



**LA CARGA DINAMICA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ADMINISTRATIVA:
UNA PROBLEMÁTICA PROCESAL**

SIMON ARANGO COSSIO

SAMUEL PULIDO RESTREPO

Trabajo de grado para optar por el título de abogados

Asesor:

José Luis González Jaramillo

Abogado, magíster en derecho, especialista en derecho procesal

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

Derecho

Medellín

2024

Contenido

Resumen.....	1
Introducción.....	3
Capítulo I.....	5
Nociones generales.....	5
1.1. Responsabilidad administrativa	5
1.2. La responsabilidad médica administrativa	6
1.3 La falla del servicio como título de imputación	8
1.4 La prueba dentro de la responsabilidad médica	9
Capítulo II.....	11
Aplicación de los elementos sustanciales de la responsabilidad médica (hecho, nexo causal y daño) en aspectos procesales y probatorios.....	11
2.1 Hecho generador	11
2.2 Daño.....	11
2.3 Nexo causal	12
2.4 Derecho probatorio y la carga de la prueba.....	14
2.5 Carga dinámica de la prueba.....	16
Capitulo III.....	19
Análisis del nexo causal y la imposibilidad probatoria por parte del demandado.	19
3.1 Implicaciones de no probar la diligencia y cuidado.....	19
3.2 No se puede dar por cierto un hecho sin prueba científica.....	20
Capítulo IV	21
Análisis de jurisprudencia	21
Conclusiones.....	26

Resumen

La manera en la que se ha aplicado la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad medica administrativa ha suscitado diferentes posturas dentro de los doctrinantes, siendo este un tema sumamente relevante, pues, permea derechos fundamentales como lo son el de la salud el cual esta coligado al derecho a la vida.

Ante este escenario, el presente trabajo pretende analizar conceptos - del derecho sustancial y procesal - relevantes para la responsabilidad medica administrativa, como lo son, la culpa probada, culpa presunta, carga dinámica de la prueba, la posibilidad más preponderante y la imposibilidad probatoria para el demandado y sus consecuencias. Es por esto que para la fundamentación de este trabajo se analizaron diferentes posturas de los doctrinantes y de la jurisprudencia.

Por último, se darán a conocer las conclusiones de lo analizado al trabajo en cuanto a las posturas desarrolladas por el Consejo de Estado mientras estuvo presente la tesis de la culpa presunta.

Palabras clave: Consejo de Estado; carga dinámica de la prueba; culpa probada; culpa presunta; imposibilidad probatoria; prueba pericial; prueba diabólica; posibilidad más preponderante; Responsabilidad civil médica administrativa.

Abstract

The dynamic burden of proof has created different points of view between El Consejo de Estado and the experts on the subject. This problem had a very important background because is related to the fundamental right to health, which is strongly related to the most important right, the life.

In this work we pretend to show subjects related to the administrative medical responsibility, like the burden of proof, impossibility of proof and some others that might help to introduce and develop this article.

We also analyze some of the decisions of El Consejo de Estado searching the application of the dynamic burden and the presumption of fault. At the end we made the conclusion of our perception of the matter taking the decisions of that main court and the point of view of the experts.

Introducción

El estudio de la responsabilidad medica administrativa requiere de elementos técnico-científicos que regula la relación entre el prestador del servicio de salud y el tomador del servicio, la alta complejidad de estos procesos y la falta de experticia de los falladores frente a estos temas puede significar un problema a la hora de tomar una decisión.

El principal objetivo de un proceso judicial es la búsqueda de la verdad y para el caso de la responsabilidad, la reparación de los daños causados. La carga dinámica de la prueba es una herramienta que la ley le otorga a los falladores dentro del proceso jurisdiccional estableciendo que ellos a su disposición determinen quién y en qué momento se debe probar un hecho que sea relevante para permitirle a los jueces basar sus decisiones en aspectos lógicos, científicos y técnicos, persiguiendo que dicha decisión este fundamentada en la equidad y la justicia.

Es importante hacer un breve recuento histórico y es que El Consejo de Estado no se ha mantenido dentro de una sola postura frente a la responsabilidad médica del Estado. Así ha divagado por varias posturas a lo largo del tiempo, en 1987 estableció que en los casos de responsabilidad médica, la falla del servicio era una culpa probada, lo cual indica que el demandante es quien inicialmente debe de probar, no obstante, para el año 1992, hasta el año 2006, este tribunal se decantó por la tesis de la culpa presunta y para el año 2006 vuelve y retoma su posición de la culpa probada.

Ahora bien, resulta interesante revisar la postura que toma el doctrinante Tamayo Jaramillo (2022), quien propone que la aplicación que tuvo el Consejo de Estado mientras se aplicó la culpa presunta, era insostenible en cuanto a que no encontraba la verdad y la equidad dentro del proceso, sino que por el contrario lo entorpecían. Esto, adicionado a que la aplicación de teoría de las culpas en la responsabilidad médica estatal estuvo condicionada por una discusión de carácter técnico e ideológico sobre la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

En ese sentido, este artículo busca analizar la aplicación de la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad medica estatal determinada por las teorías de la culpa presunta y probada en los procesos judiciales. La preocupación que motiva a ellos es la complejidad de su aplicación y entendimiento en algunos casos donde la dificultad científica de los hechos objeto del conflicto acechan las perplejidades de la decisión judicial. De la mano de la visión de Tamayo Jaramillo sobre este problema analizaremos a profundidad este problema.

Para ello, el trabajo se compone de los siguientes capítulos: en el capítulo de nociones generales, lo que se pretende es abordar, de una manera más general, conceptos de suma importancia para el entendimiento del centro del presente trabajo, como lo es el caso del ¿Qué es la responsabilidad médica?, su aplicación en lo administrativo, la imputación de la falla en el servicio y como se maneja la prueba en esta área.

En el capítulo posterior, se tratarán los elementos esenciales de la responsabilidad médica y se introducirá el concepto de la carga dinámica de la prueba, concepto muy importante para el desarrollo del presente trabajo. Ahora bien, en el tercer capítulo, ya nos adentraremos en el objeto del presente trabajo, explicando, que implicaciones existen para los médicos si no se prueba la diligencia y cuidado y porque los jueces no deben decantarse por cierta prueba sin tener un fundamento científico que así lo soporte. Finalmente, con todo lo anterior claro, se analizarán las sentencias que ha emitido el Consejo de Estado relacionado con el tema central de este trabajo, donde comentamos acerca de estas sentencias y sus posibles fallas o confusiones, soportadas en lo explicado anteriormente y en la opinión de algunos doctrinantes.

