos en las distintas normas sustanciales sin que se viole el sentido original de las mismas, por lo que dicha infracción ameritaría el quiebre del fallo que haya incurrido en tal error, de conformidad con la respectiva causal de casación.*

*(...) La distribución de la carga de prueba, en suma, no depende de las particularidades de cada caso concreto, ni de la actuación de las partes dentro del proceso, ni de su mayor o menor cercanía con las evidencias, sino que se deduce exclusivamente de la estructura de la relación jurídica material que ha de decidirse, y por tanto siempre está prefigurada por la norma sustancial de carácter general, impersonal y abstracto, es decir que está dada de manera a priori y el juez no puede desconocerla o variarla sin que altere el mandato de la ley sustancial. Una cosa es la conformación de los enunciados fácticos a partir de los ‘esquemas de problemas’ (tópicos) que plantean los casos específicos, y otra bien distinta es crear y aplicar una norma jurídica nueva para cada situación particular, lo cual nunca ha sido, no es, ni puede ser derecho.*

*Permitir que el juez decida en cada caso concreto qué elementos estructurales de la ley sustancial han de quedar demostrados en el proceso y cuáles no (casuismo jurídico), supondría una completa incoherencia del derecho como sistema que garantiza expectativas fiables y estables; pues ello sería tanto como regresar a los tiempos en que imperaba la arbitrariedad por desconocimiento del principio de legalidad.*

*Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que*

*declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: tertium non datur.*

*3. Algo muy distinto ocurre con otra regla que, aunque tiene tanta importancia como la anterior, no es un mandato legal dirigido al sentenciador al momento de aplicar el derecho al caso concreto, sino una orden que el juez da a una de las partes en la fase de recopilación del acervo probatorio, para que suministre las pruebas que se necesitan al interior del proceso a fin de demostrar las hipótesis fácticas previstas en las normas sustanciales en que se ha de fundamentar la decisión. La anterior distinción ha sido establecida por la ciencia del derecho procesal, al diferenciar entre los actos que incumben al órgano judicial y los actos que corresponden a las partes.*

*El deber-obligación de ministración o aportación de pruebas es funcionalmente distinto de la regla de clausura de la carga de la prueba, pues no es un mandato dirigido al juez para que se abstenga de declarar la consecuencia jurídica que la ley positiva tiene prevista ante la falta de demostración de los supuestos de hecho que ella consagra, sino que está orientado a reglar la actividad probatoria de las partes con sujeción a razones de justicia, equidad, lealtad procesal, buena fe, cooperación, solidaridad y consecución de la verdad material.*

*El requerimiento que el juez hace a una de las partes para que aporte el material probatorio que está a su disposición no es ni puede ser una carga, pues las cargas son actos de mera liberalidad que los sujetos procesales pueden realizar o no como a bien lo tengan, y que han de ejercitar para su propia conveniencia si quieren obtener éxito en el proceso. La figura de la carga se distingue del deber en que su cumplimiento es de interés exclusivo del sujeto que de ella está investido, mientras que el interés en el cumplimiento del deber lo tiene el acreedor o derechohabiente. De ahí que la principal característica de la carga frente al deber es su incoercibilidad.*

*El deber-obligación de aducir pruebas, por el contrario, es una verdadera constrictión que el juez impone a una de las partes según ciertas condiciones que justifican tal proceder (señaladas en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso), cuyo*

*resultado no está dirigido a beneficiar al obligado sino que se establece en interés de la contraparte que se halla en una enorme desventaja probatoria por encontrarse en estado de indefensión, incapacidad u otras circunstancias similares.*

*Este deber-obligación concretiza un ideal de justicia distributiva cuando autoriza al juez a ordenar el suministro de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de proveerlas; no está dirigido al sentenciador al momento de decidir el litigio sino a las partes en las etapas en las que es posible y necesario incorporar al proceso los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad; y su inobservancia por renuencia de la parte obligada a colaborar con la práctica de las pruebas no apareja la declaración de la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial, sino un indicio de conducta que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas (arts. 71-6, 249 CPC; y 78-8, 241 CGP); sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el juez por incumplimiento de sus órdenes (art. 39-1 CPC y 44-3 CGP).*

*La carga de la prueba responde a las preguntas ‘qué debe probarse y quién soporta las consecuencias de la ausencia de prueba’, y ya se dijo que lo que se debe probar son los supuestos de hecho consagrados en la norma sustancial, de suerte que en ausencia de su demostración, el juez deberá negar la declaración del efecto jurídico previsto en la ley. El deber de ministración de las pruebas, en cambio, obedece a la cuestión de ‘quién está obligado a aportar ciertas pruebas por estar en mejores condiciones de hacerlo’, es decir cuál de las partes está compelida a allegar los elementos materiales de conocimiento sobre los hechos en razón de su mejor posición o cercanía con los mismos.*

(...)

*Aunque en algunas oportunidades esta Sala ha aludido tangencialmente a una supuesta “distribución judicial de la carga de la prueba”, lo cierto es que tal conjetura jamás ha sido aplicada para la solución de un caso concreto; y, finalmente, las sentencias en las que se la ha mencionado se han resuelto –como todas las demás–, dependiendo de si en el proceso quedaron o no demostrados todos los supuestos de hecho que exigen las normas sustanciales en que se sustentaron los respectivos litigios.*

(...) 4. La carga de la prueba no sólo se ha confundido con el deber-obligación de aportación de pruebas, sino que a menudo se invoca una supuesta “distribución o dinamización de la carga de la prueba” en casos en los que simplemente se trata de demostrar los enunciados fácticos mediante hipótesis indiciarias.

La construcción, valoración y contradicción de pruebas circunstanciales, indirectas o inferenciales se rige por las reglas específicas que para esos medios probatorios consagra el estatuto procesal, sin que sea admisible confundir tales operaciones del entendimiento con una especie de flexibilización o atenuación del principio de la necesidad de la prueba, pues siempre que existan hechos probados a partir de los cuales se pueda inferir la presencia de una presunción de hombre o de un indicio para demostrar la existencia de otros hechos que no pueden probarse directamente, las partes podrán sugerir o postular las hipótesis circunstanciales en sus alegaciones finales, y el juez tendrá que elaborar en la sentencia el respectivo razonamiento indiciario o presuntivo, según el caso, para evitar incurrir en un vicio de motivación por deficiencias en la valoración material de las evidencias.

*Lo anterior, lejos de aliviar las exigencias probatorias, significa un estricto cumplimiento de las mismas en aras de la consecución de la verdad que resulta relevante para la solución del problema jurídico que ha de resolver la sentencia”. (Subrayas fuera del texto original).*

La citada providencia resulta de suma relevancia para el análisis de la carga dinámica de la prueba en las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, en tanto modifica el entendimiento, aplicación y alcance que dicha Corporación le había venido dando a esta figura.

En esta oportunidad la Sala de Casación Civil analiza la redacción de la carga dinámica de la prueba contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, y para su interpretación comienza por distinguir entre la carga que tienen las partes de probar los supuestos de hecho que regulan la relación sustancial debatida en el proceso y el deber que tienen las mismas de aportar pruebas al proceso. La Corte resalta que la carga de la prueba es un mandato legal dirigido al juez “*al momento de aplicar el derecho al caso concreto*”, que se encuentra regido

por las normas sustanciales que regulan la relación jurídica material que ha de decidirse en el proceso; y que por esta razón no es posible que el juzgador modifique o dinamice el *onus probandi* “sin que altere el mandato de la ley sustancial”. A juicio de la Corporación, aplicar la carga dinámica de la prueba en el sentido de dinamizar los supuestos de hecho que debe acreditar cada litigante en el proceso conllevaría a la infracción de la ley sustancial.

La Corte sostuvo que la carga dinámica de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso hace referencia a un deber de aportación de la prueba “que el juez impone a una de las partes según ciertas condiciones que justifican tal proceder (...), cuyo resultado no está dirigido a beneficiar al obligado sino que se establece en interés de la contraparte que se halla en una enorme desventaja probatoria por encontrarse en estado de indefensión, incapacidad u otras circunstancias similares”.

## **2.2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESEÑADAS**

El propósito de este acápite es: i) efectuar un análisis de las providencias referenciadas anteriormente, con el fin de determinar el entendimiento que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la carga dinámica de la prueba y la aplicación que efectúa de ella en los procesos de responsabilidad civil médica; y ii) exponer mis apreciaciones personales frente a los argumentos de dicha Corporación.

