

**EL DINAMISMO PROBATORIO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA:  
ANÁLISIS DE LA NORMA Y PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN EN ARAS DE  
EVITAR VULNERACIONES AL DEBIDO PROCESO**

ANA MARÍA MORALES PALACIOS

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
Maestría en Derecho con énfasis en Responsabilidad Civil

Asesor: SERGIO YEPES RESTREPO

MEDELLÍN  
UNIVERSIDAD EAFIT  
FACULTAD DE DERECHO  
2020

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN .....	iv
ABSTRACT .....	v
INTRODUCCIÓN .....	1
1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: ALGUNOS CONCEPTOS CLAVES .....	5
1.1 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA? .....	5
1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA .....	6
1.2.1 El daño .....	6
1.2.2 La culpa .....	7
1.2.3 El nexo de causalidad .....	10
1.3 APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN EN LA CONDUCTA INDEBIDA DEL PROFESIONAL MÉDICO .....	11
1.3.1 La obligación que asume el profesional médico es, por regla general, una obligación de medios .....	12
1.3.2 La culpa probada y la responsabilidad médica .....	16
1.3.2.1 La prueba indiciaria en el campo de la responsabilidad médica .....	21
2. EL DINAMISMO PROBATORIO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA .....	24
2.1 CARGA DE LA PRUEBA: PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD .....	24
2.1.1 Concepto de Carga, Deber y Obligación .....	29
2.2 EL DINAMISMO PROBATORIO .....	31
2.2.1 Marco jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba .....	36

2.2.1.1 El adecuado diligenciamiento de la historia clínica. Su incumplimiento puede ser considerado una prueba indiciaria. ....	41
2.2.2 Adopción normativa del dinamismo probatorio por parte de estatuto procesal. ....	48
2.2.2.1 Análisis de la literalidad de la norma .....	51
2.2.2.2 Aspectos constitucionales de la carga dinámica de la prueba.....	59
<b>3. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DINAMISMO PROBATORIO: PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA .....</b>	<b>63</b>
<b>3.1 EL SIGNIFICADO DE CARGA PROCESAL COMO PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA COMPRENDER LA FIGURA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA .....</b>	<b>63</b>
<b>3.2 LA APLICACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA NO DEBE SER SINÓNIMO DE UNA PRESUNCIÓN DE CULPA.....</b>	<b>67</b>
<b>3.3 EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO NO CONSAGRA LA POSIBILIDAD DE INVERSIÓN DE LA CARGA, SINO LA DINAMIZACIÓN DE LA MISMA.....</b>	<b>72</b>
<b>3.4 ¿DEBER DE APORTACIÓN DE PRUEBAS O INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA?.....</b>	<b>76</b>
<b>3.5 LA CONSECUENCIA DE LA INOBSERVANCIA EN CASOS EN LOS QUE SE DÉ APLICACIÓN A LA FIGURA .....</b>	<b>87</b>
<b>3.6 CÓMO DEBE SER EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ Y DE LAS PARTES PARA EVITAR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y, POR CONSIGUIENTE, DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.....</b>	<b>92</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>100</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>104</b>

## RESUMEN

Mediante la presente investigación se realizó un estudio de la normatividad procesal vigente frente a los aspectos que pueden resultar problemáticos en la práctica jurídica respecto al tema del dinamismo probatorio en procesos de responsabilidad civil médica, con el objetivo de hacer una propuesta de interpretación de la norma procesal a fin de evitar vulneraciones al debido proceso.

Una inversión de la carga de la prueba representa una modificación del supuesto de hecho de la norma sustancial, por lo cual se sugiere que la correcta interpretación de la norma consista en comprender que el dinamismo probatorio parte de los conceptos de disponibilidad y facilidad de la prueba, que representan razones válidas para imponerle a la parte que no tiene la carga de probar, el deber de colaboración con el fin de que se cuente con medios probatorios relevantes que ayuden a esclarecer la verdad de los hechos.

**Palabras claves:** responsabilidad civil médica, profesional de la salud, víctima, paciente, carga de la prueba, inversión de la carga de la prueba, carga dinámica, dinamismo probatorio, deber de colaboración, aportación de pruebas, indicio, problemas interpretativos.

## ABSTRACT

The present investigation aims to carry out a study of the legal-procedural practice defined as dynamic burden of proof within the framework of medical liability. More precisely, it addresses the study of actual procedural regulations, in the framework of evidence law, that deal with problematic features of the legal practice on this professional field. The primary objective of this work is to offer a proper interpretation of the procedural law that is in line with the core principles of the Colombian law order and, specially, that avoids due process violations.

The reversal of the burden of proof –which has been widely discussed and applied by the legal practitioners– implies a modification of the factual basis of the substantive norm and, therefore, has important implications that can lead to the infringement of the basic tenets of the procedural law. It is for this reason that the definition of a set of criteria for the correct interpretation of current legislation appears to be an urgent task. Considering that the dynamic burden of proof is built on the concepts of proof availability and proof proximity –which are valid reasons for the reversal of the burden of proof–, the duty of cooperation which must inform the recollection of evidence should be clear and well-defined in order to be useful in ascertaining the procedural truth.

**Keywords:** Medical liability, health professionals, complaining party, patient, burden of proof, reversal of the burden of proof, dynamic burden of proof, duty of cooperation, provision of evidence, prima facie evidence, interpretative criteria.

## INTRODUCCIÓN

Con la expedición del artículo 167 del Código General del Proceso se consagra normativamente la posibilidad de que exista un dinamismo probatorio, aunque esta posibilidad se encontraba vigente en nuestro ordenamiento jurídico colombiano toda vez que la jurisprudencia ya había reconocido su admisibilidad en los escenarios judiciales. Con la aplicación de esta figura se busca que la administración de justicia sea efectiva al propiciar decisiones ajustadas en derecho y a la verdad material. Resuelta importante resaltar que es de aplicación excepcional y que favorece a la parte que en ocasiones se encuentra en una real imposibilidad de aportar al proceso los medios probatorios que respaldan sus pretensiones, lo que supone que el juez debe estudiar la situación de desigualdad procesal y hacer un análisis minucioso de las particularidades del caso que le permitan constatar una justificación razonable y objetiva para aplicar la figura. El hecho de adjudicarle la carga a la parte a quien se le facilita la demostración de un determinado hecho no es más que la invocación de la carga dinámica de la prueba. (Parra Quijano, 2004, pág. 236)

Aun así, se considera importante aclarar conceptos que pueden resultar confusos y que hagan incurrir en soluciones que no parecieran ser justas y acordes con el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que la carga de probar se refiere al imperativo según el cual se busca evitar que haya incertidumbre respecto de la ocurrencia de un hecho, por lo que se busca satisfacer el estándar de prueba para que el juez pueda llegar a una decisión. Por su parte, el deber de colaboración no se refiere a cómo decidir en caso de incertidumbre, sino que representa una exigencia de contribuir o cooperar con el esclarecimiento de los hechos, al requerir a la parte que se encuentre en mejor posición de hacerlo para que aporte la información relevante que se considera necesaria para un acercamiento a la verdad. En este orden de ideas, si la parte no colabora, su conducta se apreciará como un indicio en contra; pero si cumple con su deber de colaborar, no podrá el juez decidir en su contra en caso de que la incertidumbre se mantenga por el solo hecho de encontrarse en una mejor posición para probar.

La propuesta de entendimiento respecto a la normatividad procesal vigente en nuestro ordenamiento jurídico, es comprender que con la consagración del artículo 167 del Código General del Proceso se busca que las partes colaboren activamente en la búsqueda de la verdad material, y que en caso de que alguna tenga más facilidades probatorias, ésta debe colaborar para que el acercamiento a la realidad de cómo ocurrieron los hechos sea posible. Por lo tanto, esta forma de comprender el dinamismo probatorio que involucra el deber de colaborar y de producir evidencia por ambas partes, no implica realmente una inversión de la carga de la prueba.

La forma de entender la incursión del dinamismo probatorio en la normatividad procesal colombiana, se debe limitar a entender que lo que se busca por el legislador es contar con la posibilidad de que el juez tenga la potestad de exigir la colaboración activa de las partes, requiriéndolas en caso de que ostenten una mejor posición pudiendo inferir indicios en contra en caso de negarse a prestar tal contribución.

La norma consagra supuestos a manera de ejemplo donde es posible una mejor posición probatoria de la parte contraria quien no tiene la carga de probar, pero no son parámetros objetivos que aseguren que el juez al aplicar la figura y querer materializar la igualdad, no realice lo contrario y, por lo tanto, puede terminar vulnerando las garantías y derechos de las partes. Así, solo ante un real desequilibrio entre las partes y por consiguiente, ante una evidente afectación del derecho de acción que tiene la víctima en procesos de responsabilidad civil, se hace imperioso la aplicación de la figura, lo que supone que el juez sea responsable y cuidadoso al realizar el análisis previo.