Capítulo I

Nociones generales

Antes de entrar en materia sobre algunos problemas procesales y probatorios que existen en los procesos de responsabilidad médica administrativa, es necesario realizar una breve introducción sobre sus elementos sustanciales y axiológicos. De esta manera se intentará pasar de lo general a lo específico para así dar un contexto y transmitir de una mejor manera el problema central de este trabajo.

1.1. Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa es una relación obligacional entre el Estado y un sujeto, responsable y víctima, cuyo objeto es la prestación a cargo del primero de indemnizar los perjuicios que sufrió el segundo. El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (1991) establece la piedra angular de la responsabilidad del establecimiento. Así, dicho estatuto dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El ordenamiento jurídico colombiano, establece una división en el régimen de la responsabilidad debido a que no es lo mismo hablar de responsabilidad cuando los perjuicios se derivan del incumplimiento de una obligación contractual a cuando se derivan de un acto o hecho jurídico del cual se generan efectos jurídicos, pero estos son independientes a la voluntad del Estado.

Ahora bien, la responsabilidad por regla general tiene unos presupuestos que se deben de cumplir para que esta pueda operar o, dicho de otra manera, la responsabilidad requiere de unos presupuestos axiológicos para que se pueda configurar, como lo afirma Patiño (2008), “la existencia de la responsabilidad requiere tres componentes fundamentales, estos son, el daño, el hecho generador y el nexo causal, el cual es el puente entre los dos elementos anteriormente mencionados” (p. 193).

Explicando de manera más específica los elementos de la responsabilidad, tenemos el hecho generador, que es el evento que se encuentra directamente relacionado con el daño. En otras palabras, es aquel que, producido, tiene como consecuencia la generación del daño. Este último, supone un detrimento de alguno de los bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento. Algunos ejemplos son daño moral, patrimonial y físico, como categorías muy generales. Posteriormente, se encuentra el nexo causal, que es aquel que une el hecho generador y el daño. Este es aquel que debe probarse, pues allí es donde se prueba esta relación entre el hecho y el daño, como dice Peyrano (1979), “[e]l nexo causal señala la necesidad de un ligamen de causa a efecto entre la acción humana y el daño producido” (p. 401).

Identificados los elementos que componen la responsabilidad administrativa pasaremos a delimitar el objeto del trabajo a la obligación médica que asume el Estado en las relaciones jurídicas que realiza a través de sus actividades u operaciones administrativas.

1.2. La responsabilidad médica administrativa

Dando inicio al análisis de la responsabilidad médica administrativa, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece en su artículo 5 que, “el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”. En ese sentido, González (2012) establece que “la relación médico-paciente está regulada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico empeña todo su conocimiento, su destreza y su juicio clínico en el desarrollo de su ejercicio profesional” (p. 131).

Esta relación jurídica entre médico y paciente implica que, como regla general¹, en este tipo de responsabilidad nos encontraremos con una responsabilidad de carácter contractual, subjetiva y de medios, esto quiere decir que al galeno o los prestadores de

¹ Hay casos excepcionales. Ej. Las infecciones nosocomiales.

la salud no se les puede exigir que debido al cumplimiento de las obligaciones contractuales se genere un resultado concreto y por responsabilidad subjetiva, Ariza (2020) establece lo siguiente:

Así, impera el régimen de responsabilidad subjetiva, el cual exige la verificación de un fallo en el ejercicio de la función pública; en otras palabras, que en el desarrollo de una actividad estatal se quebrante el principio de proporcionalidad, es decir, cuando el agente que ejecute los actos administrativos, teniendo el deber de actuar, no lo haga, o realiza, pero defectuosamente o por menos de lo que la ley le ordena, o se exceda en su actuar. (pp. 5-6)

Además de esto, el Consejo de Estado (2022), en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la sentencia con radicado 050012331000201100091 01, establece que, para el tema de la responsabilidad del Estado por prestaciones médicas a este:

[S]e le exige la utilización adecuada de todos los medios técnicos y profesionales de que está provisto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad, pues en este tipo de eventos la responsabilidad del Estado es de medio y no de resultado.

En conclusión, la responsabilidad administrativa representa un eje fundamental en el ejercicio de la función pública, ya que lo que busca es garantizar la debida gestión de los recursos y servicios públicos. Su correcta aplicación contribuye a la protección de los derechos de los ciudadanos. Es esencial que los funcionarios públicos asuman su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, tomando decisiones informadas, respetando la legalidad y respondiendo por sus acciones ante la sociedad.

1.3 La falla del servicio como título de imputación

Para los casos de responsabilidad médica administrativa, el Consejo de Estado (2014) utiliza como título de imputación la falla del servicio, pues, es por excelencia el fundamento jurídico que ha utilizado este órgano para responsabilizar al Estado, como bien dice esta alta Corte:

Según la posición jurisprudencial que ha manejado la Corporación, los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda. Una vez acreditado el daño antijurídico, es necesario verificar que el mismo es imputable a la entidad demandada, ya que no es suficiente que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia e imputabilidad de este, toda vez que se hace necesario que ello se encuentre soportado en el expediente.

Este régimen opera cuando un funcionario o una entidad del Estado no cumple su función correctamente o se demora en actuar y debido a esto se genera un daño antijurídico. Ej. Un hospital no cuenta con el equipo suficiente para atender a los pacientes. Esto significa individualizar la conducta y analizar la conducta, en términos de la verificación del incumplimiento de un deber normativo de él o los sujetos que causaron el daño y analizar si le es atribuible dicho daño, a diferencia de la responsabilidad objetiva, la cual se basa en la relación causal entre hecho y daño.

Tal como aduce Rojas (2016), a diferencia de la culpa como título de imputación dentro de la responsabilidad civil médica, la falla del servicio se deriva de las obligaciones legales, los reglamentos y la Constitución mientras que la culpa emerge del deber de cuidado. Es por esto que se puede deducir que resulta más probable la configuración de la responsabilidad de la falla del servicio debido a que hay una alta asignación normativa al Estado a diferencia de la culpa que “sólo se generará cuando la persona no actuó con la prudencia debida” (p. 54).

Ahora bien, teniendo en cuenta esta breve contextualización, podemos concluir que la responsabilidad médica administrativa por regla general, se deriva de la falla del servicio en la prestación de una atención médica y que para poder solicitar la indemnización de los perjuicios causados, no basta solo con probar el hecho y el daño, sino que también se debe probar la ausencia de diligencia y cuidado por parte de quien realizó la prestación de dicho servicio, siendo esto un tema de suma complejidad debido a su nivel de dificultad técnica y científica.