En las sentencias del 30 de enero de 2001 (Expediente No. 5507), 22 de julio de 2010 (Expediente No. 41001 3103 004 2000 00042 01), 5 de noviembre de 2013 (Expediente No. 20001-3103-005-2005-00025-01), 15 de septiembre de 2014 (Expediente No. 11001 31 03 034 2006 00052 01) y 15 de septiembre de 2016 (Expediente No. 11001 31 03 018 2001 00339 01) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mantuvo un criterio claro acerca de la carga dinámica de la prueba y los efectos de su aplicación en los procesos de responsabilidad civil médica. En estas providencias la Corporación efectuó un análisis acerca de las posibles consecuencias de la aplicación de la teoría en este tipo de procesos y distinguió de manera clara la figura de la carga dinámica de la prueba de los medios de prueba relacionados en la regulación procesal como los indicios, de otras teorías como “*el principio res ipsa loquitur*” y de figuras como la “*culpa virtual o [el] resultado desproporcionado*”.

La primera vez que esa Corporación altera la posición expuesta en las providencias referidas es en la sentencia SC7110-2017 del 24 de mayo de 2017 (Radicado No. 05001-31-03-012-2006-00234-01), en la cual parece confundir dos situaciones disímiles: la aplicación de la carga dinámica de la prueba con la utilización de mecanismos de valoración probatoria, la aplicación de medios de prueba y la utilización de las teorías o razonamientos a los que se ha hecho alusión.

En la citada providencia la Corte señala que el actuar culposo del demandado en un proceso de responsabilidad civil médica puede quedar acreditado gracias a la utilización de “*estándares o criterios excepcionales de flexibilización en esa precisa materia*”, lo cual es posible a través de la aplicación de mecanismos de valoración de la prueba como las reglas de la experiencia y la sana crítica; de medios de prueba como los indicios; y de otras teorías, como la culpa virtual.

La carga dinámica de la prueba permite alterar, modificar o dinamizar la carga probatoria clásica, con el fin de facilitar al demandante la demostración del elemento subjetivo de la responsabilidad civil médica; mientras que las “*reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica*”; las presunciones; los “*indicios endoprocesales*”; y la *culpa virtual o [el] resultado desproporcionado*” permiten al Juez hallar acreditado igualmente el actuar negligente, omisivo o descuidado del demandado aplicando cabalmente la regla clásica de la carga de la prueba – *onus probandi*-, sin necesidad de recurrir a la dinamización o alteración de esta.

La carga dinámica de la prueba, como quedó expuesto en el capítulo precedente, es el mecanismo, teoría o figura procesal con fundamento en el cual el juez puede alterar o modificar la carga probatoria establecida para la resolución del asunto debatido “*exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos*”<sup>56</sup>.

A través de este mecanismo de aligeramiento probatorio se modifica el sujeto procesal que debe acreditar un hecho debatido en el proceso, por encontrarse en la posición más favorable para aportar la prueba respectiva. Sin que para ello implique la alteración de los criterios de valoración que debe usar, los medios de prueba de los que se puede valer, ni los razonamientos y teorías establecidos para llegar a una decisión de mérito.

---

<sup>56</sup> Código General del Proceso. Artículo 167.

Las reglas o máximas de la experiencia, de la ciencia y de la técnica, la sana crítica y el sentido común son sistemas, criterios o parámetros de valoración probatoria.

Las reglas de la experiencia “[s]on definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”<sup>57</sup>.

Couture las define como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”<sup>58</sup>.

La sana crítica<sup>59</sup> es un sistema de valoración libre de la prueba que permite al juez determinar el valor que le otorgada a cada elemento de convicción, sin el riesgo de que dicho análisis se base únicamente en los criterios de su fuero interno y sin limitarlo a unas reglas rígidas de tarifa probatoria.

Couture define la sana crítica como “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> 5 Stein, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1973. Pág. 30.

<sup>58</sup> Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1966. Pág. 379.

<sup>59</sup> Código General del Proceso. Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

<sup>60</sup> Couture, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Tomo II: 1979. Pág. 478

El sentido común es “un acervo de conocimientos al que recurre [el hombre] como esquema para interpretar sus experiencias pasadas y presentes y que también determina su anticipación de cosas futuras”<sup>61</sup>.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expuso sobre estos criterios, lo siguiente:

*“No debe olvidarse que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil le impone al sentenciador el deber de exponer “siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”, exigencia que se erige en la columna medular del llamado sistema de “la sana crítica” para la valoración de la prueba, método que, contrariamente a lo que acontece con el de la ‘tarifa legal’, se funda en la libertad y autonomía del juzgador para ponderar las pruebas y obtener su propio convencimiento, aquilatadas a través del sentido común y la lógica y, claro está, de la mano de las reglas de la experiencia, que son “aquellos juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficacia de las pruebas aportadas al proceso. Es decir, en últimas, aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio.*

*(...) Como la soberanía del juzgador de instancia en el punto no puede desbocarse hacia la arbitrariedad, cabalmente, porque su ponderación debe ser razonada, es decir, fundada en el sentido común y las máximas de la experiencia, la labor del recurrente en casación sube de punto cuando trata de cuestionar la crítica que de la prueba hizo el Tribunal, pues suele acontecer que éste la hubiese percibido en su realidad objetiva, sólo que al razonar sobre ella, o sea, al pasarla por el tamiz que el sentido común y las reglas del saber empírico conforman, le reste credibilidad, de modo que sería vana una confrontación entre lo que el medio dice con lo que el Tribunal afirmó de él, desde luego que en tal evento ambos coincidirían”<sup>62</sup>.*

---

<sup>61</sup> Schutz, Alfred. Estudios sobre teoría social: Escritos II. Editorial Amorrortu. Buenos Aires. 2003. Pág. 260-269.

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 3 de diciembre de 1998. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Expediente No. 5044.

La regla o principio del “*res ipsa loquitur*”<sup>63</sup> ha sido definida como “*aquella evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia*”<sup>64</sup>, atendiendo a que el avance de la ciencia permite deducir que el daño causado es sinónimo de culpa.

La culpa virtual permite que a través de la prueba de los hechos que rodearon la ocurrencia del daño el juez pueda inferir “*que solo un comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño*”<sup>65</sup>. No se trata de una presunción de culpa del demandado, sino de una prueba de su actuación negligente o descuidada a través de indicios.

La doctrina del daño desproporcionado se aplica “*cuando el daño sufrido por la víctima puede calificarse como desproporcionado en comparación con el que resulta habitual, según las reglas de la experiencia*”, y en este evento, “*el tribunal puede presumir que el profesional sanitario actuó de forma negligente*”<sup>66</sup>.

Conforme a lo anterior, estimo equivocado afirmar que existe flexibilización probatoria cuando se hace uso de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, como mecanismos de valoración probatoria; cuando se deducen indicios de las pruebas allegadas al proceso o del comportamiento de las partes, o cuando se hace uso del principio *res ipsa loquitur*, o de la doctrina de la culpa virtual o del resultado desproporcionado. En los eventos donde se concluye la existencia de culpa del demandado con fundamento en dichas figuras, no se está aplicando la dinamización o alteración de la carga probatoria clásica; y la utilización de la carga dinámica de la prueba no se logra a través de tales reglas, mecanismos y doctrinas.

---

<sup>63</sup> Las cosas hablan por sí solas

<sup>64</sup> Stanzione, P. y Zambrano, V., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998. Pág. 70

<sup>65</sup> Tamayo Jaramillo Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. Octava reimpression. Editorial LEGIS. Bogotá D.C. 2015. pág. 1107.

<sup>66</sup> Mecanismos de Flexibilización de la Prueba de la Culpa y del Nexo Causal en la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1 (enero-marzo, 2018), Estudios, pp. 55-97 69 [En: *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>]

En la sentencia SC21828-2017 del 19 de diciembre de 2017 (Radicado No. 08001-31-03-009-2007-00052-01) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que tuvo acreditada la actuación culposa de los demandados en virtud de la flexibilización de las cargas probatorias, a pesar de que en dicha decisión se encontró debidamente acreditada la culpa de la parte demandada con fundamento en la carga clásica de la prueba.