El papel del juez como director del proceso en materia probatoria trae consigo nuevas facultades relativas a poderes de instrucción que le otorga la normatividad procesal, por lo que esta figura representa una autorización legislativa otorgada al juez para recurrir a la equidad correctora del ordenamiento y de aplicación al dinamismo probatorio en casos excepcionales donde la carga estática resulte siendo una carga excesiva y propicie la adopción de una decisión injusta. Esta facultad se encuentra respaldada en principios de igualdad material y solidaridad que busca que el juez no

tenga dificultades a la hora de fallar un proceso y por lo mismo busque la forma de contar con un material probatorio suficiente que le permita tener un acercamiento real a la ocurrencia de los hechos.

Los aspectos anteriores se desarrollan dentro de una investigación jurídica de *lege data* (Courtis, 2006), la que

tiene como punto de partida la identificación de un *problema de interpretación* de una o varias normas del ordenamiento jurídico vigente. Identificado el problema interpretativo, este tipo de investigación se dirige a esclarecer la naturaleza de ese problema, discutir alternativas interpretativas y ofrecer la que –a juicio de quien realiza el trabajo de investigación– constituye la mejor solución posible (p.122).

La elección está determinada por el propósito de dar respuesta a varios problemas interpretativos del ordenamiento jurídico colombiano, tomando como insumo la doctrina y jurisprudencia relevantes, así como el marco normativo que regula la materia. Analizados estos materiales y contrastando las distintas posturas frente al tema a la luz de su coherencia con el ordenamiento jurídico en su conjunto, se ofrece una propuesta interpretativa del artículo 167 del Código General del Proceso.

Para decantar dicha propuesta interpretativa, se inicia con un abordaje del tema sustancial de la responsabilidad civil médica, el tipo de obligaciones que se adquieren por parte de los profesionales de la salud y por consiguiente, el sistema de imputación de culpa probada en donde corresponde al actor, en este caso la eventual víctima del acto médico, acreditar los elementos fundamentales de la responsabilidad civil; todo esto con el fin de ubicar al lector en relación a los conceptos que se consideran básicos para el adecuado entendimiento del tema tratado. Luego, se da paso al tema principal donde se explica la figura de la carga de la prueba, la inclusión normativa del dinamismo probatorio y su desarrollo jurisprudencial y doctrinario, para pasar a efectuar un análisis de la literalidad de la norma consagrada en el Código General del Proceso. Por último, se exponen los inconvenientes que se consideran de probable ocurrencia en el escenario judicial para finalmente pasar a dar una propuesta de interpretación de

la norma en aras a que, con la aplicación de la misma, no se generen vulneraciones a los derechos fundamentales de carácter procesal que tienen las partes.

## 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: ALGUNOS CONCEPTOS CLAVES

### 1.1 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA?

La responsabilidad civil es la obligación que tiene un sujeto de indemnizar a quien se le ha causado un determinado daño. Así lo define el profesor Tamayo Jaramillo, (2008), destacado doctrinante en la materia: “La responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien los causó” (pág. 8) la obligación de indemnizar. Se puede entonces decir que 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. Ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato o cuasicontrato, el incumplimiento de las obligaciones legales, el delito o cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia (Tamayo Jaramillo, 2008, pág. 8).

Hay responsabilidad civil cuando en virtud de hechos ilícitos se causa algún daño, así pues, el daño es el requisito determinante, es la condición *sine qua non* para analizar si hay lugar o no a una responsabilidad; y una vez identificado, cobra sentido indagar si se debe o no reparar y quién está llamado a realizar esa reparación. Por lo tanto, la responsabilidad civil es la obligación que surge de un determinado comportamiento ilícito, y que trae como consecuencia reparar el perjuicio ocasionado a la víctima por medio de la indemnización.

Estas y otras consideraciones resultarán relevantes en la medida que tengan relación con el tema del presente trabajo, a saber, la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil médica. El estudio se centra en exponer cuáles son los elementos que enmarcan este tipo de responsabilidad civil que, por regla general, es un sistema subjetivo. Es importante recalcar que en la responsabilidad médica el concepto de riesgo ha cobrado especial importancia sobre todo cuando se habla de responsabilidad institucional, como en los casos de infecciones nosocomiales o de oblitio quirúrgico, en

los que hay una clara tendencia a ubicar la responsabilidad en un sistema objetivo, que es al menos imputable a la institución. Para evitar confusiones conceptuales, la investigación solo se ocupará del dinamismo probatorio en procesos donde se juzgue la realización de actos médicos estrictamente personales, esto es, la responsabilidad del profesional de la medicina como persona natural, y deja a un lado el análisis institucional, ya sea de los hospitales, clínicas o de las entidades prestadoras de salud o de la responsabilidad que puede derivarse de una investigación científica, o por el uso de tratamientos o equipos especializados.

## **1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

Los elementos de la responsabilidad civil médica, al ser una responsabilidad de tipo subjetivo, consisten en i) un daño producto de una conducta activa u omisiva por parte de un agente ii) el nexo causal y, iii) el elemento subjetivo que consiste en la culpa o, si se quiere, la presencia de un comportamiento ilícito. (Martínez Rave, 1996, pág. 171).

### **1.2.1 El daño**

La normatividad civil colombiana en el artículo 1494 define el daño como una fuente de obligaciones por ser un hecho que lesiona la integridad o bienes de otra persona (Ley 84, 1873). En otros términos, el daño puede definirse como la afectación, ya sea por acción o por omisión, a la integridad de una cosa o de un sujeto, y que trae consigo perjuicios y consecuencias. Es claro que hay ciertos daños que son intrínsecos a la actividad, como en el caso de la medicina en la que para efectuar cierta intervención quirúrgica es necesario producir incisiones en la piel por medio de elementos cortopunzantes como el bisturí; pero hay ciertos daños que no se tienen por qué soportar y son precisamente los que dan lugar a un juicio de reproche. Esto se sitúa en el terreno del daño antijurídico, que consiste en el perjuicio que la víctima no está en el deber jurídico de resistir, ya que no existe ninguna justificación que lo avale.

Desde el concepto de la responsabilidad médica, el daño antijurídico es aquel que el paciente o sus allegados, no tiene por qué soportar al no ser inherente a su enfermedad, patología o condición médica.

### **1.2.2 La culpa**

Como segundo elemento subjetivo se encuentra la culpa, que consiste en un error de conducta de quien genera el daño, ya sea por acción o por omisión, y que una persona prudente no hubiera incurrido en él si estuviera en las mismas circunstancias del agente.

Cuando se evidencia una actitud imperita, negligente, imprudente o cuando hay inobservancia de reglamentos o deberes a cargo, se está en el campo de la culpa o de un comportamiento ilícito, como actualmente se entiende este elemento. Aquí no interesa el análisis de lo que quiso o no el agente o de lo que pasaba por su mente al realizar la conducta, lo que realmente interesa es analizar si ese comportamiento ilícito tiene la potencialidad de generar un daño.

En el campo de la culpa médica, existen unos conceptos que vale la pena resaltar: se habla de que hay “impericia” cuando se realiza una determinada labor o tarea que no corresponde con el conocimiento del agente, como es el caso de un médico general que sin contar con el título de especialista en anestesiología suministra anestesia en una intervención quirúrgica. Hay culpa por “negligencia” cuando hay descuido o una falta de precaución en las tareas que se realizan, como ocurre cuando luego de una intervención quirúrgica no se efectúa el conteo del material instrumental y esto acarrea que se dejen elementos como gasas o compresas en el cuerpo del paciente. Habrá “imprudencia” cuando no hay cautela, es decir, la conducta lleva implícito un peligro, pues no se previeron las posibles consecuencias al actuar por fuera de lo normal, como puede ser el caso de un cirujano con diagnóstico de Párkinson que realiza una intervención quirúrgica. Por último, habrá culpa por la “inobservancia de reglamentos o deberes del cargo” cuando no acatan las disposiciones dictadas por una autoridad competente, como ocurre en ciertas clínicas y hospitales en donde se tiene estipulado un manual de funciones dentro del quirófano

que define quién ejerce determinada función, por ejemplo: la jefe de enfermería se encarga de la asepsia del paciente; la instrumentadora, del conteo del material quirúrgico; el anestesiólogo, del suministro de los medicamentos con las dosis indicadas para cada caso, y el cirujano, de la intervención quirúrgica como tal.

Tanto en la normatividad vigente (Ley 100 de 1993; artículos 1604, 1613 y ss, 2341 y 2357 del Código Civil y Artículo 104 de la Ley 1438 de 2011), como en la doctrina (Yepes Restrepo, 1996), (Bueres, 2008), (Achaval, 1983) y en la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias: Expediente 11001-3103-008-1989-00042-01 de 2010; Expediente 05001-3103-010-2006-00273-01 de 2011 y Expediente 41001-3103-004-2000-00042-01 de 2010), en el tema puntual de responsabilidad civil médica, se reconoce que los médicos se con sus pacientes a desplegar los medios necesarios basados en la *lex artis* para tratar de aliviar sus problemas de salud.