1.4 La prueba dentro de la responsabilidad médica

Adentrándonos en el análisis procesal de este asunto, es importante iniciar haciendo un breve recuento sobre cómo ha tratado el Consejo de Estado la prueba dentro de la responsabilidad médica. Iniciamos con el análisis de la culpa probada o falla en el servicio probada, la cual el Consejo de Estado (2011), en sentencia con radicado 19001-23-31-000-1998-05110-01, CP Hernán Andrade Rincón, expresa:

Respecto de la falla del servicio probada ha de decirse que surge a partir de la comprobación de haberse producido el hecho como consecuencia de una violación —conducta activa u omisiva— del contenido obligatorio a cargo del Estado determinado en la Constitución Política y en la ley, lo cual, como ya se dijo, supone una labor de diagnóstico por parte del juez de las falencias en las que incurrió la Administración, e implica —por su puesto— un juicio de reproche.

En la misma línea, la sentencia con radicado 5507, del 30 de enero de 2001 (Corte Suprema de Justicia, 2001), explica detalladamente en que consiste la culpa probada y su carga:

Si, 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, 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.

Siguiendo el sentido de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, la culpa probada o la falla en el servicio probada implica que, ante una agravación del estado de salud de un paciente, este debe probar la relación entre el hecho generador y el daño, con excepción de establecerse una obligación de resultado. Aquí, es clara que la carga de la prueba reposa en el demandante y que, de acuerdo a lo expresado por Tamayo (2022), “desde hace décadas, doctrina y jurisprudencia sostienen la teoría según la cual, salvo contadas excepciones, la responsabilidad médica se basa en una culpa probada” (p. 6).

Ahora bien, analizando la culpa presunta, se trata de una manera en la que el juez, en algún momento del proceso, traslada la prueba a la otra parte. Así, Cadena (2017), expresa que:

La presunción de culpa es un medio a través del cual el juez puede descargar o desplazar la carga de la prueba. Esta se da cuando el hecho o los hechos constitutivos de culpa son ejecutados o dejan de serlo directamente por la persona autora del daño. (p. 53)

La presunción de culpa implica entonces que el demandado debe probar diligencia y cuidado de las acciones que se le acusan generaron daño, para de esta manera ser exonerado. El demandado debe permitírsele probar su diligencia y no presumirla en derecho sin la posibilidad de controvertirla, como lo anota el Consejo de Estado (2012) en sentencia del 23 de mayo de 2012, con radicado 17001-23-3-1000-1999-0909-01 y consejero ponente Enrique Gil Botero:

La presunción de culpa en el que la misma esté graduada como de derecho, es decir, que no admita prueba en contrario. En otros términos, resulta contradictorio que se indique que un tipo de responsabilidad está fundamentada en la culpa, pero, a continuación, se niegue la posibilidad de probar diligencia y cuidado.

De esta manera, a modo de conclusión, en la responsabilidad médica, en general, la regla es la culpa probada, donde el demandante debe probar la relación entre el hecho, el daño y que la conducta fue anormal. Igualmente, la culpa presunta implica el trasladar la carga al demandado, donde su conducta comportó un incumplimiento a un deber normativo y deberá demostrar diligencia y cuidado para ser exonerado.

Capítulo II

Aplicación de los elementos sustanciales de la responsabilidad médica (hecho, nexos causal y daño) en aspectos procesales y probatorios

En este capítulo se procederá a revisar los elementos sustanciales de la responsabilidad médica respecto aspectos problemáticos en el ámbito derecho procesal y probatorio.

2.1 Hecho generador

Es el primer elemento de la responsabilidad médica administrativa. Está relacionado con la conducta humana, a través de una acción y abstención, la cual produce un cambio en el mundo exterior o evita tal modificación respectivamente. El hecho es claro y determinable, como, por ejemplo, en el caso en el que un médico realiza de manera negligente en la praxis médica u omite realizarla, hecho que tiene consecuencias jurídicas que derivan en el daño.

2.2 Daño

El daño, como elemento de la responsabilidad, según el Consejo de Estado en sentencia del 24 de abril de 2023, con radicado 85001-23-33-000-2015-00330-01, dispone que “[t]ratándose de asuntos en los que se debate la responsabilidad extracontractual del Estado, el primer elemento que se debe observar en el respectivo análisis es la existencia

del daño”. Este elemento tiene una trascendencia importante, pues es el que como tal sobre el cual se sustenta fácticamente la demanda.

2.3 Nexo causal

El nexo causal es uno de los elementos más determinantes a la hora de hablar de responsabilidad médica administrativa y endilgarle responsabilidad al galeno en particular. Este elemento en la responsabilidad médica permite establecer si la conducta del médico fue la causa directa del daño. Para probar este nexo, se deben tener en cuenta elementos, como la relación temporal entre la acción u omisión del profesional y la aparición del daño causado, la existencia de otras posibles causas del daño y la idoneidad de la atención médica brindada, además de otras causas naturales que puedan tener la relación de causalidad entre el hecho y el daño y que no sea como tal atribuible al médico, respecto a este elemento, el Consejo de Estado (2014), citando a Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia con radicado 050012331000199903218-01 establece que:

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no solo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio.

Para analizar y dar un mejor contexto sobre este elemento consideramos pertinente traer a colación un caso. La señora Amparo Álzate Betancourt demandó al Instituto de Seguros Sociales por la muerte del señor Marino Betancourt Morales por la falla del servicio médico prestada el 18 de mayo del 1999, donde el Consejo de Estado, en la sentencia de 28 de febrero de 2013 con radicado 66001-23-31-000-2001-00063-01(25075), expresa que:

[E]xiste un nexo de causalidad directo entre la falla en el servicio consistente en la no entrega de la copia de la historia clínica correspondiente al señor Marino Betancur Morales y el daño, es decir, la no obtención de dicho documento por parte de los aquí demandantes cuando tenían derecho a ello, lo cual hizo nugatoria su posibilidad de reparación ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así, realizando un análisis de esta sentencia, es importante anotar que el solo ocultamiento de la historia clínica constituye una falla del servicio que da lugar a endilgar o atribuir responsabilidad administrativa a la entidad por distanciar de la verdad a la administración de justicia y al interesado.

Claro lo anterior, el enfoque del nexo causal, en el caso de la responsabilidad médica administrativa, no se limita a lo anterior, pues pueden existir numerosas causas que pudieron, desde el punto de vista técnico y científico, llevar al daño. A este tipo de situaciones, donde el juez, de acuerdo al marco probatorio que tiene en sus manos, debe elegir, con base argumentos científicos, debe dar por probado el nexo causal a partir de lo que el autor Javier Tamayo (2022) llama “probabilidad más preponderante” (p. 123).