En efecto, la negligencia que dio lugar a la estructuración de la culpa de los demandados devino de la falta de diligenciamiento adecuado y cabal de la historia clínica, circunstancia que se encuentra consagrada legalmente como obligación del médico. Por ello, la prueba de la culpa necesaria para estructurar la pretensión indemnizatoria planteada se obtuvo de los documentos aportados por las partes, en los cuales se evidenció el incumplimiento de una obligación de los demandados, y no de la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

En la sentencia del 28 de junio de 2017 (Radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia modificó el entendimiento, aplicación y alcance que dicha Corporación le había venido dando a la carga dinámica de la prueba, al distinguir entre la carga que tienen las partes de probar los supuestos de hecho que regulan la relación sustancial y el deber que tienen las mismas de aportar pruebas al proceso.

A juicio de la Corporación, aplicar la carga dinámica de la prueba en el sentido de dinamizar los supuestos de hecho que debe acreditar cada litigante en el proceso conlleva a la infracción de la ley sustancial, y por ello, la interpretación que debe darse al artículo 167 del Código General del Proceso es la de la facultad que tiene el juez de imponer a las partes el deber de allegar determinadas pruebas al proceso, aunque no fueran las que tuvieran en principio tal carga. En la providencia se descarta la posibilidad de alterar el sujeto procesal a quien corresponde la carga de acreditar los supuestos de hecho consagrados en la regulación sustancial.

Comparto el argumento expuesto en la sentencia acerca de que la Corte en realidad nunca ha dado aplicación a la carga dinámica de la prueba en ninguno de los procesos de responsabilidad civil médica en los que ha analizado la misma, ya que las oportunidades en las que en principio se podría considerar que recurrió a la teoría analizada, en realidad se basó en medios de prueba como los indicios para acreditar la culpa médica.

No obstante, disiento del planteamiento acerca de que la aplicación de la carga dinámica de la prueba conlleva la alteración de “*los presupuestos fácticos requeridos por la ley general, impersonal y abstracta*” para la aplicación de la consecuencia jurídica que ella persigue. O lo que es lo mismo, implica violar la regulación sustancial del régimen de la responsabilidad civil médica.

Ello por cuanto, la finalidad de esta figura procesal es la de exigir a un sujeto procesal la prueba de “*determinado hecho*” controvertido en el proceso, sin que ello signifique la alteración o modificación de los presupuestos que se deben acreditar para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria planteada. Es decir, el Juez puede imponer al demandado la carga de acreditar que la historia clínica fue debidamente diligenciada, o que el proceso de anestesia fue realizado conforme la *lex artis*, o que el paciente fue informado de manera adecuada de los riesgos de la cirugía, o que en la cirugía no se presentaron complicaciones; sin que ello signifique que al momento de proferir una decisión de mérito pueda condenar al demandado sin la acreditación del elemento subjetivo exigido en este tipo de procesos.

De manera que, la adecuada utilización de la dinamización de las cargas probatorias en nada afecta la acreditación de los presupuestos de hecho necesarios para la prosperidad de la pretensión de responsabilidad civil médica.

Adicional a ello, considero que la referida providencia modifica el sentido literal del artículo 167 del Código General del Proceso, y el significado natural obvio de algunas palabras contenidas en este. La Corporación intenta explicar que la intención del legislador no fue la

de consagrar la posibilidad de dinamizar o de alterar la “*carga de la prueba*” sino la de otorgar la facultad al juez de imponer a las partes un “*deber de aportar pruebas*”.

El aludido artículo 167 señala que “*el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares*”.

En la norma citada no se consagró el deber-obligación de aportación de pruebas al que hace referencia la Corte en la providencia analizada. El artículo 167 del Código General del Proceso se refiere de manera clara y expresa a la posibilidad que el juez distribuya la carga de la prueba, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentra en una situación más favorable para hacerlo.

Desatender una disposición que no es oscura en este aspecto, o modificar el sentido natural y obvio de las palabras consagradas en la misma, comporta el desconocimiento de las reglas de interpretación de las normas<sup>67</sup>. Además, la facultad con que cuenta el juez para obligar a

---

<sup>67</sup> Código Civil. Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

las partes a colaborar con la aportación y práctica de las pruebas del proceso cuenta con regulación legal expresa en el numeral 8 del artículo 78 del Código General del Proceso<sup>68</sup>.

De manera que, los pronunciamientos analizados evidencian inconsistencias en el entendimiento que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia le otorga a la teoría de la carga dinámica de la prueba, antes de la entrada en vigencia del artículo 167 del Código General del Proceso y luego de la vigencia de este.

En los primeros pronunciamientos la Corte pareciera entender que la carga dinámica de la prueba es uno de los medios a través de los cuales se pueden acreditar los supuestos de hecho necesarios para la declaratoria de responsabilidad civil, junto con los indicios, la sana crítica, las reglas de la experiencia y teorías como la culpa virtual. De manera posterior confunde la valoración de medios de prueba como los indicios, con la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Finalmente concluye la improcedencia de entender la carga dinámica de la prueba en su sentido natural y obvio, como mecanismo de aligeramiento probatorio que permite distribuir la prueba de los presupuestos de hecho necesarios para la prosperidad de las pretensiones, y expone que debe entenderse como una facultad judicial para ordenar a determinada parte cumplir con su deber-obligación de aducir o aportar un elemento de convicción necesario para el proceso.

Esta situación dificulta el establecimiento de la forma cómo esa Corporación considera que debe aplicarse la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica; además de que impide la concreción de una línea jurisprudencial clara que permita a las partes y a la administración de justicia tener claridad sobre la cabal aplicación de la misma.

---

<sup>68</sup> Artículo 78. Deberes de las Partes y sus Apoderados. Son deberes de las partes y sus apoderados: (...) 8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias”.

### **2.3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

A efectos de obtener las providencias judiciales en las cuales el Tribunal Superior de Medellín ha realizado algún pronunciamiento sobre la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica visité los 12 Despachos que conforman la Sala Civil, procurando la información al respecto<sup>69</sup>.

En este rastreo jurisprudencial pude identificar una sola decisión en la que la Corporación se refirió a la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.

La escasez de providencias pertinentes para la realización del presente análisis parece obedecer a: i) que en los procesos de responsabilidad civil médica normalmente no se invoca su aplicación; ii) que la mayoría de los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín no hacen uso de la dinamización de las cargas probatorias y por ende, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín conoce de muy pocos procesos en los que se controvierte la aplicación de la figura<sup>70</sup>, y iii) que el artículo 167 del Código General del Proceso no lleva mucho tiempo vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, sin que exista una línea jurisprudencial decantada sobre su alcance y parámetros de aplicación.

En la sentencia identificada, del 24 de julio de 2017, con ponencia del Dr. Ricardo León Carvajal Martínez (Radicado: 05001 31 03 008 2009 00169 01) la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín resolvió el recurso de apelación interpuesto por los demandados en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de diciembre de 2014 por el

---

<sup>69</sup> La visita implicó que los empleados judiciales de cada Despacho realizaran una búsqueda en sus archivos internos sobre la aplicación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica

<sup>70</sup> Del recorrido efectuado en cada Juzgado Civil del Circuito de Medellín detecté que solo la han usado 2 juzgados de los 22 existentes.

Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, en la que se hizo uso de la carga dinámica de la prueba al momento de proferir sentencia.

En la providencia citada la sala Civil expuso sobre la carga dinámica de la prueba lo siguiente:

*“El concepto de carga dinámica de la prueba ha sido introducido por la jurisprudencia en aquellos casos en los cuales no se puede dar aplicación irrestricta a las disposiciones relacionadas con la carga de la prueba y sobre todo donde se advierta una notable desigualdad entre las partes de cara a la profesionalidad que asista a una de ellas, a la cercanía que pueda tener con la prueba y en general con la facilidad que se derive para demostrar los hechos cuya acreditación demande las pretensiones o las excepciones en virtud de las cuales se encause el proceso.*

*Tales pronunciamientos fueron codificados en el inciso segundo del artículo 167 del CGP, que si bien no resulta aplicable para el caso, funge como un criterio interpretativo del cual se colige la naturaleza de la institución y los presupuestos para su aplicación en un caso determinado.*

*Asimismo la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:*

*“Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. En tales supuestos, obviamente, debe existir suficiente claridad en cuanto a la distribución probatoria que se determine para el caso particular, adoptada en el momento procesal oportuno y garantizando la adecuada defensa y contradicción de las partes.”<sup>71</sup>*

---

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

*Advirtiéndose que dentro de las garantías relacionadas con el debido proceso y buscando un ánimo de cooperación entre las partes, podrá el Juez distribuir la carga de la prueba de acuerdo con las facilidades o dificultades que advierta de uno u otro lado, pero en todo caso, tal determinación debe realizarse en un momento del proceso que permita a la contraparte el ejercicio del derecho de defensa y el conocimiento previo de los hechos que deberá entrar a demostrar y de las cargas procesales que corren por su cuenta.*