La *lex artis* es el parámetro de conducta que permite saber si un galeno incurre o no en una actuación culposa o dolosa. La definición de este concepto se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de marzo de 2017, en la que la Corte afirma que:

La *lex artis ad hod* es un concepto concreto, medible, transparente y constatable a la luz de los dictados de la medicina evidencial, que no solo es bien intencionada, sino que además está bien orientada, documentada y experimentada. De manera que ese es el parámetro objetivo que han de seguir los jueces para valorar las pruebas que dan cuenta de la conducta (activa u omisiva) de los agentes prestadores del servicio de salud, a fin de poder determinar la presencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad civil, o descartarlos si hay prueba de ellos en el proceso (Corte Suprema de Justicia , SC9193-2017, 2017).

Así que más allá de la pregunta de cuál fue la intensión del profesional de la medicina al actuar o al dejar de hacerlo, es saber si incurrió en una conducta médica defectuosa cuando el comportamiento fue objetivamente distinto del que exigía la

situación. Mejor dicho, si se está ante una vulneración de los postulados de la *lex artis* debido a que la conducta no resultó idónea de acuerdo con el contexto y, además, produjo un daño. El análisis de la actuación para que sea fuente de responsabilidad consistirá en cuestionar si la misma se muestra capaz de generar una afectación de un bien jurídico tutelado o de producir un determinado daño; sin embargo, no cualquier actuación del profesional que previsiblemente pudiera producir un resultado dañoso es fuente de responsabilidad, sino que es necesario que haya originado un riesgo jurídicamente desaprobado. Si es un riesgo aprobado, no hay, en principio, una fuente generadora de responsabilidad.

En el ejercicio de la profesión médica, serían riesgos permitidos aquellos que se desprenden de la práctica ordinaria de la profesión de conformidad con la *lex artis*. Por lo tanto, se incurre en una mala praxis cuando el médico omite prestar adecuadamente los servicios a los que está obligado como profesional o también cuando actúa con culpa y provoca un daño en la salud del paciente, situación que lo obligaría a reparar el daño causado. Por esta razón, cuando se analiza si efectivamente hubo un evento de responsabilidad civil médica, se debe indagar si el galeno incurrió o no en una actitud reprochable por no ajustar su conducta a los postulados de la *lex artis*; obviamente atendiendo las especiales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Es importante tener en cuenta esto último, ya que se debe realizar un juicio valorativo y determinar si un profesional incurre o no en una conducta culposa, atendiendo a las especiales circunstancias en que se desarrollan los hechos, toda vez que no siempre se cuentan con los mismos recursos respecto del personal humano, ni de los insumos físicos ni con los mismos conocimientos calificados requeridos. De modo que se deben analizar las características especiales de quien ejerce el acto, la disponibilidad de recursos con que se cuenta, el nivel de estudio del profesional, la complejidad del acto médico, el contexto económico y social del momento y, obviamente, las particularidades de cada paciente y su enfermedad o patología. Se debe partir del hecho de que la medicina no es una ciencia exacta (Corte Suprema de Justicia, SC7110-2017/2006-00234, 2017), así que no resulta acertado hablar de

determinismos debido a que cada paciente y cada organismo presenta características particulares. Por esta razón, cuando se realiza el juicio de valor sobre la conducta del galeno, y se determina que, conforme a lo acontecido, un médico prudente y diligente posiblemente habría incurrido en el mismo error conductual que cometió el hoy juzgado, no habría lugar a endilgarle culpa alguna.

### **1.2.3 El nexo de causalidad**

Por último, está el nexo causal, que consiste en la relación entre la acción u omisión ilícita y el daño que se provoca, y que trae como consecuencia la obligación de indemnizar. El nexo de causalidad establece que el daño se debe a un comportamiento indebido en el momento de atender al paciente, por consiguiente, es un elemento determinante a la hora de realizar un juicio de imputación para declarar o no la responsabilidad.

El nexo causal cobra especial importancia porque hay ciertos daños que el paciente tiene que soportar en el ejercicio natural de la labor médica. Un ejemplo es el caso de una mujer que sufre de hipertrofia mamaria debido a un crecimiento excesivo en los senos que causa problemas osteomusculares; se realiza una mastopexia de reducción, que posteriormente presenta infección en la herida quirúrgica a pesar de haberse utilizado profilaxis antibiótica, un adecuado ceñimiento al protocolo de asepsia en el quirófano y de habersele ordenado a la paciente un ciclo de antibióticos. Debido a la infección, se presentan problemas en su proceso de cicatrización que hace necesario realizar curaciones y utilizar medicamentos para aplicar en la herida, lo que finalmente deja como secuela cicatrices poco estéticas. Es evidente que hay un daño que consiste en la presencia de cicatrices inusuales, pero que no se debe a una conducta médica reprochable toda vez que el profesional tomó las medidas necesarias para que esto no ocurriera, lo que sin duda nos sitúa en un daño no imputable al profesional, ya que agotó todas y cada una de las conductas esperadas en el tratamiento dado a la paciente. Lo acontecido es, sin duda alguna, un riesgo inherente que rompe con el nexo causal.

También es posible enfrentarse a situaciones en las que es evidente que el galeno no tiene un comportamiento acorde a los protocolos médicos, pero que esa conducta no tienen relación con el resultado; tal es el caso de un trabajo de parto en el que el ginecobstetra no ordena ni realiza monitoreo de los signos vitales del feto y posteriormente se presenta la muerte del bebé causada por un desprendimiento de la placenta; esta muerte, sin embargo, no hubiera podido evitarse si se hubiera incluso monitoreado a la paciente y a su hijo. Es indudable que aquí el profesional no ajustó su conducta a los postulados de la *lex artis*, pero el resultado, o sea, la muerte del feto, no tuvo relación alguna con este comportamiento, por lo tanto, no se puede hablar de una responsabilidad civil; aunque sí podría constituirse una responsabilidad ética, justamente por no moderar su conducta a los postulados médicos.

En este orden de ideas, la responsabilidad civil médica se presenta cuando en su ejercicio profesional, el galeno no ciñe su conducta a los protocolos médicos establecidos y ocasiona un daño al paciente en virtud de un tratamiento o intervención quirúrgica. Por esta razón el paciente, sus familiares o allegados ejercen acciones tendientes a obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados.

### **1.3 APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN EN LA CONDUCTA INDEBIDA DEL PROFESIONAL MÉDICO**

La responsabilidad civil médica ha sido un tema controversial tanto en la jurisprudencia como en la doctrina colombiana, ya que a través del tiempo ha habido tesis que respaldan diferentes posturas que no son estáticas, sino que corresponden a desarrollos conceptuales que surgen precisamente de lo que se ve en la práctica jurídica. Incluso se aprecia cómo en ocasiones las altas cortes han regresado a posturas que se supone habían sido superadas, lo que sin duda permite afirmar que no existe absoluta seguridad jurídica en estas cuestiones. Un ejemplo de esto ha sido enmarcar la actividad médica en una obligación de medios o de resultado, como también el sistema de imputación, ya que estos temas no se encuentran expresamente estipulados en la normatividad colombiana, sino que se han ido decantando a través de los años por vía jurisprudencial y doctrinaria.

Antes de entrar a desarrollar estos temas, resulta pertinente afirmar que existe responsabilidad civil médica contractual y extracontractual, distinción que ha perdido importancia porque incluso cuando se entablan acciones judiciales, invocando un sistema u otro, el juez lo adecúa para resolver el litigio. Partiendo de esta afirmación, en el presente trabajo se hace referencia a ciertos temas discutidos propios de una u otra responsabilidad, con el objetivo de tener claridad para el entendimiento del tema central.

### **1.3.1 La obligación que asume el profesional médico es, por regla general, una obligación de medios**

En la actualidad se puede afirmar que tanto la doctrina como la jurisprudencia enmarcan la responsabilidad médica como una responsabilidad subjetiva, incluso en cirugías estéticas. Esto se traduce en la obligación de medios que tiene el profesional de la salud en ejercer las acciones pertinentes para el restablecimiento de la salud del enfermo sin obligarse a curarlo; su deber es procurar lo mejor para el paciente y utilizar los medios que tenga a su alcance, así como su conocimiento y experiencia. De esta manera lo ha definido la Corte Suprema de Justicia: “El médico 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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 1985).

Por su parte, la doctrina colombiana también ha concebido como una obligación de medio la que adquieren los profesionales de la salud con sus pacientes:

Al médico no se le exigen milagros ni imposibles; pero sí está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquello que escapa de sus posibilidades, pero que está dentro de las que tiene otro; a intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias, habría

empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión. Por consiguiente, el eje de la responsabilidad médica gira sobre los siguientes postulados: hacer todo aquello que esté indicado hacer, consideración habida al grado de progreso de los conocimientos médicos y a los recursos disponibles en el correspondiente medio; y abstenerse de hacer todo aquello que no deba hacerse, en atención a las mismas circunstancias (Pérez Vives, 1995, pág. 201).