Tamayo (2022), critica fuertemente la sentencia 11169 del 3 de mayo de 1999 del Consejo de Estado, y C.P Ricardo Hoyos, en cuanto aplica la teoría de la probabilidad más preponderante, en cuanto a que la causa del daño, de acuerdo a los hechos del caso, fue la falla del servicio del médico. En esta sentencia, varios peritos expertos en el tema dieron su concepto de cuál fue la posible causa del daño de la paciente (en este caso, que quedó parapléjica), dentro de las cuales expresaron más de 5 posibles causas y el juez, con base en ello, se decantó por la conclusión bajo el cual la explicación sobre la causa del daño fue la culpa del médico.

Tamayo (2022) considera que el argumento esgrimido por el alto tribunal de lo contencioso es deficiente, pues bajo el argumento de la probabilidad más preponderante, con el que determinó la culpa del médico. Lo anterior sin mediar prueba científica certera de que así haya sido, a lo que concluye el autor: es contrario a la Constitución.

2.4 Derecho probatorio y la carga de la prueba

Adentrándonos en el campo probatorio nos encontramos con una de las cargas que opera dentro del proceso contencioso administrativo, el elemento probatorio es crucial dentro de cualquier proceso judicial, pero es aún más en el campo de la responsabilidad médica, esto por su nivel de complejidad técnico-científica y porque se está tratando el derecho fundamental a la salud que va unido al derecho a la vida.

La principal función de la prueba dentro del proceso es la búsqueda de la verdad, el artículo 164 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) dispone que “[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, por su parte, el principio denominado como *onus probandi incumbit actori*, indica que las partes son las interesadas en construir los hechos y aportar las pruebas. En principio la parte activa propone las pruebas de los hechos que fundan su pretensión, por otro lado, la parte pasiva aporta las pruebas de los hechos que sustentan sus excepciones

Dentro de una recopilación de jurisprudencia del Consejo de Estado encontramos la importancia del interés de prueba por la parte actora, pues en sentencia del 2 de junio del 2023 con radicado 54089 (Consejo de Estado, 2023), sentencia del 3 de marzo de 2023 con radicado 53083 (Consejo de Estado, 2023) y sentencia del 19 de febrero de 2024 con radicado 64632 (Consejo de Estado, 2024), dicha entidad estableció que la parte demandante no logró probar la falla del servicio.

En otro sentido, se encuentran la sentencia del 2 de junio de 2023 con radicado 54089 (Consejo de Estado, 2023) y la del 19 de febrero de 2024 con radicado 64632 (Consejo de Estado, 2024). En dichas decisiones la alta corporación determinó que durante el proceso no se logró probar que hubo una falla del servicio y que por el contrario, los médicos realizaron las actuaciones que eran correspondientes y que por ende, la parte demandante no pudo entrar a demostrar que los daños sufridos fueron causados por una mala praxis, es por esto que en la misma sentencia con radicado 54089 (Consejo de Estado, 2023) disponen que:

Es de suma importancia señalar que al proceso no se aportó un medio probatorio técnico científico que acreditara que, efectivamente, fue debido a una mala práctica médica, negligencia u omisión que falleció la bebé de la señora Idárraga Piñeros. Con las pruebas que obran no es posible inferir que los daños alegados fueran causados por una negligencia médica ni tampoco por una omisión en los deberes del Hospital Municipal de Acacías E.S.E.

Por su parte la sentencia con radicado 64632 (Consejo de Estado, 2024) dispuso que:

Por lo antes expuesto, en criterio de la Sala, la atención médica brindada a la paciente fue correcta y oportuna, se cumplieron los protocolos médicos en cada fase de la atención y el daño no puede ser atribuible a una supuesta negligencia médica ni mucho menos a un evento de infección nosocomial. Así las cosas, ante la falta de una prueba técnica que indique lo contrario, la Sala no puede concluir que a la paciente no se le brindó una atención oportuna y adecuada, pues, por una parte, se cuenta con la historia clínica que refleja una atención constante y, por la otra, con los dichos de la perito y los médicos especialistas, quienes indicaron que la paciente fue valorada, atendido y tratado de manera correcta y adecuada.

Otro caso para analizar ocurre en la sentencia del Consejo de Estado del 5 de febrero del 2024 con radicado 57639 en donde la parte demandante solicitó al tribunal administrativo que se declarara la falla del servicio por error en el diagnóstico y posterior tratamiento a los demandados. Allí, el alto tribunal confirma que en primera instancia el daño fue probado, posterior a eso, esta determina si es posible atribuir ese daño a las accionadas analizando el acervo probatorio.

Consecutivo al análisis de las pruebas presentadas por la parte demandante y lo que se logró probar dentro del proceso la sala concluye que no es posible atribuirles el daño a las demandadas por la falta de prueba técnica. Esto significa que la parte demandante que es la que tenía la carga de la prueba, no pudo probar que el nexo causal entre el daño y las accionadas, elemento fundamental para que se pueda configurar la

responsabilidad de estas. Con los análisis anteriormente realizados a dichas sentencias, se puede deducir la importancia de probar dentro del proceso.

El derecho probatorio y especialmente la carga de la prueba son el principal insumo que tienen los jueces para fallar, es por esto por lo que es de vital importancia aportar y solicitar pruebas suficientes que puedan ayudar al fallador a poder tomar una decisión acertada. En ese sentido, la carga de la prueba en su dimensión objetiva y subjetiva le da el poder al juez y la facultad a las partes para materializar el principio del *onus probandi*. En ese sentido, materializar el derecho sustancial puesto en juicio.

2.5 Carga dinámica de la prueba

Una vez planteado la carga de la prueba en el proceso judicial, es importante continuar este avance expresando que el concepto de carga dinámica de la prueba lleva varios años de desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano. La carga dinámica de la prueba encuentra su sustento normativo —para asuntos administrativos— en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). El fin de aplicar esta potestad de acuerdo con el mismo artículo, es que el juez podrá distribuir esta carga probatoria a la parte del proceso que se encuentre en mejor posición de probar los hechos controvertidos por su cercanía con el material probatorio, además de otras circunstancias enunciativas descritas en el mismo artículo como: 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.