*En el caso que convoca la atención de la Sala, se evidencia que la sentencia de primera instancia basó las razones de su decisión en la aplicación del mencionado concepto, arguyendo que dado el conocimiento técnico y la profesionalidad que asiste a las demandadas, era a ellas a quienes correspondía demostrar la existencia de una conducta diligente y prudente que las exonerara de la responsabilidad endilgada en su contra.*

*Frente al particular, asiste plenamente la razón a los demandados y llamados en garantía – impugnantes- pues de acuerdo con las disposiciones transcritas y sobre todo consultando el espíritu de tal institución (que quedara consagrada hoy en el Código General del Proceso) la sentencia no era el momento oportuno para realizar una distribución de la carga de la prueba, pues tal determinación atenta abierta y directamente contra el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada, quien después de haber surtido todo un debate procesal y haber atravesado un período probatorio se enfrentó a una modificación sorpresiva de la carga de la prueba que se invirtió en su contra.*

*Es claro que situándonos en un régimen de culpa probada, como el que rige en materia de responsabilidad médica, la parte demandada estaba compelida a demostrar que su actuación había sido diligente, profesional y conforme con las reglas que regulan la medicina, o en su defecto su defensa se erigiría en punto a la prueba de las excepciones esgrimidas frente a las pretensiones condenatorias de la parte demandante, mismas que en el presente caso se orientaron hacia la culpa exclusiva de la víctima como uno de los eventos constitutivos de causa extraña que dan al traste con el nexo causal como elemento inescindible en la responsabilidad civil.*

*De esta forma, debe este Tribunal poner de presente la inadecuada aplicación del concepto de carga dinámica de la prueba que sirvió para establecer una serie de presunciones como*

la de nexa causal que no tiene cabida en el régimen de culpa probada que rige el presente litigio.

Además, se advierte que al momento de decretar las pruebas pedidas por las partes mediante auto del 25 de abril de 2012 - folios 325 y siguientes del cuaderno principal - el A Quo no realizó ningún tipo de mención respecto de los hechos que le incumbía probar a uno u otro – no distribuyó la carga de la prueba - manteniéndose la regla general y orientándose los medios de prueba hacia la demostración de los hechos de la demanda – relacionados con la culpa galénica- y aquellos que fundamentan las excepciones relativas a la culpa o desidia de la parte demandante y al actuar solícito de los demandados.

Es decir, en ningún momento anterior a la sentencia se advirtió a las partes que se aplicaría el concepto de carga dinámica y por ende que a los demandados les compelia probar el contenido de la historia clínica y la finalidad médica de dejar un catéter abandonado en la vejiga de la paciente, menguándose en demasía la capacidad de defensa de los mismos y vulnerándose su derecho al debido proceso, puesto que sólo hasta la sentencia se les endilga el cumplimiento de cargas cuya asunción nunca fue advertida.

Tal determinación del Juez, que fundamenta la decisión que hoy convoca la atención de la Sala, desconoció el curso que el proceso llevaba hasta entonces y no se atuvo a la forma como fueron decretadas y practicadas las pruebas, demandando un esfuerzo adicional e inadvertido a la parte demandada, quien finalmente resultó condenada.

Aunado a ello, tal inversión o distribución de la carga de la prueba no conlleva de forma ineludible a la presunción de la existencia del nexa causal entre el abandono del catéter en el cuerpo de la paciente y las infecciones urinarias que la aquejaron durante los años subsiguientes, porque de acuerdo con lo consagrado en los artículos 177 y 179 del C. de PC. y teniendo en cuenta que nos situamos en un régimen subjetivo donde es la parte demandante quien debe probar los supuestos de hecho que alega, era de su resorte demostrar la relación entre el hecho y las consecuencias subsiguientes.

En este sentido, la Sala precisa que no es dable en el presente caso la aplicación de la carga dinámica de la prueba, no por el incumplimiento de los supuestos para que la misma opere,

sino porque ello se dio en forma extemporánea e inoportuna actuando en desmedro de los intereses de la parte demandada”. (Subrayas fuera del texto original)

En esta providencia la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín realiza un análisis sobre algunas de las características de la carga dinámica de la prueba, resaltando el requisito de oportunidad de la misma, en tanto esta debe aplicarse en una etapa procesal donde las partes puedan debatir la distribución de la carga probatoria y aportar pruebas que permitan su adecuada defensa.

Exponiendo que, resulta absolutamente contrario al debido proceso sorprender a los demandados al momento de la sentencia con la modificación de la carga procesal, sino tuvieron oportunidad en el curso del proceso de adecuar su defensa a dicho escenario.

#### **2.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL DE MEDELLÍN A LA QUE SE HIZO PREVIA REFERENCIA**

En la sentencia del 24 de julio de 2017 la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín efectúa un juicioso y acertado análisis acerca de la figura de la carga dinámica de la prueba, resaltando algunas de sus características más importantes, tal como la atinente a la oportunidad.

El Tribunal advierte con claridad que la dinamización de las cargas procesales es aplicable, de manera excepcional, en los procesos donde se advierta *“una notable desigualdad entre las partes de cara a la profesionalidad que asista a una de ellas, a la cercanía que pueda tener con la prueba y en general con la facilidad que se derive para demostrar los hechos cuya acreditación demande las pretensiones o las excepciones en virtud de las cuales se encause el proceso”*.

Resalta esa Corporación que, *“en todo caso, tal determinación debe realizarse en un momento del proceso que permita a la contraparte el ejercicio del derecho de defensa y el conocimiento previo de los hechos que deberá entrar a demostrar y de las cargas procesales que corren por su cuenta”*.

Estimo acertada la decisión del Tribunal en razón de que puso en evidencia la indebida aplicación de la carga dinámica de la prueba, toda vez que la sentencia no es el momento procesal para sorprender al demandado con la alteración de la carga probatoria. Ello, *“atenta abierta y directamente contra el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada, quien después de haber surtido todo un debate procesal y haber atravesado un período probatorio se enfrentó a una modificación sorpresiva de la carga de la prueba que se invirtió en su contra”*.

## **2.5. PRONUNCIAMIENTOS DE LOS JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

En aras de completar el material de estudio, visité todos los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín solicitando información respecto de las providencias judiciales en las que se hubiera efectuado algún pronunciamiento relevante sobre la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica.

En este rastreo jurisprudencial solo pude identificar 2 pronunciamientos en los que se ha hecho referencia a la carga dinámica de la prueba consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, a saber: i) la sentencia del 16 de diciembre de 2014 proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín en el proceso ordinario de Dora Ligia Henao Martínez vs. Salud Total EPS S.A. (Radicado: 05001 31 03 008 2009 00169 00); y ii) la sentencia del 12 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín en el proceso verbal de Henry Nelson Daza Giraldo vs. Cafesalud EPS S.A. (Radicado: 05001 31 03 012 2016 00592 00).

Considero que la escasez de pronunciamientos judiciales sobre el particular puede tener las mismas causas referenciadas en el análisis realizado en precedencia: i) que en los procesos de responsabilidad civil médica no se suele invocar la aplicación de la figura; ii) que la mayoría de los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín no aplican la dinamización de las cargas probatorias, y iii) que no existe una línea jurisprudencial decantada sobre los parámetros de aplicación del artículo 167 del Código General del Proceso, el cual no lleva mucho tiempo vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

En la providencia emitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín se hizo uso de la carga dinámica de la prueba al momento de proferir sentencia de primera instancia, por cuanto se consideró que recaía en cabeza de las demandadas la carga

de acreditar la efectiva y adecuada prestación del servicio, así como el actuar diligente y cuidadoso de cara a la intervención médica a la que fue sometida la demandante.

Con base en el análisis probatorio, el despacho concluyó que no se demostraron los elementos exonerativos de responsabilidad en cabeza de los demandados y accedió a las pretensiones de la demanda.

Esta providencia fue revocada en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín (en la sentencia ya citada), toda vez que el Juzgado de primera instancia no aplicó en oportunidad la carga dinámica de la prueba, haciendo uso de la misma al momento de proferir sentencia.

Por su parte, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín hizo uso de la carga dinámica de la prueba en el proceso verbal de su conocimiento al momento de decretar las pruebas del proceso. En la sentencia del 12 de mayo de 2017 que puso fin a la instancia condenó a las entidades demandadas por los perjuicios ocasionados al demandante, teniendo en cuenta que aquella parte no logró acreditar la diligencia y cuidado en los servicios médicos prestados.