Es necesario señalar que el Código Civil no consagra expresamente una norma que regule el contrato de prestación de servicios médicos ni mucho menos que indique el tipo de obligación que ellos adquieren, pero esta cuestión sí ha sido objeto de regulación por parte de la Ley de Talento Humano en Salud en su artículo 26, posteriormente modificado por la Ley 1438 de 2011 artículo 104, que indica:

Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios basada en la competencia profesional (Ley 1164, 2007).

El hecho de tener claro qué tipo de obligación adquiere el profesional de la salud con su paciente, permite saber quién debe probar determinados elementos en caso de un eventual litigio.

En este orden de ideas, para declarar la responsabilidad del galeno, el paciente debe demostrar la existencia de un daño, la culpa del profesional, esto es, una conducta no adecuada a los protocolos médicos y que dicha conducta culposa (o dolosa) haya sido, en un sentido riguroso, la causa del daño; asimismo, el médico podrá exonerarse de responsabilidad si logra demostrar que su intervención fue diligente y cuidadosa (lo que se traduce en una conducta no culposa) o demostrando la presencia de una causa extraña, entre otras posibilidades de defensa.

Pese a lo anterior, es perfectamente posible que un profesional de la salud se quiera exigir más y se sitúe en el terreno de las obligaciones de resultado. En la práctica médica se ve, por ejemplo, que ciertos cirujanos plásticos garantizan un determinado resultado (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, Sentencia 6199, 2002), así que será indispensable analizar cuál fue la obligación que el cirujano pactó con su paciente para afirmar, en caso de que no se logre lo prometido, si es responsable o no. Es pertinente indicar que resulta inoportuno o, si se quiere, imprudente, pactar este tipo de obligaciones en el terreno de la medicina, incluso en el campo de la cirugía plástica o estética, debido a lo aleatorio que es esta profesión puesto que la más mínima intervención médica acarrea riesgos que escapan del control del profesional. Sin embargo, es viable que el deudor, en este caso el galeno, se obligue a la obtención de un resultado que, en caso de incumplimiento, solo valdrá la demostración de una causa extraña para la exoneración de su responsabilidad; es así que queda a un lado el análisis respecto de la adecuación de la conducta a la *lex artis* médica.

Vale la pena mencionar que se han planteado hipótesis respecto de situaciones puntuales en el terreno de las obligaciones de resultado y no de medios en el ejercicio de la medicina y, por lo mismo, en hipótesis de casos que permiten incluso hablar de responsabilidad objetiva, como lo es la obligación de seguridad que tienen las instituciones de salud, el deber de información de riesgos, la violación del secreto profesional y el suministro de medicamentos defectuosos, entre otros.

Visto lo anterior puede afirmarse que, por regla general y salvo circunstancias excepcionales que no son el objeto de este trabajo, la obligación que adquiere el médico, como persona natural, con su paciente, es una obligación de medio, incluso si se trata de la práctica de cirugía plástica o estética, salvo que exista la promesa efectiva sobre la obtención de un determinado resultado; esto en razón a que todo procedimiento médico acarrea riesgos inherentes.

Respecto de la responsabilidad civil extracontractual que adquiere el médico, tanto la Corte Suprema de Justicia como la doctrina le dan aplicación al artículo 2341 del Código Civil que consagra: “El que ha cometido un delito o culpa, que a 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”(Ley 84, 1873). En este caso, se ha descartado la aplicación del artículo 2356 del Código Civil que consagra supuestos de responsabilidad cuando el daño se causa en ejercicio de una actividad peligrosa, puesto que, pese a que se entiende que para el ejercicio de la medicina necesariamente se requieren instrumentos que se consideran peligrosos, como el bisturí, pinzas quirúrgicas, curetas, agujas, brocas y tijeras, entre otros, el actuar médico no puede asimilarse a una actividad peligrosa debido al fin altruista y solidario que se persigue con su intervención.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 30 de enero de 2001:

Tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere, legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no solo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes” al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º párrafo 1º de la ley 23 de 1981: Normas en materia de ética médica (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 5507, 2001).

Es claro que esto supone la adecuada preparación académica del personal que la ejerce, puesto que si el médico actúa sin tener los conocimientos requeridos en un determinado caso, estaría obrando con impericia y claramente esto lo puede hacer responsable. Un ejemplo, es el de un médico general que realiza una intervención quirúrgica con fines estéticos, es decir, el profesional no es cirujano plástico, puesto que no cursó esta especialidad para la que se requiere un entrenamiento de cuatro años más posteriores a la carrera de medicina, para lograr el título académico de especialista. Se hace la salvedad de que esto también puede resultar problemático,

toda vez que hasta el momento las únicas especialidades médicas que se encuentran reguladas son la radiología (Ley 657, 2001) y la anestesiología (Ley 6, 1991), lo que sin duda asienta los vacíos jurídicos para la interpretación judicial o académica al no haber claridad en el asunto.

### **1.3.2 La culpa probada y la responsabilidad médica**

Otro tema importante para el desarrollo del presente trabajo, y que guarda relación con el tipo de obligación que adquieren los profesionales de la salud, es el sistema de imputación utilizado en la responsabilidad civil médica. Su desarrollo es concordante entre la doctrina y la jurisprudencia, por lo cual para el desarrollo de este punto, se debe tener claro que aunque existen pocas posiciones en distinto sentido, la doctrina, en su mayoría, y la jurisprudencia, tanto de la Corte de Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, han aceptado que se trata de un sistema de culpa probada en virtud de la responsabilidad del galeno por la defectuosa prestación del servicio y que solo se verá comprometida en caso de que el demandante pruebe los elementos de la responsabilidad civil, en especial el de la culpa.

Es pertinente indicar que el Código Civil tampoco ofrece una norma que anuncie expresamente que debe ser la víctima, ya sea paciente, familiares o allegados, a quien que le corresponde demostrar la culpa del médico o, si se quiere, la falta por no ceñirse al rigor de los postulados médicos; o si, por el contrario, está en cabeza del médico desvirtuar la presunción de que el daño se debió a una conducta culposa de su parte, por lo que deberá demostrar que actuó de manera diligente y cuidadosa.

Por esta razón, al no existir una norma expresa que regule la materia, esa doctrina minoritaria, más una que otra decisión de la Corte (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2202-2019, 2019), han sentado un principio general de presunción de culpa por parte del profesional médico, justificado en el artículo 1604 del Código Civil (Ley 84, 1873), que consagra:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los

contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

Quienes consideran que este artículo se aplica en la responsabilidad médica contractual lo hacen sin tener reparo en el inciso final, que es justamente el punto de partida para considerar otras disposiciones normativas que permitan justificar que el sistema aplicable es el de culpa probada; y es entonces la responsabilidad civil médica uno de los regímenes específicos que excepcionan el consagrado en los primeros incisos del artículo citado.

Se considera que el artículo 1604 del Código Civil no puede ser la base para afirmar que en la responsabilidad civil médica impera un sistema de culpa presunta, puesto que la norma se refiere a la pérdida de la cosa debida, y no es aplicable en supuestos de prestación de servicios, en este caso del servicio médico.

Además, el inciso final de este artículo consagra la posibilidad de que en el Código Civil se encuentren normas que permiten pensar que, en lo relacionado con la responsabilidad médica, es a la parte actora a la que le compete demostrar la culpa del galeno o de la institución médica.

Como lo expone Javier Tamayo Jaramillo (2011), las normas que consagran el mandato permiten, de cierto modo, suplir estos vacíos de una regulación expresa del

contrato médico. Por esta razón, se encuentra el en artículo 2144 del Código Civil (Ley 84, 1873): “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

Si se analiza esta norma, se da por hecho de que el mandatario obra en su gestión con diligencia y cuidado a pesar de que no se logren los resultados queridos con el mandato. Es decir, aunque no se consiga la satisfacción del mandante con el resultado esperado, no podrá alegar un incumplimiento culposo del mandatario a menos que lo pruebe.

Por su parte, el artículo 2184 del Código Civil (Ley 84, 1873), que trata de las obligaciones del mandante, consagra:

El mandante es obligado:

1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato.
2. A reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato.
3. A pagarle la remuneración estipulada o usual.
4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes.
5. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato. No podrá el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.

Aunque en ocasiones se ha discutido si el contrato de prestación de servicios médicos tiene la misma naturaleza de un contrato de mandato, lo cierto es que en virtud de lo estipulado en el artículo 2144 del Código Civil, según el cual se le aplican las normas del mandato a la prestación de servicios profesionales que suponen largos estudios, se puede afirmar que también estas normas son aplicables al campo de la responsabilidad civil médica, lo que implica que, en caso de enfrentarse ante un cumplimiento no exitoso de un tratamiento o de una intervención médica, el paciente no

puede alegar el incumplimiento del profesional médico a menos que demuestre su culpa, lo que se traduce en un sistema de culpa probada. Si la culpa del profesional se presumiera, le bastaría al paciente o sus allegados, demostrar un daño ocasionado con la conducta del galeno, sin requerir realizar un análisis de ésta.