Como bien lo expresa Taruffo (2008), “los cambios en las cargas probatorias se usan para trasladar la carga de la parte que teóricamente debe probar un hecho a otra parte” (p. 151). Uno de los mecanismos que presenta este doctrinante para trasladar la carga de la prueba es el de este cambio en la carga probatoria por acuerdo entre las partes antes del inicio del proceso. Esta práctica entre las partes se aplica en países tanto del common law como del civil law, como por ejemplo Inglaterra, Alemania, Francia. Estos acuerdos previos suelen incluirse en los contratos celebrados por las partes, donde se

deja de manera expresa esta regla, tal cual como ocurre con el caso de la cláusula compromisoria. Otro de los mecanismos que menciona Taruffo, que aplica en el ámbito del ordenamiento jurídico colombiano, es el de las presunciones legales, que se utiliza con mayor frecuencia en varios sistemas. En este caso, Taruffo (2008) expresa que “cuando el derecho presume un hecho que debería ser probado por una de las partes, la consecuencia es que esa parte queda liberada y la carga de probar lo contrario se traslada a la otra parte” (p. 151).

La razón práctica de lo anterior es “asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes y también porque en ocasiones a una de las partes le resulta demasiado difícil probar un hecho. Aquí lo que se hace es liberar a la parte débil de la carga y trasladarla a la fuerte, facilitando la victoria de la parte débil del proceso” (p. 152).

Teniendo claro lo anterior, revisaremos la carga dinámica de la prueba y su aplicación en la responsabilidad médica administrativa. Los procesos de responsabilidad médica administrativa en Colombia son procesos, por regla general, de culpa probada o falla en el servicio probada, que como se explicó en un inicio, consisten en que la carga de la prueba es del demandante, quien deberá probar lo que alega.

Sin embargo, en este tipo de proceso fue común la aplicación de la carga dinámica de la prueba lo que implicaba que se trasladaba la carga de la prueba a la otra parte, diferente a la que por regla general debía probar. De aquí se desprende la confusión y los errores emanados por el Consejo de Estado, donde se confunde la carga dinámica de la prueba con la presunción de culpa o de falla presunta en el servicio, pues ambos son conceptos completamente diferentes.

De acuerdo a la sentencia C-086/16 (Corte Constitucional, 2016), que se refiere ampliamente a las cargas procesales, expresa que omitir la aplicación de la carga dinámica, de acuerdo con el criterio del juez, sustentado en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), puede llevar a la pérdida de las pretensiones debatidas en el proceso.

Tamayo ha sido uno de los académicos críticos de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica, pues trasladan una carga que en principio debe ser siempre del demandante y terminan presumiendo la culpa del médico o demandando en el proceso, aun siendo complejo para este probar su diligencia y cuidado.

Fue en Argentina, donde el doctrinario Jorge Peyrano (2004) difundió la doctrina de la “teoría de las cargas probatorias dinámicas” y, a criterio de Tamayo (2022), acogieron esta doctrina pese a no existir un fundamento normativo para ello. Ya posteriormente, en Argentina, el Código Civil y de Comercio acogieron esta institución y en Colombia el Código General del Proceso también lo hizo (p. 62).

La jurisprudencia colombiana, entre los años 1992 y 2006, aplicó severamente la doctrina de la falla presunta del servicio en materia de responsabilidad médica. Sin embargo, Tamayo (2022) expresa que, “a partir del año 2006, el Consejo de Estado retornó al concepto de falla probada en el servicio de manera pacífica” (p. 85).

Tamayo es crítico con esta etapa del Consejo de Estado donde se trató la falla presunta, pues se impuso una presunción de culpa al médico por el hecho de tener conocimientos médicos y solo admitía exonerarse de culpa, si lograba probar la diligencia y cuidado, situación que en muchas ocasiones era científicamente imposible y a pesar de ello, era condenado. Tamayo (2022) expresa en sus propias palabras que “no se aplicaba realmente la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, sino un principio general de culpa presunta que en últimas, se convirtió en una responsabilidad objetiva”

Es precisamente esta crítica que realiza Tamayo en su libro, la que discutiremos en el próximo capítulo, pues el Consejo de Estado, a pesar de que, al demandado, en virtud de la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, no le es posible probar su diligencia y cuidado por imposibilidad científica, se presume su culpa.

Capítulo III

Análisis del nexa causal y la imposibilidad probatoria por parte del demandado.

Dando inicio al capítulo central de esta tesis, aquí pretendemos abordar la imposibilidad del demandado de probar su diligencia y cuidado y que, a pesar de ello, se le declare culpable del daño, sin que se pruebe realmente el nexa causal.

3.1 Implicaciones de no probar la diligencia y cuidado

Dando continuidad a este capítulo, dentro del desarrollo del proceso de responsabilidad médica administrativa, el juez, en virtud de las cargas probatorias dinámicas, traslada la carga de la prueba al médico demandado, quien deberá probar diligencia y cuidado en su actuación para ser exonerado de responsabilidad.

De acuerdo al artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), citado ya en el presente trabajo, la cercanía del demandado con el material probatorio es una de las causas por las cuales se aplica esta posibilidad dentro del proceso, a pesar de que no en todos los casos es así. A partir de este punto, el demandado debe probar que actuó de manera diligente de lo que se le acusa por parte del demandante. En este punto, como lo ha expresado Tamayo (2022), el juez comienza a presumir la culpa del médico, pues en el caso en el que no logre exonerarse demostrando diligencia y cuidado, será hallado responsable de los hechos, inclusive, así no exista prueba científica que respalde esa decisión.

Es aquí donde comienza uno de los temas a debatir en este trabajo y es que pueden existir situaciones donde al médico le es científicamente imposible probar su diligencia y cuidado, ya sea porque el material probatorio para ello no está más disponible o alguna otra situación ajena. De aquí, a que uno de los elementos esenciales de la responsabilidad médica, como lo es el nexa causal, no pueda determinarse dentro del proceso y que, a pesar de ello, el juez declare culpable al médico, cuando es claro, de acuerdo a lo explicado en capítulos anteriores, que la culpa del médico no se presume.

Para poder dar una conclusión clara y fundamentada, primero debe establecerse por qué un juez no puede dar por probado un hecho sin que medie prueba científica de por medio, pues es a partir de este punto donde el juez endilga la responsabilidad al médico al no probar la diligencia y cuidado. Por ello, en la próxima sección, se explicará con fundamento esa posición.

3.2 No se puede dar por cierto un hecho sin prueba científica

En los procesos de responsabilidad médica, es común que los jueces no sean expertos desde el punto de vista técnico y científico del contenido médico que se presenta en un proceso de este tipo, sin embargo, ello no implica que este juez que no sabe de medicina pueda dar por cierto un hecho si no apoya esa certeza en argumentos científicos. El Consejo de Estado, desde el año 1992 hasta el 2006, establecía para los casos de responsabilidad médica una presunción automática de culpa, la cual se desvirtuaba con diligencia y cuidado, sin que importara la facilidad probatoria del demandado.