Este proceso tiene una característica especial, por cuanto la parte demandada contestó la demanda de manera extemporánea, y ello determinó que perdiera su oportunidad para solicitar y allegar pruebas.

Esta decisión fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 22 de agosto de 2017, con ponencia del Dr. Juan Carlos Sosa Londoño; pero en ella no se realizó pronunciamiento alguno sobre la carga dinámica de la prueba, toda vez que el motivo de apelación de la sociedad demandada no fue la utilización de esta figura por parte del juez de primera instancia.

Ambas decisiones evidencian dos panoramas antagónicos en cuanto a la oportunidad procesal en que se aplicó la carga dinámica de la prueba; pero similares en cuanto al resultado.

La primera de ellas hizo uso de la figura procesal al momento de proferir sentencia, y la segunda en la etapa de decreto de pruebas.

El resultado de las dos sentencias analizadas fue la condena de las sociedades demandadas, toda vez que ambos jueces establecieron una presunción de culpa de la parte pasiva que no fue desvirtuada, y, ante la falta de acreditación de la diligencia y cuidado en la prestación del servicio médico acogieron las pretensiones de la demanda.

## **2.6. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN A LAS QUE SE HIZO PREVIA REFERENCIA**

La sentencia del 16 de diciembre de 2014 proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín (Radicado: 05001 31 03 008 2009 00169 00) y la sentencia del 12 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín (Radicado: 05001 31 03 012 2016 00592 00) incurrieron en una indebida aplicación de la figura de la carga dinámica de la prueba.

En primer lugar, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín inobservó la oportunidad procesal en que puede darse aplicación a la dinamización de las cargas procesales, generando la afectación del derecho fundamental al debido proceso de la parte demandada.

El artículo 167 del Código General del Proceso señala que la carga probatoria podrá distribuirse en el proceso en cualquier momento antes de proferir sentencia, y que, en todo caso, en la providencia que así lo disponga se indicará a la parte gravada con la carga los hechos que deberá probar, se le otorgará la posibilidad ejercer los recursos pertinentes, y se le concederá un término para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción.

En razón de ello, al alterar la carga de la prueba al momento de proferir la sentencia, sin observar las reglas propias de la dinamización de esta, se infringió la referida regulación procesal, y con ello, se afectaron los derechos fundamentales de los demandados que resultaron condenados.

En segundo lugar, ambos Juzgados establecieron una presunción de culpa de los demandados, con lo cual terminaron alterando el régimen sustancial de la responsabilidad

civil médica -culpa probada-, de tal forma que de no demostrarse por el demandado la diligencia y cuidado exigible la pretensión de responsabilidad civil tendría vocación de éxito.

Ello por cuanto, “*Condenar al demandado sin que esté probada la culpa significa (...) resolver la controversia a la luz de la responsabilidad objetiva, o convertir la responsabilidad por culpa probada (2341) en responsabilidad por culpa presunta (2356)*”<sup>72</sup>.

En conclusión, ambos despachos judiciales desconocieron la adecuada aplicación de la carga dinámica de la prueba, alteraron el régimen sustancial de la responsabilidad civil con culpa probada, e incurrieron en afectación del debido proceso de la parte demandada.

---

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017 M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. Radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01.

### III. CAPÍTULO III

#### 3.1. PRECISIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

De los pronunciamientos judiciales referenciados en los acápites anteriores no es posible extraer parámetros claros y consistentes acerca del concepto de la carga dinámica de la prueba, de la forma en qué está siendo aplicada por la administración de justicia, ni de sus efectos en los procesos de responsabilidad civil médica.

La principal causa de lo anterior es la escasez de decisiones judiciales en las que se haya hecho uso de la figura en los procesos de responsabilidad civil médica. Además, de que las providencias en que se ha utilizado la dinamización de las cargas probatorias en los procesos de responsabilidad civil médica no son consistentes. En las sentencias revisadas cada juez ha expuesto su propia interpretación y aplicación de la figura. Por ejemplo, en algunas de las decisiones analizadas se confunde la carga dinámica de la prueba con medios de prueba y mecanismos de valoración probatorio<sup>73</sup>, y en otras se altera la regulación sustancial del régimen de responsabilidad civil con culpa probada<sup>74</sup>.

A pesar de la referida dificultad para establecer la forma en que está siendo aplicada por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Medellín y los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín la dinamización de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica, de la lectura del artículo 167 del Código General del Proceso<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Como la sentencia SC7110-2017 del 24 de mayo de 2017 (Radicado No. 05001-31-03-012-2006-00234-01) proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>74</sup> Como la sentencia del 16 de diciembre de 2014 proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín (Radicado: 05001 31 03 008 2009 00169 00) y la sentencia del 12 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín (Radicado: 05001 31 03 012 2016 00592 00).

<sup>75</sup> Código General del Proceso. “Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar,*

se pueden extraer las características de la carga de la prueba y algunos efectos de su aplicación en este tipo de controversias.

**3.1.1. La carga de la prueba es una regla general.** La carga de la prueba se encuentra establecida en nuestro ordenamiento jurídico como regla general y dispone que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Eso significa que, la carga de la prueba *-onus probandi-* determina quien debe demostrar el supuesto fáctico establecido en la norma sustancial como requisito para derivar la consecuencia jurídica reclamada por el pretensor o el excepcionante; y su inobservancia desembocará en la desestimación del derecho que se reclama.

En los procesos de responsabilidad civil médica y tal como ha sido entendido este régimen de responsabilidad por la doctrina y la jurisprudencia, le corresponde al demandante demostrar todos y cada uno de los supuestos de hecho necesarios para la configuración de la pretensión indemnizatoria planteada: i) la actuación activa u omisiva del agente; ii) la existencia de un daño indemnizable; iii) el nexo de causalidad entre la actuación desplegada por el autor y el daño sufrido por la víctima; y iv) el criterio de imputación de la actuación del agente a título de dolo o de culpa.

---

*exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*

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

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

De manera correlativa le incumbe al demandado la acreditación de los fundamentos fácticos en que cimente sus excepciones, por ejemplo, la causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima).

**3.1.2. La dinamización de la carga probatoria es excepcional y no altera la regulación sustancial.** El artículo 167 del Código General del Proceso hace referencia a la posibilidad excepcional de dinamizar la regla general de la carga de la prueba en ciertos eventos, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Ello no significa que, esta disposición libere a la parte interesada de acreditar la totalidad de los presupuestos fácticos establecidos en la norma sustancial como requisito para derivar la consecuencia jurídica reclamada.

La redacción de la norma es clara en determinar que la dinamización probatoria conlleva la alteración de la carga de la prueba de un hecho discutido; lo cual no se traduce en la posibilidad de modificar la carga de probar la totalidad de los presupuestos establecidos en la regulación sustancial para la prosperidad de la pretensión aducida.

La doctrina probatoria entiende que los hechos son el objeto de las pruebas del proceso, y los define como *“las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta”*<sup>76</sup>.

Devis Echandía explica que dentro *“de esta concepción amplia de los hechos como objeto de la prueba se comprende, en general, según observa ROSENBERG, “todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del*

---

<sup>76</sup> Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décimo Sexta Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2007. Pág. 129

*silogismo judicial”, es decir, todo lo que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico”<sup>77</sup>.*

Para Devis Echandía, son hechos objeto de prueba:

*“a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga.*

*b) Los hechos de la naturaleza en que no interviene actividad humana.*

*c) cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos.*

*d) La persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc.*

*e) Los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo”<sup>78</sup>.*

De manera que, los hechos como *“objeto de la prueba es todo lo que puede constituir el presupuesto previsto por las normas jurídicas para que surjan sus efectos, cualquiera que sea su naturaleza, física, síquica o mixta. De ahí que el tema de la prueba, en cada proceso, esté formado en general por los hechos previstos en las normas jurídicas que deben aplicarse*

---

<sup>77</sup> Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Primera Edición, Tomo I. Biblioteca jurídica Diké. Medellín. 1987. Pág. 159

<sup>78</sup> Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Primera Edición, Tomo I. Biblioteca jurídica Diké. Medellín. 1987. Pág. 158-159

*para que se reconozca o excluyan sus efectos (pretensión o excepción), es decir, que con ello se persigue demostrarle al juez que el supuesto concreto de hecho que se le ha planteado, corresponde precisamente al que en forma abstracta se contempla en la norma legal o que está en desacuerdo con éste, para reconocer que se han producido determinados efectos jurídicos que reclama el demandante, o, por el contrario, para negarlos o para declarar probada la excepción del demandado que extinguió, o modificó, o simplemente suspendió tales efectos”<sup>79</sup>*

De manera que, los hechos debatidos en el proceso conforman los presupuestos fácticos contenidos en la ley sustancial de los cuales se podrá derivar la consecuencia jurídica consagrada en la misma.