Lo anterior se sustenta en la Sentencia de casación de la Corte Suprema del 29 de octubre de 1930, que indica:

En concepto de la Corte, para la aplicación del artículo 2144 no es preciso acreditar que el individuo que ha prestado los servicios es miembro de un determinado gremio profesional, sino que basta inquirir si la profesión es de aquellas que suponen largos estudios, punto este que se resuelve en abstracto, o sea sin la necesidad de pruebas; no hay por qué exigir las para saber, por ejemplo, que la ingeniería, la medicina y la abogacía se hallan en semejante caso (Corte Suprema de Justicia. Sala de casación en lo civil, 1930, pág. 243).

Es preciso indicar que aunque en la jurisprudencia y en la doctrina se ha discutido sobre la importancia de catalogar este tipo de contrato como uno de mandato, también ha sido tratado como un contrato de arrendamiento de servicios, una confección de obra o un contrato atípico, pues justamente se parte de la falta de regulación expresa, por lo que no es posible sentar reglas absolutas debido a que en cada caso lo pactado puede variar, y por lo mismo el análisis respecto de la culpa médica, lo que es determinante en el estudio de la responsabilidad debido a que el galeno solo está llamado a responder cuando su conducta culposa o dolosa fue determinante en el daño acontecido.

Debido a la dificultad de categorizar el contrato, la jurisprudencia en general ha sustentado que en este tipo de responsabilidad debe aplicarse un sistema de imputación de culpa probada en virtud de la obligación de medio que subyace como la regla general en la prestación del servicio médico.

Por otro lado, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, y como ya se vio anteriormente, no se podrá atribuir al acto médico la característica de peligrosidad con el objetivo de mejorar la posición de la víctima dentro del margen de un proceso judicial, en lo que respecta a la carga de la prueba, con el fin de que se presuma la culpa médica o, si se quiere, que no se analice la conducta del profesional al momento de imputar responsabilidad, ya que se estaría desconociendo el origen de la actividad galénica y su razón de ser, que es la de preservar o salvar la vida e integridad del paciente dado que el ejercicio de esta profesión tiene un fin altruista, y como añadidura se entiende el beneficio o contraprestación económica que puede obtener el galeno en el ejercicio de la actividad. Adicionalmente, si se califica la práctica médica como una actividad peligrosa, haría difícil el ejercicio de esta actividad, pues ningún galeno querría verse expuesto a una condena al saber que se da por sentado que su actuación fue culposa, teniendo siempre que optar por exonerarse al probar la ocurrencia de una causa extraña que justifique el daño.

Con lo visto hasta ahora, ya sea por el tipo de obligaciones de medio que se contraen, por la naturaleza del contrato que subyace, por no considerarse una actividad peligrosa o por lo aleatoria que resulta la actividad médica se puede afirmar que la posición que se acepta actualmente por la doctrina y por la jurisprudencia, en caso de una defectuosa prestación del servicio médico, es que se trata de un sistema de culpa probada, y es al demandante al que le corresponde demostrar la culpa o el comportamiento ilícito del profesional médico, así como los demás elementos de la responsabilidad civil médica como lo es el daño y al nexo de causalidad.

En este orden de ideas, el médico solo se encuentra obligado a responder cuando la negligencia o culpa que se le imputa cause un perjuicio. Así lo expone el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia Edgardo Villamil Portilla en la Sentencia del 15 de enero de 2008:

Es aceptado que la responsabilidad civil Médica depende del esclarecimiento de la fuerza del encadenamiento causal entre el acto

imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto, el médico no será responsable de la culpa o falta que le imputan, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o entre otros términos, debe demostrar los hechos donde se desprenden aquella.

Al tener claro que bajo un sistema de culpa o falla del servicio probada corresponde a la víctima acreditar todos los elementos de la responsabilidad, incluida la culpa del médico como elemento subjetivo, esto es, su culpa en la modalidad de imprudencia, impericia o negligencia, o el dolo en su actuar, habrá que afirmar que esta situación puede resultar problemática si se tiene en cuenta la desventajosa situación que ocupa la víctima en relación con la prueba de los elementos configurativos de la responsabilidad civil médica, habida cuenta de la naturaleza de los hechos y situaciones que dan lugar a la misma como puede ocurrir en el caso de un daño que se genere en el momento mismo de la intervención quirúrgica, donde el paciente se encuentra anestesiado y solo el equipo médico evidencia lo acontecido (Velásquez Gómez, 2010, págs. 807-816). Es claro, además, que el paciente no tiene conocimientos en medicina por lo cual desconoce los protocolos médicos y, por consiguiente, el tecnicismo frente al cual será tratado en un escenario judicial en caso de entablar una acción.

En relación con este punto, es importante referirnos a lo expuesto por Taruffo (2009, págs. 455-456) quien indica que aunque el juez es experto en el conocimiento del derecho, no tiene competencias especiales en otros campos y es aquí en donde cobra importancia las pruebas científicas sobre todo en procesos de responsabilidad médica, lo que implica una debida preparación y asesoría en la materia por parte de los apoderados para evaluar si realmente se está ante una eventual declaratoria de responsabilidad.

### ***1.3.2.1 La prueba indiciaria en el campo de la responsabilidad médica***

Como ya está claro que la responsabilidad médica se rige por un sistema de culpa probada, es preciso hacer la salvedad de que en ciertas ocasiones se ha aplicado

sistemas de aligeramiento probatorios como lo es la culpa virtual o el conocido principio *res ipsa loquitur*, que significa “la cosa habla por sí misma” o *prima facie* que significa “a primera vista”.

Estos sistemas de aligeramiento probatorio son construcciones jurisprudenciales para alivianar la prueba en eventos puntuales respecto de acciones u omisiones que sean la causa eficiente del daño. Este concepto apunta a la idea de que el daño que se causa por una actividad, en este caso la actividad médica, es de tal magnitud que, conforme a las reglas de la experiencia, no podría explicarse de otra manera que no fuera por un error de conducta del profesional médico. Un ejemplo de esto es la importante sentencia 17733 del Consejo de Estado del 19 de agosto de 2009, donde se trató el caso de una materna en embarazo de trillizas. En este caso por error se consideró que el embarazo estaba a término y se realiza una cesárea que tiene como resultado el fallecimiento de las criaturas. El Consejo de Estado consideró que lo catastrófico del resultado permite presumir la culpa.

Resulta innegable que en el escenario judicial en algunos casos el tema indiciario cobra especial importancia cuando los hechos que generaron el daño le permiten inferir al juez que solo un comportamiento culposo del profesional explica la causa del perjuicio. Al tratarse de conceptos que parten de una prueba indiciaria, obviamente implica convencer al juez de lo ocurrido, y esto se logra al poner de presente las circunstancias particulares en que se ocasionó el daño y evidenciar elementos que le permitan la certeza de que el profesional actuó en contravía de los postulados de la *lex artis*, así no se pueda demostrar de forma directa el no cumplimiento de la norma.

Asimismo, cuando se está en presencia de estos eventos, no debe hablarse de una presunción de responsabilidad porque el demandante no puede asumir una actitud pasiva en el campo probatorio, pues debe agotar todas las acciones tendientes a demostrarle con indicios al juez cómo ocurrieron los daños, para que el juez no tenga otra salida que concluir que, por lógica y por las leyes de la experiencia, el daño es imputable a la conducta del galeno.

En virtud de lo anterior, en procesos donde se discute la responsabilidad médica, las altas cortes en ocasiones han favorecido a las víctimas por medio de la aplicación de la prueba indiciaria, sin que esta determinación haya malogrado el sistema de imputación de culpa probada que opera en este tipo de responsabilidad.

## **2. EL DINAMISMO PROBATORIO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

### **2.1 CARGA DE LA PRUEBA: PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD**

En el escenario judicial, uno de los principios procesales obligatorios para que el juez emita un fallo sobre un determinado litigio es el principio de la necesidad de la prueba, que está consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012): “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

De acuerdo con este principio, las decisiones judiciales siempre deben estar soportadas por la prueba obrante en el proceso porque los hechos, sobre los que se va a fundamentar una decisión, deben estar completamente acreditados; aun así no se debe perder de vista que la prueba no siempre debe ser directa, ya que están permitidos los aligeramientos probatorios o la prueba indiciaria como anteriormente se expuso.

El principio de la autorresponsabilidad, o también conocido como carga de la prueba, se refiere a la responsabilidad que deben tener cada una de las partes de desplegar una labor probatoria que sustente lo afirmado dentro del pleito. En otras palabras, las partes deben tener una actitud de compromiso para hacer lo que esté a su alcance, obviamente en términos de legalidad, con el fin de sustentar lo afirmado y generar credibilidad en el juez, para que, finalmente, él pueda elegir la hipótesis que más resulte justa.