De acuerdo con las sentencias del Consejo de Estado entre 1992 y 2006, se consideraba que el médico le era fácil probar la ausencia de culpa, no obstante, en la práctica, se podían dar casos que a pesar de los esfuerzos que hiciera el demandado por probar esta ausencia, no le era dable probarla, por lo que el juez lo condenaba con base en la culpa presunta. Básicamente, poco importa que el médico pruebe hasta la saciedad que la prueba científica es fácticamente imposible.

Tamayo (2022), frente lo anterior, concluye que si el galeno prueba que, en un caso concreto, no puede probar ausencia de culpa pese a su esfuerzo por lograrlo, el juez no está legitimado para argumentar que ya la ley le dijo que sí es fácil y posible cumplir con esa prueba (p. 102)

Ahora bien, frente al hecho en el que al juez se le presentan dos o más pruebas científicas que se contradicen, y este opte por cualquiera de estas, debe justificar la decisión de su elección, pues no hacerlo sería reprochable en todo sentido. En caso de que el juez no logre justificar con argumentos científicos su decisión, de acuerdo con Tamayo (2022), la decisión debe ser absolutoria, pues no hay prueba suficiente para

establecer la culpa del médico o, en otras palabras, no se encuentra probado el nexo causal entre el hecho y el daño.

Ya hilando lo que se ha explicado hasta el momento, es claro que la carga dinámica de la prueba y la culpa presunta son dos conceptos completamente diferentes y es la confusión de estos conceptos lo que ha llevado al Consejo de Estado, durante los años 1992 a 2006 a emitir fallos donde se condena a la entidad demandada bajo el pretexto de la culpa presunta, cuando es claro que es la culpa probada la que aplica para los procesos de responsabilidad médica administrativa.

Capítulo IV

Análisis de jurisprudencia

Iniciando este capítulo, que es transversal para este trabajo, veremos diferentes sentencias del Consejo de Estado que materializaron la crítica central de lo que se ha hablado hasta el momento: la condena a la parte demandada a pesar de la imposibilidad probatoria, aplicando la presunción de culpa.

Como bien se estableció inicialmente, el Consejo de Estado entre los años 1992 y 2006, aplicó para los casos de responsabilidad médica administrativa la culpa presunta. Ya fue a partir del año 2006, con la sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 68001-23-31-000-2000-09610-01 (Consejo de Estado, 2006), CP Ruth Stella Correa, donde se retornó a la senda de la culpa probada.

La sentencia central que se analizará en este trabajo será la del Magistrado Ponente Germán Rodríguez Villamizar, en expediente 15.314 del 28 de enero de 1999 (Consejo de Estado, 1999), que declara la culpa del demandado a pesar de la imposibilidad probatoria y de la ausencia del nexo de causalidad entre el hecho y el daño. En este caso, una persona, (quien fue la que falleció) ingresó a una IPS estatal para realizarse una intervención quirúrgica llamada reemplazo valvular aórtico. Posteriormente, el paciente tuvo un sangrado ulceroso y por ello fue trasladado a otra IPS, la cual, de acuerdo con la sentencia, fue hallada culpable, pues se demostró que la entidad no

brindó la atención necesaria que era requerida de manera inmediata. Posteriormente, este sujeto fallece en la entidad hospitalaria y su cónyuge, en virtud de su propia voluntad, no permite a la demandada realizar la necropsia, examen que permitía probar científicamente la causa de la muerte del paciente.

Pasando al análisis probatorio de la sentencia, dentro de los diferentes interrogatorios y testimonios dados en el caso, se sobresalta la intervención del médico tratante Luis Carlos Reyes, sobre la solicitud de exámenes de endoscopia digestiva y ecografía abdominal, con el fin de evaluar el cuadro médico del paciente:

[Y]o, solicité de acuerdo a la nota la realización de una endoscopia digestiva y de una ecografía abdominal para tratar de descartar dos posibilidades diagnósticas (una ulcera del tracto digestivo superior y una ecografía abdominal para descartar la presencia de un hematoma subcapsular del hígado o un hematoma retroperitoneal. (Consejo de Estado, 1999)

Asimismo, el mismo médico expresó que:

Creo que ni mis colegas ni yo pensamos en ningún momento que el paciente hubiera podido fallecer, el deterioro final de la situación del paciente se presentó en las últimas doce horas que precedieron su muerte, la verdad es que, con base en la información brindada, por el interrogatorio al paciente, por su examen físico y por los exámenes que se le realizaron nunca hubo una gran alarma médica sobre la evolución del paciente hasta el día que precedió su muerte. (Consejo de Estado, 1999)

Se puede deducir de lo anterior que, al criterio de varios médicos, no existían razones científicas para generar alguna preocupación, por lo menos desde el punto de vista científico, del cuadro médico que tenía el paciente doce horas de su muerte. Desde aquí, se puede evidenciar que el material probatorio disponible y los exámenes tomados no permitían concluir a los médicos, situaciones de salud anormales con el paciente, por medio de la cual, debiera activarse un protocolo para salvaguardar la vida de este.

Ahora bien, el doctor frente a la intervención practicada al paciente:

[A]l paciente se le practicó un reemplazo valvular aórtico por una prótesis mecánica con una evolución posoperatoria sin complicaciones... reingresó dos o tres días después por un cuadro de debilidad y dolor abdominal, cuya etología definitiva, entiendo que nunca se pudo comprobar. (Consejo de Estado, 1999)

Dando complemento a lo previamente citado, es importante resaltar que, durante interrogatorio del médico, este enumeró cuatro posibles causas de la muerte del paciente, dentro de las cuales resalta la de mayor y menor posibilidad y resalta que la no realización de la necropsia pudiera haber ayudado a determinarla:

Sobre las posibles causas del fallecimiento del paciente, el médico se lamenta que no hubiera habido necropsia para encontrarla cierta o más probable, pero apunta cuatro hipótesis:

Como consecuencia de una sepsis, para la cual existen algunos indicios [...] También es posible que el paciente hubiera tenido una insuficiencia cardiaca originada en una disfunción del ventrículo izquierdo.