Al respecto explican los profesores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto que:

*“Es en esto en lo que consiste la tipicidad de la pretensión; piénsese, por ejemplo, que la sentencia solamente puede proferir una resolución que en esencia responda a la consecuencia de un supuesto normativo y que además el pronunciamiento de esa consecuencia es predeterminado por la demostración de una hipótesis fáctica, la cual, como correspondiente al supuesto normativo, se ha concretado en el proceso: nadie puede alcanzar o padecer una consecuencia sino por la afirmación y/o, por la demostración del hecho-tipo en cualquiera de sus especies. Dicho de otra manera: un hecho solo puede producir una consecuencia cuando encaje en alguno de los tipos definidos en la ley sustancial como los supuestos normativos correspondientes a la consecuencia jurídica”<sup>80</sup>.*

El tratadista Antonio Rocha Alvira plantea el siguiente ejemplo para distinguir de manera clara que el objeto de la prueba del proceso son los hechos y que estos permiten configurar

---

<sup>79</sup> Ibidem. Pág. 159-160

<sup>80</sup> Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1992. Pág. 287.

los presupuestos contenidos en la norma sustancial y derivar de ella la consecuencia jurídica prevista:

*“a) La ley: Está obligado a la reparación del daño quien dispara imprudentemente una (sic) arma de fuego (artículo 2356 del Código Civil);*

*b) El hecho: Fulano disparó imprudentemente el arma de fuego e hirió a Zutano, en tales y cuales condiciones;*

*c) El argumento o conclusión: Luego Fulano debe indemnizar el daño que sufrió Zutano.*

*La premisa a) y el argumento o conclusión c) dependen de que se haya probado el hecho b)”<sup>81</sup>*

Entonces, los hechos objeto de prueba en el proceso permiten acreditar los presupuestos establecidos en la regulación sustancial para derivar la consecuencia jurídica que esta consagra. Por ello, la dinamización de la carga probatoria clásica no implica la alteración del régimen sustancial que consagra la norma cuyo efecto jurídico se persigue; pues en virtud de la regulación contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso se altera la carga de la prueba de hechos debatidos en el proceso, y no de los presupuestos consagrados en la regulación sustancial.

En términos del citado Antonio Rocha Alvira, en temas de responsabilidad civil extracontractual la regulación sustancial dispone que *“El que ha cometido un delito o culpa,*

---

<sup>81</sup> Rocha Alvira, Antonio. De La Prueba en Derecho. Biblioteca Jurídica Diké. Edición 1990. Medellín. 1990. Pág. 26-27

*que ha inferido 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”<sup>82</sup>.*

El referido artículo 2341 consagra los presupuestos que configuran este tipo de responsabilidad civil, por lo que, quien pretenda una indemnización con fundamento en dicho régimen deberá acreditar los hechos particulares que configuran los elementos estructurantes de la misma (actuación culposa que causa un daño y relación de causalidad entre ambas)

La aplicación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica permite imponerle al demandado la carga de acreditar uno o varios de los hechos discutidos en el proceso, sin que ello exonere al demandante de la prueba de todos y cada uno de los supuestos de hecho necesarios para la configuración de la pretensión indemnizatoria planteada, en especial de la actuación culposa imputada al demandado. La finalidad de esta figura procesal es aligerar la carga del demandante imponiendo al demandado la acreditación de un hecho discutido, y no la inobservancia o alteración del régimen sustancial de responsabilidad civil médica.

En este tipo de asuntos el juez puede ordenar al demandado que acredite un hecho en el que el demandante soporta la imputación de responsabilidad civil médica realizada en la demanda. Por ejemplo, el cumplimiento cabal de una obligación o protocolo que el demandante-víctima afirma como incumplida o cumplida de manera defectuosa.

Así, el juez puede exigir al demandado la prueba de que la historia clínica fue debidamente diligenciada, de que el proceso de anestesia fue realizado conforme a la *lex artis*, de que el paciente fue informado de manera adecuada de los riesgos de la cirugía, de que en la cirugía no se presentaron complicaciones, de que no se dejaron cuerpos extraños al interior del paciente, de que se dieron las instrucciones de cuidado y los signos de alarma, o de que tanto

---

<sup>82</sup> Código Civil. Artículo 2341.

en el quirófano como en la institución se cumplieron los protocolos de desinfección y salubridad, sin que la exigencia de la prueba específica de uno de tales hechos comporte una inversión del régimen sustancial de responsabilidad civil.

Ello, teniendo en cuenta su cercanía con la prueba, sus conocimientos o sus facilidades técnicas, científicas o económicas para obtener o producir una prueba.

Distribuida la carga de probar un hecho puede ocurrir que el demandado acredite el mismo o no. Si el demandado cumple la carga impuesta y acredita el hecho debatido en el proceso, corresponde al Juez emitir la decisión de mérito correspondiente, verificando la configuración de todos los presupuestos necesarios para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria formulada.

Si el demandado no cumple con la carga probatoria impuesta, la consecuencia no podrá ser la condena automática, pues la carga de la prueba de los supuestos establecidos en la regulación sustancial para la configuración de la responsabilidad civil médica continúa estando en cabeza del demandante.

La falta de prueba del hecho cuya acreditación se impuso al demandado no puede generar *per se* la demostración de los presupuestos establecidos en la regulación sustancial para la configuración de la pretensión indemnizatoria planteada. Puede ocurrir que la falta de prueba de dicho hecho, analizado de manera conjunta con la totalidad del material probatorio allegado al proceso permita concluir la presencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de las pretensiones; pero también puede ocurrir que, a pesar de la falta de prueba del hecho asignado por el juez, no se alcancen a demostrar los presupuestos fácticos para la prosperidad de las pretensiones.

La sanción de la inobservancia de la carga impuesta por el Juez al demandado con fundamento en la dinamización probatoria puede ser la valoración de su comportamiento

como indicio en contra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 del Código General del Proceso<sup>83</sup>.

Por ello, es posible que con fundamento, por ejemplo, en dicho indicio derivado de la actuación de la parte y en la valoración de la totalidad de la prueba allegada al proceso, se determine la estructuración de la responsabilidad civil médica invocada.

En mi criterio la adecuada utilización de la teoría de la carga dinámica de la prueba no debe alterar la regulación sustancial de la responsabilidad en los procesos de responsabilidad civil médica, en tanto con fundamento en esta figura procesal no se puede proferir una decisión de fondo sin que se encuentren acreditados la totalidad de los presupuestos de hecho necesarios para el ello (culpa, daño, nexo de causalidad y culpa). El efecto de esta figura procesal es determinar a qué sujeto procesal le corresponde acreditar un hecho debatido en el proceso, y no alterar o inobservar los presupuestos sustanciales de la responsabilidad civil con culpa probada.

**3.1.3. La alteración de la carga probatoria es facultativa.** La decisión de hacer uso de la carga dinámica de la prueba es una facultad<sup>84</sup> otorgada al juez por el legislador, quien deberá decidir, caso por caso, si hace uso o no de dicha posibilidad.

Esta facultad puede ser utilizada de oficio o a petición de parte, y si bien la solicitud del sujeto procesal no obliga al juez a disponer la alteración de las cargas probatorias, si le exige un pronunciamiento expreso y motivado que dé cuenta de las razones que lo llevan a acoger o rechazar la solicitud.

---

<sup>83</sup> Código General del Proceso. Artículo 241. La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

<sup>84</sup> Posibilidad de opción ante una situación jurídica. Concedida por la ley o la convención, permite a su beneficiario elegir entre varias partes y hacer que nazca o impedir que nazca una situación jurídica. [En: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/facultad/facultad.htm>]

La referida figura procesal, de carácter excepcional, procede por decisión del juez, en casos donde existe una verdadera dificultad probatoria. La alteración de la carga probatoria clásica no es aplicable: i) por la simple facilidad de la resolución del caso; ii) ni con la finalidad de suplir la displicencia o negligencia de la parte en el cumplimiento de sus cargas; iii) ni para efectos de modificar el régimen de responsabilidad legalmente establecido.