Si la parte quiere salir adelante, ya sea con sus pretensiones o sus excepciones, debe tener claro un papel probatorio activo puesto que la carga consiste justamente en la exigencia de su propio interés, cuyo incumplimiento deriva consecuencias.

Resulta importante indicar que cuando nos referimos a la carga de la prueba, se deben diferenciar dos conceptos: La carga de la prueba en sentido objetivo y la carga de la prueba en sentido subjetivo.

La carga de la prueba en sentido objetivo (material) se refiere a la carga de averiguación y responde a la pregunta: ¿A quién perjudica la no averiguación de los hechos? o, dicho de otro modo, ¿Quién pierde si no hay prueba suficiente? La respuesta a dicho cuestionamiento es a quien pretenda la aplicación de la consecuencia jurídica del supuesto de hecho. Es la regla de juicio final en donde el juez luego de hacer una valoración probatoria aún cuenta con incertidumbre, es decir, cuando los elementos aportados al debate probatorio no permiten superar el estándar de prueba previsto. Si el hecho está probado, se declara su existencia y en caso de que no se logre acreditar su existencia, no se podrá tener como cierto, con la consecuencia lógica de la desestimación de las pretensiones.

En este sentido, solo opera de forma residual cuando hay un fracaso de la actividad probatoria. Se trata entonces de una distribución del riesgo probatorio, toda vez que “determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho” (Rosenberg, 2017).

Así lo expone el doctrinante Nieva Fenoll (2019) al indicar que la carga de la prueba le permite inferir al juez que quien no tiene prueba de un hecho está alegando un hecho falso, aunque es innegable que en ocasiones no hay prueba del hecho siendo este cierto (pág. 43). Lo que ocurre no es que no haya ocurrido un hecho, sino que pese al intento de acreditar el mismo, no ha sido posible demostrar ni que existe ni que no existe, por lo cual ante esta situación de incertidumbre el juez no puede dar aplicación de la consecuencia jurídica que parte de la existencia del mismo.

La carga de la prueba en su dimensión subjetiva (formal) responde a la pregunta: ¿Qué parte debe aportar la prueba? La misma se deriva de la carga de la prueba en sentido objetivo, o más bien resulta siendo una consecuencia de la misma ya que al entender que es posible perder el proceso, la parte se esfuerza por tener una actitud activa con el fin de que esto no ocurra. Al tener claro que la pretensión puede ser

rechazada en caso de que no haya prueba de los hechos, la parte se siente motivada a aportar o a lograr la prueba para evitar dicha consecuencia. Aun así, debe quedar claro que afirmar que la parte tiene un incentivo para producir la prueba, no es lo mismo que decir que tiene un deber en sentido estricto.

Por lo tanto, ante la pregunta de quién debe aportar la prueba hay que tener presente que ese deber no es una prescripción como tal, sino que dependerá de la voluntad que tenga la parte de obtener un resultado positivo, y es claro que, para obtener ese resultado ventajoso frente a su contraparte, debe aportar pruebas que sustenten lo pedido.

En este orden de ideas puede hablarse de dos dimensiones de la carga de la prueba, las cuales están dirigidas a dos sujetos distintos y expresan dos tipos de reglas. Así, la carga de la prueba en sentido objetivo se refiere a la fase de decisión por lo que está dirigida al juez y es lo que se conoce como regla de juicio, que en últimas no es nada distinto a la valoración de la prueba; mientras que la carga de la prueba en sentido subjetivo se presenta en la fase de aportación por lo que el destinatario es la parte procesal.

Lo que anteriormente se consagraba en la normatividad del Código de Procedimiento Civil era la noción clásica de la carga de la prueba, que incluso hoy está consagrada en la primera parte del artículo 167 del Código General del Proceso. La noción estática refiere que: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Ley 1564, 2012), principio que expone que la parte que argumente un determinado hecho, como sustento de su pretensión o excepción, es a quien le corresponde probarlo. Por lo tanto, lo que significa el principio clásico de la carga de la prueba es que cuando se demanda, se debe probar la causa para pedir, y cuando la persona es demandada, se deben probar los hechos de la excepción, ya que la persona es la autora de estos hechos.

Así también lo sustenta el artículo 1757 del Código Civil Colombiano (Ley 84, 1873), que consagra: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”.

De manera que el principio de la carga de la prueba está claramente dirigido a las partes, por lo que se afirma que es una regla de conducta en las que se trazan cargas procesales según la posición que ocupen dentro del litigio. Adicionalmente, este precepto normativo implica una hoja de ruta para el juez en la medida en que puede considerarse una regla de decisión o de juicio, ya que el operador judicial se encuentra interesado en que haya claridad sobre lo acontecido. Por ende, se requiere que haya suficiente material probatorio que permita el real conocimiento de los hechos, y así evitar un fallo inhibitorio.

De modo que las partes tienen claro que deben agotar esfuerzos para probar lo que pretenden, mientras que el juez, luego de agotar el debate probatorio, se encuentra ante varias posibilidades: i) el hecho que afirmaba la parte fue probado y, por consiguiente, resulta vencedora, y ii) el hecho que afirmaba la parte no correspondió con la realidad, de tal forma que el juez no puede determinar el efecto jurídico perseguido con la norma. En este caso, no es posible demostrar la veracidad del hecho pese a los esfuerzos respectivos, motivo por el cual el juez no podrá reconocer la consecuencia que se consagra en la norma que se invoca, y fracasa la pretensión. Quien intentaba demostrar el hecho no lo logró, por lo cual su reclamación no sale adelante, ya que el juez solo debe fallar con lo efectivamente probado.

Cuando se afirma que la carga de la prueba sirve como subrogado de la decisión, se refiere a la regla de decisión o juicio; esto significa que el juez, al aplicar el concepto para fallar, se plantea dos preguntas: ¿Quién tenía que aportar la prueba? Y, ¿qué significado tiene, en el derecho sustancial, que esa prueba falte? En esta medida el concepto de carga tiene dos elementos importantes que son la voluntariedad y la inexigibilidad. La parte sobre la cual recae la carga puede libremente cumplirla o no, y no es posible forzarla a cumplirla.

No se trata entonces de concluir que porque no hay prueba no opera el efecto que se persigue con la aplicación de la norma, sino que además impacta directamente en el derecho sustancial toda vez que el juez concluye que no hay derecho, y en nuestro caso, que no se es responsable. No se trata simplemente de absolver por falta de prueba.

Dicho de otro modo, al aplicar el concepto de carga de la prueba el juez, más que afirmar que no está probado el supuesto de hecho de la norma jurídica cuyo efecto jurídico quería el demandante, lo que concluye el juez es que ese hecho no es cierto. Así, es claro que las partes tienen el deber de aportar y solicitar las pruebas en las oportunidades previstas para hacerlo. Si lo hacen, el juez, al dictar sentencia, no tiene que acudir al concepto de carga probatoria.

Al ser también la carga de la prueba una regla de decisión, el juez solo acude a ella en el momento de proferir sentencia y bajo ciertos supuestos; i) que no existan pruebas, ya que si las hay acudir al concepto resultaría inútil, ii) que el juez no pueda procurar la obtención de la prueba, porque de poder hacerlo, debe agotar las posibilidades que tiene para esto como es el decreto oficioso, iii) si hay duda, que no pueda resolverse por lo señalado en el numeral anterior o a través de un beneficio legal. En este orden de ideas, el concepto de carga al tomar la decisión solo tiene cabida como última opción.

En palabras de Rosenberg (2004):

Las reglas relativas a la carga de la prueba sólo son aplicables, aquí como siempre, cuando una circunstancia de hecho discutida ha quedado sin aclarar, tratándose de una circunstancia que es importante para la existencia de la relación jurídica litigiosa o para la aplicación del concepto jurídico en cuestión. En cambio, cuando los acontecimientos fundamentales no se discuten o se han aclarado completamente, el juez no puede tratar sus dudas internas sobre la aplicabilidad de una norma jurídica o de un concepto jurídico como si fueran dudas relativas a la cuestión de hecho, haciéndolas recaer sobre la parte que soporta la carga

de la prueba con respecto a los presupuestos reales de la norma o del concepto jurídico; debe hacer esfuerzo para llegar a una decisión determinada y declararse a favor de ella. Pues tampoco aquí cabe un *non liquet*, ya que se trata de la solución de una pura cuestión jurídica; *iura novit curia* (pág. 8).

El concepto de carga de la prueba aplicado a la responsabilidad civil médica, tema desarrollado en el primer capítulo, como regla de conducta de las partes, significa que cuando se trata de un sistema de culpa probada, al actor que sería el paciente, sus familiares o allegados, le corresponde acreditar los supuestos de responsabilidad civil; en caso de no hacerlo, el juez no tiene otra opción que resolver el litigio a favor de quien no tiene la carga de probar, es decir, del médico.