Una tercera posibilidad es la de que el paciente hubiera tenido un hematoma subcapsular hepático retroperitoneal. En cuarto lugar, yo no puedo de manera absoluta descartar que el paciente hubiera tenido una hemorragia originada en una úlcera duodenal o gástrica, pero definitivamente esta me parece la hipótesis menos probable. (Consejo de Estado, 1999)

Aquí es importante detenerse un poco, pues, aunque más adelante se le dará profundidad a esta intervención, de aquí sobresale uno de los temas tratados antes en este trabajo y es la de la posibilidad más preponderante, la cual, para este caso, se evidencia que la de mayor probabilidad de muerte del paciente es la de sepsis y la de menor una hemorragia por úlcera gástrica, la cual fue la alegada por la parte demandante como la causa de muerte del paciente.

Finalmente, en cuanto a la conclusión científica del galeno, este expresa que “[t]odos debemos entender que la cirugía [...] [c]onlleva riesgos de complicaciones y de muerte, el caso del señor Bonilla es un caso desafortunado, *pero científicamente ya nadie podrá saber porque murió*” (Consejo de Estado, 1999, [énfasis propio]). Además:

Es evidente que es una falla de la institución del Seguro Social el hecho de que no se hubieran podido realizar oportunamente los exámenes que nos hubiera permitido comprobar un diagnóstico o cuando menos descartar algunas de las complicaciones mencionadas.

Si se hubiesen realizado es posible que se hubiera podido cuando menos posponer la muerte del señor Bonilla. Sobre la supuesta actitud renuente del Instituto de Seguros Sociales a practicar la necropsia, según se denunció la demanda, se comprobó que ello no ocurrió [...] la esposa del fallecido se opuso a ese procedimiento que hubiera ayudado a establecer lo acontecido. (Consejo de Estado, 1999)

Si se analiza a fondo la sentencia, es evidente que el juzgador debía declarar la ausencia del nexo de causalidad por el simple hecho de no haberse permitido la realización de la necropsia por parte de la esposa del paciente, pues como se afirma en varias ocasiones en la sentencia, este examen era necesario para determinar de manera cierta o por lo menos, dar fuertes indicios de la causa de la muerte del paciente. Inclusive, el análisis de las posibles causas del fallecimiento del paciente pasaba a ser de segundo plano, pues la ausencia de causalidad quedaba clara con la imposibilidad científica de probar de manera cierta la muerte del paciente.

Asimismo, consideramos que el Consejo de Estado no analizó de manera correcta el material probatorio, pues si consta en el expediente que la esposa del paciente no permitió el examen médico ¿Por qué se halló culpable al demandado de esa omisión? Lo justo debió es que, si se negó esa necropsia, el juzgador debió de declarar ese nexo causal como no probado. Realmente era la demandante la llamada a probar la causalidad, pues por su culpa no se pudo saber la causa de muerte.

Frente a las posibles causas de muerte del paciente, la tesis expuesta no fue cuestionada, lo que implícitamente quiere decir que fue acogida. Así, la posibilidad más preponderante de la muerte del paciente era la sepsis, razón por la cual, de acuerdo con Tamayo (2022), debía el juez haber concluido que, por exclusión, no se probó la hemorragia, alegada como falla del servicio (p. 203) y, por tanto, debió absolverse al demandado de lo pretendido por la parte demandante.

De esta sentencia, es posible visualizar el centro del trabajo y es que a pesar de que se aplica la carga dinámica de la prueba y se le obliga al demandado a probar ciertos hechos, falla el juez en endilgarle la responsabilidad del daño al no demostrar diligencia y cuidado, pues la culpa del médico no se presume e igualmente no se probó el nexo de causalidad entre el hecho y el daño por una imposibilidad probatoria, situación que en virtud de la culpa probada, debía asumir el demandante y no el demandado. Tanto así, que de acuerdo con Andrade y Caicedo (2020) “este pronunciamiento fue criticado por la doctrina, en tanto aquí se debió, haber absuelto por ausencia de prueba del nexo causal” (p. 13).

Pasando ya al análisis de otra sentencia, en nuestro sentir, un poco más gravosa frente a la aplicación de la culpa presunta y sirve de apoyo para el análisis de la sentencia central, tenemos que la sentencia del 19 de febrero de 1998 del Consejo de Estado, expediente 11802, ponente Daniel Suarez Hernández (Consejo de Estado, 1998), se condena a la entidad demandada por una falla en el servicio del médico. Sin embargo, lo más grave de lo anterior, es que el juez afirmó que la demandada no solo tenía que probar la ausencia de culpa, sino también la ausencia de causalidad, situación que pone al demandado frente a una responsabilidad objetiva:

[H]a prolijado la sala, en el sentido de aplicar la presunción de culpa o presunción de falla, el tener acreditado este elemento, ante la inactividad observada por lo demandados, quienes eran los más llamados, según las reglas de la experiencia a desvirtuar dichas circunstancias... sino en el caso concreto, incluso, la relación de causalidad entre la conducta imputada a los entes demandados y el daño producido en la persona de los demandantes.

En esta sentencia, el Consejo de Estado expresa sin asomos de duda, que, al probarse la falla en el servicio, se presume que los demandados causaron el daño. En otras palabras, se les presume la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño, a pesar de que no medie prueba científica inequívoca o que por lo menos de fuertes indicios de que el nexo de causalidad entre el hecho y el daño sí fue la actuación del médico. Así, se configura una responsabilidad objetiva, de la cual al médico no le es posible exonerarse.

La anterior sentencia sirve como apoyo, pues pone en evidencia que las tesis del Consejo de Estado nunca fueron uniformes, tanto así que se llegó al punto de establecer la responsabilidad objetiva a los demandados sin ningún fundamento, pues como lo establece Tamayo (2022), presumir la culpa del médico sin saber cuál fue la causa del daño conduce, nada más ni nada menos, a una presunción de causalidad, que es lo mismo que una responsabilidad objetiva (p. 20).

Conclusiones

Cuando nos planteamos este problema, nos encontramos frente a una actividad que genera una cantidad de riesgos previsibles e imprevisibles de los cuales pueden suscitar grandes controversias por su alta complejidad de entendimiento y estudio, la responsabilidad médica administrativa, es un tema que se tiene que mirar y analizar con gran detenimiento.

Relacionando las sentencias del Consejo de Estado analizadas en el presente trabajo, es posible evidenciar cual ha sido el desarrollo de las tesis de la culpa probada y presunta, donde, aunque cada una de ellas tiene sus defensores, desde nuestra posición y de lo aquí fundamentado, la culpa probada es la que debe prevalecer en los análisis de los casos de la responsabilidad médica administrativa.