Como bien lo ha explicado la Corte Constitucional respecto de la carga de la prueba<sup>85</sup>:

*“Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez, ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”<sup>86</sup>.*

Si bien es cierto que la inobservancia de la naturaleza facultativa de la alteración de las cargas probatorias podría generar el desconocimiento de su naturaleza excepcional y restringida, y la utilización de la figura como premio a la actitud desleal y negligente de la parte a quien tiene la carga de probar; también lo es que la negativa o rechazo a su utilización de manera infundada y caprichosa podría dar al traste con su finalidad.

Por ello, *“el juez, como director del proceso, ha de estar vigilante para dar cumplimiento a su misión en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, ya sea al acudir a sus atribuciones oficiosas en el decreto y práctica de pruebas, o bien para hacer una distribución*

---

<sup>85</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente D-10902

<sup>86</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-733 de 2013.

*razonable de la carga probatoria según la posición en la que se encuentren las partes en cada caso*”<sup>87</sup>.

Así las cosas, la decisión del juez de hacer uso o no de esta figura procesal debe estar regida por criterios objetivos y serios del caso concreto, de cara a derechos como la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad y la prevalencia del derecho sustancial.

**3.1.4. La carga dinámica de la prueba debe ser oportuna.** El artículo 167 del Código General del proceso dispone que la alteración de la carga probatoria puede ocurrir “*al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar*”.

Sin importar la oportunidad procesal en que se haga uso de la dinamización de las cargas probatorias: i) al decretar las pruebas, ii) al practicarlas, o iii) en cualquier momento antes de proferir sentencia, la decisión del juez en este sentido exige la oportunidad procesal para ejercer el derecho de defensa y contradicción, no solo frente a la decisión misma, sino también respecto de la producción e incorporación de la prueba.

En cuanto al derecho fundamental al debido proceso no es lo mismo que la carga de la prueba sea alterada por el juez al momento de decretar las pruebas del proceso, que en una oportunidad posterior antes de proferir sentencia. Existe el riesgo de que al efectuar la dinamización de las cargas probatorias en una oportunidad ulterior se afecten los derechos de las partes, en especial el debido proceso de la parte gravada con la alteración.

---

<sup>87</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente D-10902

Es por ello que, en cualquier etapa en que el juez decida alterar la carga de la prueba se debe garantizar el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales<sup>88</sup>.

Por ello, resulta de suma importancia la oportunidad procesal en que se decida hacer uso de la distribución de las cargas probatorias, a efectos de evitar sorprender a las partes y afectar su debido proceso y sus garantías de defensa y contradicción.

**3.1.5. La decisión de alterar las cargas probatorias requiere justificación.** La decisión de distribuir la carga de la prueba requiere un análisis objetivo y fundado acerca de por qué el juez considera que una de las partes se encuentra *“en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”*. Ello impide que la dinamización de la carga probatoria clásica obedezca a criterios subjetivos o posiciones arbitrarias de la administración de justicia.

El artículo 167 del Código General del Proceso realiza un listado enunciativo de algunos criterios que pueden ser tenidos en cuenta por el juez para efectuar dicho análisis. La disposición señala que la situación más favorable de una parte para probar puede obedecer a: i) su cercanía con el material probatorio, ii) tener en su poder el objeto de prueba, iii) circunstancias técnicas especiales, iv) haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o v) el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.

---

<sup>88</sup> Código General del Proceso. Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

Dichos criterios de aplicación no son taxativos<sup>89</sup>, por lo que corresponderá al juez en cada caso determinar qué circunstancias especiales pueden llegar a generar una carga excesiva en la parte que le corresponde acreditar determinado hecho, o reconocer una situación especial que le genera facilidad probatoria a la contra parte. En todo caso, corresponde al juez exponer en cada caso particular las razones objetivas tenidas en cuenta para llegar a la conclusión de aplicación de la carga dinámica de la prueba.

**3.1.6. La decisión de dinamizar las cargas probatorias admite recurso.** El artículo 167 del Código General del Proceso dispone que la providencia que adopte la decisión de alterar la carga probatoria clásica *“será susceptible de recurso”*.

De conformidad con la regulación de los medios de impugnación establecidos en el Código General del Proceso, contra el auto que decida hacer uso de la alteración de las cargas probatorias solamente procede el recurso de reposición.

El artículo 318 del Código General del Proceso<sup>90</sup> dispone que *“[s]alvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez (...) para que se reformen o revoquen”*.

---

<sup>89</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente D-10902: *“Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables–, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la “longa manus” del juez para restablecerla”*.

<sup>90</sup> Código General del Proceso. Artículo 318. Procedencia y Oportunidades. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

Como no existe regulación procesal que impida la interposición de este medio de impugnación frente a la providencia que decida alterar la carga dinámica de la prueba, se concluye que la misma es susceptible del recurso de reposición.

Dicha providencia no es apelable, por cuanto: i) la misma no se encuentra incluida dentro de la lista taxativa contenida en el artículo 321 del Código General del Proceso, ni se infiere la procedencia de la alzada de otras normas probatorias de dicho estatuto procesal; y ii) en materia probatoria solo es apelable el auto que niegue el decreto o la práctica de pruebas<sup>91</sup>.

Conforme a lo anterior, la parte interesada contará con el término<sup>92</sup> establecido en la regulación procesal para la interposición del recurso de reposición frente a la decisión de hacer uso de la alteración de las cargas probatorias; el cual deberá ser tramitado y resuelto de acuerdo con lo señalado en los artículos 318 y 319 del Código General del Proceso.

**3.1.7. La alteración de la carga probatoria requiere un término para aportar las pruebas.** En la providencia que se decida hacer uso de la facultad de distribuir la carga de la

---

<sup>91</sup> Código General del Proceso. Artículo 321. Procedencia. Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas.
2. El que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros.
3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.
4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.
5. El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva.
6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva.
7. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.
8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.
9. El que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que la rechace de plano.
10. Los demás expresamente señalados en este código.

<sup>92</sup> Código General del Proceso. Artículo 318. “(...) El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto (...)”

prueba se debe otorgar a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba.

**3.1.8. Las pruebas recaudadas en aplicación de la carga dinámica de la prueba requieren contradicción.** Las pruebas recaudadas en virtud de la redistribución de la carga probatoria clásica deben ser sometidas a las reglas de contradicción previstas en la regulación procesal, con el fin de garantizar a todas las partes del proceso el ejercicio pleno de su derecho de defensa y contradicción, y con esto, hacer efectivo el debido proceso.

En sentencia del 18 de mayo de 2018 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló la necesidad de garantizar a las partes su debido proceso, en especial el derecho de defensa y contradicción cuando se incorporan pruebas en una etapa avanzada del proceso, así:

*“De modo que aun cuando complementarios, pues los une el debido proceso, la etapa de alegaciones no puede confundirse con el principio de contradicción de las pruebas pedidas por las partes o decretadas de oficio por el juez. Tratándose de estas últimas, el principio de contradicción es una garantía que se debe materializar durante su incorporación al proceso. Si bien el decreto oficioso de pruebas es irrecurrible, esto no significa que las partes no puedan controvertirlas durante su introducción o práctica, derecho que como tal, debe garantizar y preservar el juez con todo rigor en esos precisos momentos.*

*La oportunidad para controvertir una prueba pedida o decretada de oficio al momento de evacuarse, por tanto, es distinta de la posibilidad de ejercer el derecho de la contradicción genérica prevista en la fase de alegaciones de conclusión. El privilegio de contender subyace y debe surtirse en el proceso mismo de producción del medio oficioso, así esa otra etapa del debate reglado se encuentre superada, porque de coartarse, la eficacia jurídica de la prueba quedaría afectada; (...)”<sup>93</sup>.(Subrayas fuera del texto original).*

---

<sup>93</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1656-2018 del 18 de mayo de 2018. M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación: 68001-31-10-006-2012-00274-01

Así las cosas, la dificultad que comporta para la administración de justicia la aplicación de los efectos de la distribución de la carga de la prueba no convierte *per se* esta regla procesal en una figura negativa o nociva para el ordenamiento, en tanto la misma se encuentra soportada en criterios de lealtad procesal, colaboración, justicia y equidad, y tiene una finalidad valiosa de propender por el descubrimiento de la verdad material de lo sucedido.

La dinamización de las cargas probatorias y su correcta aplicación puede generar además un efecto social que contribuya a la resolución justa de los conflictos y a la legitimación de la administración de justicia, en tanto podría ocasionar mayor compromiso de las partes y sus apoderados con el ejercicio del derecho, mayor transparencia en el trámite y decisiones judiciales más coherentes.