### **2.1.1 Concepto de Carga, Deber y Obligación**

Resulta importante diferenciar los conceptos de carga procesal, deber y obligación, pues fácilmente se pueden presentar confusiones en las terminologías que impiden un adecuado entendimiento del asunto.

Lo primero es indicar que el problema de la “carga procesal” se enmarca en la premisa menor del silogismo judicial, en aquella parte que se refiere a los hechos. En el escenario judicial, la carga de la prueba tiene por objeto aproximarse, lo más que pueda, a la realidad de las cosas mediante el adecuado aporte de material probatorio.

La carga procesal ordena una conducta cuya realización es facultativa, toda vez que, de no atenderse, hay consecuencias desfavorables para el propio interés, como la preclusión de una oportunidad o, como en este caso, la pérdida del derecho que se disputa en un determinado litigio cuando en temas de responsabilidad médica no se cumple con la carga de probar los elementos estructurantes de la responsabilidad civil. Es la parte actora la que tiene el interés de cumplir la carga, pues el juez no puede ejercer coerción para que lo haga.

En palabras de Devis Echandía (2012) la carga 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 (pág. 63).

El procesalista, Parra Quijano (2004), define la carga de probar como:

Una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (...) No es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte (pág. 242).

Por su parte, “el deber” es un comportamiento que se espera de una persona, por lo que la violación conlleva a una sanción, como es el caso del deber de la lealtad o el deber de colaboración.

Una “obligación” se entiende como una exigencia de un determinado comportamiento para satisfacer un interés ajeno; así que, en caso de incumplimiento procede la coerción, como ocurre cuando hay una condena en la que se exige un determinado monto en virtud de una indemnización de perjuicios y no se cumple con el pago.

De manera que no puede afirmarse que el incumplimiento de una carga procesal produce propiamente una sanción que se entiende como castigo por su inobservancia, sino que, en función de su naturaleza, el incumplimiento de una carga acarrea una omisión en la verificación de un requisito procesal. Si el cumplimiento de una carga procesal constituye una condición para que la parte consiga satisfacer su propio

interés, resulta lógico que la insatisfacción de esa condición tenga como efecto que el interesado no alcance esa finalidad.

La carga de probar los hechos alegados, en procesos de responsabilidad civil médica por ser un sistema de culpa probada, se encuentra en cabeza de la parte actora, o sea, del paciente, sus familiares o allegados, y si falla en la tarea, sus pretensiones no serán acogidas por el juez.

James Goldschmidt, uno de los autores más representativos frente al tema de la carga de la prueba, considera que el ejercicio de las cargas procesales tiene como fin la prevención de una desventaja procesal. El concepto del autor, en palabras de Fernández (2006), se puede sintetizar de la siguiente manera:

Las partes se encuentran en una situación de expectativa respecto de la resolución de fondo, de forma tal que la transformación de dicha expectativa en una sentencia favorable se hace depender del aprovechamiento de las posibilidades procesales y del ejercicio de las cargas que poseen en virtud del status de parte. Desde este punto de vista, las posibilidades procesales serían las oportunidades conferidas a las partes para llevar a cabo una determinada actuación procesal dirigida a obtener un beneficio procesal y, en último término, una resolución favorable, mientras que el ejercicio de las cargas procesales tiene como finalidad la prevención de una desventaja procesal. Precisamente, la finalidad de evitar un perjuicio procesal lleva al autor a catalogar a la carga como imperativo de propio interés (pág. 37).

## **2.2 EL DINAMISMO PROBATORIO**

Una vez vista la noción clásica de la carga de la prueba, vale la pena indicar que, aunque ese es el escenario ideal, no sucede así en todo momento, ya que no siempre se está ante casos fáciles de resolver.

En ocasiones se pueden presentar dificultades para acreditar los hechos que se quieren probar, y es ahí cuando se puede dinamizar la prueba con el fin de que la otra parte se involucre en la verificación de los hechos que se discuten en un proceso. Esta figura propende un desarrollo procesal mucho más dinámico que permite orientar la actividad probatoria y le otorga al juez potestades para que en medio del proceso su injerencia favorezca la consecución de la verdad, e invita a las partes a que ejerzan su rol con una adecuada colaboración en caso de que se hallen frente a una determinada dificultad en el momento de acreditar un hecho.

Justo en esos casos es cuando se impone el relativismo, porque el legislador origina válvulas de escape en donde ha considerado que la aplicación de normas generales puede hacer que el juez llegue a decisiones equivocadas por lo que, según las particularidades del caso, ya sea de oficio o a petición de la parte, puede morigerar esa regla general y decidir que le queda más fácil a la parte que no tiene la carga, colaborar con la demostración de un determinado hecho.

Resulta, entonces, imposible negar que en ciertas ocasiones el principio clásico de la carga de la prueba no es suficiente para llegar a una decisión justa; de hecho, en ocasiones, ni siquiera se tendrían elementos que permitan realizar un análisis concienzudo del asunto.

Es preciso mencionar que, en Latinoamérica, Argentina fue el país que desarrolló esta figura, que como lo expone en su libro Jorge Walter Peyrano (2004), se hizo justamente al analizar un caso de responsabilidad médica por la justicia civil rosarina en 1978. Dicho autor expone en su obra:

Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad (pág. 60).

Para este reconocido doctrinante, el fundamento de la carga dinámica de la prueba se encuentra en la colaboración y solidaridad que deben tener las partes dentro de un proceso judicial, por lo que establecer reglas férreas no resulta conveniente ya que serían muchos los casos en los que no se lograría una decisión ajustada a la verdad. Para Peyrano esta teoría no busca establecer presunciones en contra de las partes, y resalta el rol del juez que propende por lograr suficiente material probatorio que le permita tener un adecuado conocimiento de los hechos y, por lo mismo, un acercamiento a la verdad, en el que el esclarecimiento no se vea limitado por un exceso de formalismo.

Así pues, al situarnos ante una obligación de medios en la responsabilidad médica donde lo que se busca no es un determinado resultado, sino la actuación diligente del deudor, en este caso del médico, éste debe poner todo lo que esté a su alcance a fin de satisfacer el interés primario del acreedor, es decir, el paciente, sin que para ello se asegure un logro específico. Por consiguiente, si el resultado no se consigue, no significa que el deudor, en este caso el médico, no haya actuado de manera correcta y diligente. De modo que el médico cumple con su obligación al actuar con diligencia y cuidado, mientras que al paciente le corresponde acreditar la responsabilidad del galeno, es decir, la culpa debe ser demostrada. Lo descrito corresponde a la regla general de la carga de la prueba, pero en la actualidad se apunta a un concepto de proceso mucho más socializador, y la búsqueda de la verdad material cobra especial atención.

Debido a que en la práctica jurídica en ocasiones los jueces se enfrentan a este tipo de procesos difíciles, se dieron importantes avances tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ya que la teoría de la carga dinámica de la prueba, aunque es normativamente nueva, había sido aceptada en diferentes sentencias y, por lo tanto, había servido de sustento en algunas decisiones judiciales.

Ahora bien, es importante detenemos en un tema que se considera relevante para el adecuado entendimiento del asunto, que parte de la confusión conceptual entre el

concepto de carga de la prueba y los incentivos que se tienen para que las partes aporten pruebas al proceso.

Y es que si se afirma que la carga de la prueba es el imperativo que le incumbe a la parte de convencer al juez acerca de la veracidad de lo que afirma, si hablamos de una inversión, como en principio es al demandante a quien le corresponde la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión de responsabilidad médica, éste sería relevado de dicha carga, es decir, el escenario ahora es que al demandante le bastará con afirmar un hecho y el demandado por su parte, tendrá que descartar la existencia del mismo ya que éste se tiene como cierto. El sustento de tal inversión es que de esta forma se logra favorecer su posición probatoria en el proceso, ya que de entrada se supone débil, por lo que se busca dar aplicación al principio de igualdad de partes.

Si entendemos que existe una inversión de la carga de la prueba para que ahora recaiga en el demandado, éste no puede esperar que el demandante tenga un papel activo en el debate probatorio, pues lo que debe hacer es aportar los medios de prueba que resulten necesarios para ganar el proceso, pues resultaría siendo imprudente esperar de forma pasiva una decisión del juez en el sentido de invertir la carga.

En este sentido podría afirmarse que invertir la carga de la prueba consistiría en alterar la respuesta a la pregunta sobre quien pierde el procedimiento si no hay evidencia o prueba que resulte ser suficiente sobre el hecho objeto de estudio, sin olvidar que existen normas que consagran incentivos para que la parte de manera juiciosa colabore con la aportación y la práctica de pruebas en el proceso, como lo es que el juez puede deducir indicios de la conducta de las partes (Código General del Proceso. Artículo 241: El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes).

Si se piensa el caso de un profesional de la salud que es demandado y el mismo tiene en su poder la prueba de su negligencia, el hecho de que se invierta la carga no le representará un incentivo para que aporte la prueba de su negligencia, ya que lo lógico será pensar en que allegará otras pruebas que le resulten útiles para su defensa con el fin de que no haya una declaratoria de responsabilidad.