Otra de las conclusiones que encontramos es que, si bien es cierto que los médicos tienen el deber de responder por los daños causados a los pacientes, esto no significa

que la regla sea que se les tengan que trasladar los costos de la prueba. Eso sería imponer la carga de la prueba vía aplicación de la carga dinámica de la prueba. De hecho, iría en contra de la idea central de la teoría racional de la prueba bajo la cual hay una preocupación por las decisiones justas. Como lo denuncia Tuzet (2020):

En cuanto a la regulación de la carga de la prueba, debemos observar que en un intercambio dialéctico los argumentos falaces a la ignorancia a menudo están relacionados con, primero, una inversión de la carga de la prueba y, en segundo lugar, una dificultad para cumplir esa carga, una vez que se ha invertido, especialmente en casos donde la prueba genuina es difícil de encontrar. (p. 109)

Hay casos en donde se puede presentar una imposibilidad probatoria y no se le puede exigir al médico que en virtud de su experticia y conocimiento pruebe, pues nadie está obligado a lo imposible como dice Tamayo (2022):

Pero, cuando por circunstancias de hecho no queda rastro alguno para demostrar cuál fue la causa del daño, ni mucho menos le quede posible al médico demostrar su diligencia y cuidado entonces el médico deberá ser absuelto a menos de que el paciente logre demostrar su culpa. (p. 20)

En palabras de Tuzet (2020): “la ignorancia es un buen motivo para suspender el juicio, no para tomar partido” (p. 112). Lamentablemente la posición del Consejo de Estado reproduce la idea bajo la cual el fracaso para encontrar prueba donde se espera encontrar un elemento cognitivo que apoye o deniegue la existencia de un hecho “puede considerarse en muchos casos como una forma de prueba” (Tuzet, 2020, p. 113). Ignorando entonces que la falta de prueba es diferente a la prueba negativa o dicho de otro modo la ausencia de prueba no es prueba de ausencia (Tuzet, 2020, p. 114). En tal sentido, el Consejo de Estado en las decisiones estudiadas y denunciadas por Tamayo Jaramillo (2022) parte de la idea bajo la cual se espera con la carga dinámica de la prueba que el sujeto pasivo brinde elementos de prueba y si no lo hace se genera una inferencia negativa acerca de su aseveración y en contra de sus intereses (Tuzet, 2020, p. 115).

En ese sentido, el riesgo científico en algunos casos de responsabilidad médica implica que la carga dinámica de la prueba traslada la carga de la prueba al sujeto pasivo y si ese este no presenta o propone pruebas se genera una ausencia de prueba. Lo que no significa que se asume los riesgos el demandante o se suspende el proceso, sino que es el demandante tiene una conclusión favorable gracias a que la pretensión está respaldada por la insatisfacción de la prueba del demandado.

Referencias

Andrade, A. y Caicedo, M. (2020). Análisis jurisprudencial del precedente del consejo de estado sobre la pérdida de la oportunidad en el campo de la responsabilidad médica. *Revista Científica Codex*, 6(10), 125-157. <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/7137>

Ariza, A. (2020). *Responsabilidad del estado colombiano por daño ambiental en actividades marítimas*. Editorial Unimagdalena.

Cadena, A. (2017). Entre la culpa presunta y la responsabilidad objetiva. *Via Iuris*, (22), 45-59. <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/Vialuris/article/view/779/763>

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873, 26 de mayo). Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial n. ° 2.867. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República de Colombia (2012, 12 de julio). Ley 1564 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n. ° 48489. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (1998, 19 de febrero). Sentencia con radicado 11802 (Daniel Suárez Hernández, C. P.).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (1999, 28 de enero).
Sentencia con radicado 15314 (Germán Rodríguez Villamizar, C. P.).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2006, 31 de agosto).
Sentencia con radicado 68001-23-31000-2000-09610-01 (Ruth Stella Correa
Palacio, C. P.).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2011, 8 de junio). Sentencia
con radicado 19001-23-31-000-1998-05110-01 (Hernán Andrade Rincón, C. P.).
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/19001-23-31-
000-1998-05110-01\(20328\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/19001-23-31-000-1998-05110-01(20328).pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2012, 23 de mayo).
Sentencia con radicado 17001-23-3-1000-1999-0909-01 (Enrique Gil Botero, C.
P.). [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/17001-
23-31-000-1999-00909-01\(22592\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/17001-23-31-000-1999-00909-01(22592).pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2013, 28 de febrero).
Sentencia con radicado 66001-23-31-000-2001-00063-01 (Danilo Rojas
Betancourth, C. P.).
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/120/S3/66001-23-31-
000-2001-00063-01\(25075\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/120/S3/66001-23-31-000-2001-00063-01(25075).pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2014, 13 de noviembre).
Sentencia con radicado 050012331000199903218-01 (Ramiro Pazos Guerrero,
C. P.).
[http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/050012331000199903218
01.pdf](http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100019990321801.pdf)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2022, 12 de diciembre).
Sentencia con radicado 050012331000201100091 01 (José Roberto Sáchica
Méndez, C. P.).

https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/266/15_050012331000201100091011SENTENCIA20221215123541.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2023, 24 de abril). Sentencia con radicado 85001-23-33-000-2015-00330-01 (María Adriana Marín, C. P.). https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/266/5_850012333000201500330011SENTENCIA20230502135723.pdf

Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 90. *Gaceta constitucional de 1991 n. ° 116*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#90

Corte Constitucional (2016, 24 de febrero). Sentencia C-086/16 (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-086-16.htm>

Corte Suprema de Justicia (2001, 30 de enero). Expediente n. ° 5507 (José Fernando Ramírez Gómez, M. P.). <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/S-30-01-2001-5507.pdf>

González, D. (2012). Algunos interrogantes sobre la responsabilidad médica. *Revista Colombiana de Anestesiología*, 40(2), 131-133. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=195124181010>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). Ley Estatutaria 1751 de 2015. *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

Patiño, H. (22 de Junio de 2008). responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. *Revista de Derecho Privado*, (14), 193-218. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/555/525>

Peyrano, J. (2004). *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*. Rubinzal Culzoni Editores.

Tuzet, G. (2020). *La prueba razonada*. Editorial Ceji..

Rojas, K. (2016). Diferencias teóricas y prácticas en materia de responsabilidad médica entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. *Revista Ambiente Jurídico*, (20), 45-70. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6101310.pdf>

Tamayo, J. (2022, 2 de agosto). El artículo 1604 del Código Civil y las cargas probatorias dinámicas. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/el-articulo-1604-del-codigo-civil-y-las-cargas-probatorias-dinamicas>

Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Marcial Pons.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2023, 2 de junio).
Sentencia con radicado 54089

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2023, 3 de marzo).
Sentencia con radicado 53083

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2024, 19 de febrero).
Sentencia con radicado 64632.