## **3.2. CONCLUSIONES**

**3.2.1.** La carga dinámica de la prueba no ha sido aplicada de manera constante ni consistente por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín.

**3.2.2.** Pese a que la carga dinámica de la prueba inició su desarrollo jurisprudencial en Colombia hace más de 30 años<sup>94</sup>, y no obstante su consagración legal en el Código General del Proceso, no es un mecanismo comúnmente utilizado por la Corte ni por los jueces civiles de la ciudad de Medellín para tramitar y decidir los procesos de responsabilidad civil médica (sólo se identificaron como providencias en las que se invoca la figura: i) 8 sentencias emitidas por la Corte; ii) una sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín; y iii) dos sentencias dictadas por los Juzgados Civiles del Circuito de Medellín).

**3.2.3.** En las pocas sentencias judiciales en las que se aplica la carga dinámica de la prueba: i) no se expone un criterio claro para su acogimiento; y ii) se altera el régimen sustancial de la responsabilidad civil médica (con culpa probada), creando una especie de presunción de culpa (así lo evidencian las sentencias emitidas por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín y el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín analizadas).

**3.2.4.** La cabal aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba permite aligerar la carga del demandante imponiendo al demandado la acreditación de un hecho discutido en el proceso, sin que ello implique la liberación al demandante de la carga de acreditar

---

<sup>94</sup> Con la providencia emitida por el Consejo de Estado. Sección Tercera el 24 de octubre de 1990, con ponencia del Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Radicado 5902.

todos los presupuestos para la procedencia de la pretensión de responsabilidad civil médica.

En este tipo de asuntos el juez puede ordenar al demandado que acredite un hecho en el que el demandante soporta la imputación de responsabilidad civil médica realizada en la demanda. Por ejemplo, el cumplimiento cabal de una obligación o protocolo que el demandante-víctima afirma como incumplida o cumplida de manera defectuosa. Pero la falta de prueba del hecho cuya acreditación se impuso al demandado no genera *per se* la acreditación de los supuestos de hecho establecidos en la regulación sustancial para la configuración de la pretensión indemnizatoria planteada, ya que, en todo caso el juez deberá encontrar acreditados dichos presupuestos (actuación culposa, daño, nexo de causalidad) antes de emitir una decisión condenatoria. De lo contrario se estaría resolviendo este tipo de controversias “*a la luz de la responsabilidad objetiva, o convirti[endo] la responsabilidad por culpa probada (2341) en responsabilidad por culpa presunta (2356)*”<sup>95</sup>.

**3.2.5.** La resolución de procesos con fundamento en “*las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica*”; las “*presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica*”; los “*indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibidem)*”; los “*razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur, (...) la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico*”; no implica la alteración ni dinamización de la carga de la prueba.

A pesar de lo expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SC7110-2017 del 24 de mayo de 2017 (Radicado No. 05001-31-03-012-2006-00234-01), no existe flexibilización probatoria cuando se hace uso de las

---

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017 M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. Radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01.

reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, como mecanismos de valoración probatoria; cuando se deducen indicios de las pruebas allegadas al proceso o del comportamiento de las partes, o cuando se hace uso del principio *res ipsa loquitur*, o de la doctrina de la culpa virtual o del resultado desproporcionado.

**3.2.6.** La distribución de la carga de la prueba debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 167 del Código General del Proceso en cuanto a su procedencia (cuando se realice un análisis objetivo que evidencie un verdadero desequilibrio probatorio), oportunidad (i) al decretar las pruebas, ii) al practicarlas, o iii) en cualquier momento antes de proferir sentencia), publicidad (oportunidad para ejercer el derecho de defensa y contradicción, frente a la decisión misma y respecto de la producción e incorporación de la prueba); y en general con el cabal respeto al debido proceso y las garantías de defensa y contradicción (posibilidad de interponer recursos, término para aportar las pruebas y para debatirlas).

**3.2.7.** La aplicación de la carga dinámica de la prueba es excepcional, y debe utilizarse en los casos donde el juez detecte un desequilibrio probatorio, como: i) cuando exista mayor cercanía de la contraparte con el material probatorio requerido, ii) cuando la contraparte tiene en su poder el objeto de prueba, iii) cuando se requieren circunstancias técnicas especiales que la parte con la carga de la prueba no posee, iv) cuando la contraparte haya intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o v) cuando la parte con la carga de la prueba se encuentre en estado de indefensión o de incapacidad.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

AIRASCA, Ivanna María. “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. En: “Cargas probatorias dinámicas”. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1992.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2008.

CALAMANDREI, P. Estudios sobre el Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973.

DÍAZ, Clemente A. Instituciones de Derecho Procesal: Parte General. Tomo I: Introducción. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires.

Código Civil. Ley 84 de 1873

Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012.

Consejo de Estado. Sentencia del 24 de octubre de 1990. C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, Radicado 5902.

Consejo de Estado. Sentencia del 10 febrero 2000. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 11878.

Consejo de Estado. Sentencia del 22 de marzo de 2001. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 13166.

Consejo de Estado. Sentencia del 11 de abril de 2002. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 13330.

Consejo de Estado. Sentencia del 24 de enero de 2002. C.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicado 12706.

Consejo de Estado. Sentencia del 10 de junio de 2004. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 25416.

Consejo de Estado. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 15772.

Consejo de Estado. Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicado 18285.

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Acuerdo No. PSAA15-10392 del 1º de octubre de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010. M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8146

Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2011. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente D-8237

Corte Constitucional. Sentencia C-598 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013. M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. M.P. Dra. María victoria calle correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.  
Expediente D-10902

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938 (XLVI-573).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 3 de diciembre de 1998. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Expediente No. 5044.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 mayo de 1999. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente 6.206.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gomez. Expediente No. 5507.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002. Expediente 6199.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de julio de 2010, M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Radicado: No. 41001 3103 004 2000 00042 01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del noviembre 17 de 2011. M.P. Dr. William Namén Vargas. Radicado: 11001-3103-018-1999-00533-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Radicado: 20001-3103-005-2005-00025-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de septiembre de 2014, M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco. Radicado 11001 31 03 034 2006 00052 01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de septiembre de 2016, M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco. Radicado 11001 31 03 018 2001 00339 01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de mayo de 2017, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado: 05001-31-03-012-2006-00234-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2017, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo. Radicado: 08001-31-03-009-2007-00052-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. Radicado: 11001-31-03-039-2011-00108-0.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1656-2018 del 18 de mayo de 2018. M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado: 68001-31-10-006-2012-00274-01-

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC780-2020 del 10 de marzo de 2020. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. Radicado 18001-31-03-001-2010-00053-01-

COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1966.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Sexta Edición. Temis. Bogotá, Colombia. 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. vol. II, Tecnos, 1989.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La carga de la prueba en la práctica judicial civil. Editorial La Ley. Madrid. 2006.

LÉPORI WHITE, Inés. Cargas Probatorias dinámicas. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004.

MAYA LOPERA, Margarita y HERNÁNDEZ MERLANO, Ana Milena. La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Medellín, Colombia: Universidad EAFIT. 2013.

MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Buenos Aires, Argentina: Jurídicas Europa-América. 1961.

PARRA QUIJANO, Jairo. Crisis de la noción clásica de la carga de la prueba. XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal Cali, septiembre 6, 7 y 8 de 1995. Instituto Colombiano De Derecho Procesal Universidad Libre - Seccional Cali. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/20/JairoParra.pdf>

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décimo Sexta Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2007.

PEYRANO, Jorge W. Carga de la prueba: conceptos clásicos y actuales. Revista de derecho privado y comunitario. (0013). 97-116

PEYRANO, Jorge W. Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires.

PINEDA RAMÍREZ, Ricardo A. Carga dinámica de la prueba. Jurídicas Unincca. (03) 3-32

ROSENBERG, LEO. La carga de la prueba. Buenos Aires, Argentina: Jurídicas Europa-América. 1956.

SCHUTZ, Alfred. Estudios sobre teoría social: Escritos II. Editorial Amorrortu. Buenos Aires. 2003.

SOLÉ FELIU, Josep Mecanismos de Flexibilización de la Prueba de la Culpa y del Nexo Causal en la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria. Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 1 (enero-marzo, 2018), Estudios, pp. 55-97 69 [En: Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>]

STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1973.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Octava reimpresión. Editorial LEGIS. Bogotá D.C. 2015. pág. 8.