En este orden ideas, invertir la carga no pareciera ser un método efectivo para incentivar a las partes con el fin de que se cuente con las pruebas relevantes de los hechos.

El doctrinante Ferrer Beltrán (2019) expone en su artículo “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo necesario” (págs. 77-78) que el problema más importante relacionado con la carga dinámica de la prueba, se presenta cuando se confunden dos preguntas, que en realidad son independientes: ¿Quién pierde si no hay prueba? y ¿Quién debe aportar la prueba? Si se entiende que la primera expresión corresponde a la carga de la prueba objetiva y la segunda a la carga subjetiva de la prueba, que a su vez deriva de la primera, se concluye erradamente que si se quiere modificar la segunda – quien debe aportar la prueba - debe modificarse también la primera –quien pierde si no hay prueba-.

A manera de ejemplo indica que en caso de que el médico demandado tenga en su poder la grabación de la intervención quirúrgica el acto que se discute en el proceso, se asume que la única forma de incentivar que la aporte es situando en éste la carga objetiva de la prueba, fundada en el deber de colaboración. A su juicio, sostener que debe aportar la prueba debido al principio de colaboración, no justifica además imponerle la carga de la prueba, toda vez que aportar la grabación de la intervención quirúrgica corresponde a una obligación de realizar un acto, pero imponerle además la carga de la prueba de probar que no hubo negligencia médica sería una obligación de resultado.

Se comparte la postura del doctrinante en el sentido de que es posible lograr que la parte atienda al deber de colaboración y participe activamente en el debate probatorio, sin la necesidad de imponerle la carga de la prueba a sabiendas de que esto último sería modificar el supuesto de hecho, esto es, la norma sustancial.

Así pues, la disponibilidad y facilidad probatoria son razones válidas para asignarle a la parte el deber de colaboración con el fin de que se cuente con medios probatorios relevantes que ayuden a esclarecer la verdad de los hechos, pero esto no justifica que además se invierta la carga de la prueba al asignarle el riesgo de perder el

proceso por insuficiencia probatoria, incluso en casos de que aporte toda evidencia que estaba en su poder y que logró obtener.

Sin duda, lo que se busca con la inclusión del dinamismo probatorio en la normatividad procesal vigente en nuestro ordenamiento jurídico es fortalecer la regla de juicio, y responde a criterios de facilidad probatoria más que al interés, de tal forma que el operador judicial pueda observar a cuál de las partes le queda más fácil aportar los elementos probatorios relevantes para un adecuado entendimiento de la verdad de los hechos y disponga lo necesario para que así sea. Es claro que con la incursión de esta figura la normatividad procesal se busca humanizar los procesos, buscando una aproximación a la verdad real en aras de procurar decisiones justas.

Aun así, y como se expondrá más adelante, la aplicación de esta figura puede representar inconvenientes en la práctica. El doctor Acero Gallego (2014, pág. 217 y ss) considera que el sistema de la carga dinámica de la prueba representa un cambio fundamental respecto del modelo probatorio consagrado en el ordenamiento procesal colombiano. Pese a esto, considera que el uso de la figura de la carga dinámica de la prueba puede tornar más compleja la actividad del juez debido a la mixtura que establece la norma procesal entre los dos sistemas, es decir, la carga estática y la carga dinámica de la prueba, y además, por las consecuencias de un déficit probatorio una vez el juez ordene que ciertos supuestos de hecho sean demostrados por alguna de las partes.

### **2.2.1 Marco jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba**

Antes de la consagración normativa en el Código General del Proceso, la carga dinámica fue objeto de reconocimiento jurisprudencial en Colombia, inicialmente por el Consejo de Estado y luego por la Corte Suprema de Justicia.

Fue el Consejo de Estado con la sentencia del 24 de octubre de 1990, Consejero Ponente Gustavo de Greiff Restrepo el que trató por primera vez esta figura en Colombia y que acude a la aparente presunción de culpa que se consagra en el artículo 1604 del Código Civil para prever la falla del servicio y, por ende, trasladar la carga de

la prueba en el demandado. Con este fallo se empieza una notoria evolución en el terreno de la flexibilización probatoria y en la adopción de las teorías de las cargas dinámicas.

Fue a partir de esta importante sentencia que la figura de la carga dinámica de la prueba tuvo aplicación por parte del Consejo de Estado, entre 1990 y 2006, dado que en muchas de sus decisiones se discutían temas médicos debido a la dificultad del paciente en demostrar los hechos que constituían una supuesta falla del servicio médico.

Se considera que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo empleó la figura de manera errada, incluso al extremo de invertir totalmente la carga probatoria al punto de pensar que lo que procedía no era un sistema de falla probada del servicio, sino un sistema de falla presunta. Esta postura imperó, por ejemplo, en asuntos de obstetricia cuando el embarazo se desarrollaba de manera normal y podía haber algún evento en el parto; en ese caso se presumía que el obstetra no se había ajustado a los postulados de la *lex artis*, lo que en si desconoce que el trabajo de parto trae consigo riesgos ajenos a la conducta médica. Luego, esta postura fue morigerada a partir del 2006 cuando el Consejo de Estado determinó que la carga dinámica se debía aplicar solo en situaciones muy puntuales, y retornó al sistema de falla probada del servicio; así pues, le corresponde al actor acreditar todos los elementos de este tipo de responsabilidad con el fin de que salga avante una condena por mala praxis médica. En esta importante decisión, el Consejo de Estado cuestionó la figura de la carga dinámica de la prueba y consideró que en adelante las decisiones debían tomarse bajo el sistema de falla probada del servicio, sin desconocer la importancia de la prueba indiciaria, pues se consideró que acoger la figura de la carga dinámica de la prueba presentaba muchas dificultades en vez de soluciones.

En este sentido, y a partir del 2006, el Consejo de Estado retorna al punto de partida de la responsabilidad médica con el que afirma que la falla probada del servicio es el sistema de imputación adecuado en este tipo de responsabilidad, lo que correlativamente corresponde a un sistema de culpa probada en la jurisdicción civil.

Es esa oportunidad el Consejo de Estado Sentencia Expediente No. 15772 (2006) afirmó:

Por eso, de manera reciente la sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran(...) El volver a la exigencia de la prueba de la falla ser servicio, como regla general, no debe llamar al desaliento y considerarse una actitud retrograda.

En la actualidad, el Consejo de Estado considera que el sistema de imputación aplicable en temas médicos es el de la falla probada del servicio, aunque ha resaltado la importancia de la prueba indiciaria no para dar por hecho el nexo de causalidad, sino el de la indebida prestación del servicio.

La Corte Suprema de Justicia también desarrolló esta figura incluso antes de que fuera consagrada por la legislación procesal. Una sentencia importante es la del 30 de enero de 2001, ponencia del Magistrado José Fernando Ramírez Gómez. En esta oportunidad la Corte manifestó que:

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*). (pág. 35)

Antes de la expedición del Código General del Proceso, también se encontraba la sentencia del 30 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez. En esta oportunidad la Corte indicó:

En tratándose de la responsabilidad civil médica, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, por regla general, la demostración de la culpa del demandado -factor subjetivo de atribución de la responsabilidad-, corre por cuenta de quien pretenda una declaración de tal linaje, por cuanto dicha clase de acciones sigue las reglas generales en materia de carga de la prueba, sin perjuicio, claro está, de que en aplicación de renovadoras teorías y mediante variados expedientes, miradas las particularidades de cada caso concreto, se pueda facilitar a la víctima la demostración de los supuestos de hecho de su pretensión resarcitoria (pág. 27 y ss).

En esta sentencia se alude a lo ya manifestado por la Corte en 1985, que afirmó: “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” (pág. 420)

Luego de la expedición del Código General del Proceso, en el que normativamente ya se contaba con una estipulación del dinamismo probatorio, se encuentra otro importante pronunciamiento que reitera la construcción jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, como es la sentencia del 20 de junio de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, ponencia del Magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez. A manera de síntesis, la Corte estudió el caso de una paciente que debido a su diagnóstico era necesario efectuarle una intervención quirúrgica de inmediato, pero no

fue realizada por cuestiones administrativas, y la paciente fue dada de alta. A través de un fallo de tutela favorable, los familiares de la paciente lograron que se le practicara la intervención; sin embargo, la señora murió.

En la parte motiva de esta providencia, se dijo que en un proceso de responsabilidad civil médica tanto el médico como el paciente deben asumir el compromiso demostrativo. En esta sentencia (2016) la sala hizo referencia a otras decisiones y afirmó:

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; aquel que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga (pág. 38).

Con respecto de las teorías dinámicas de la prueba, la Corte Suprema de Justicia se manifestó recientemente en el caso de una paciente que en estado de embarazo fue diagnosticada con preeclampsia, con inminente riesgo de eclampsia; dio a luz a un bebé prematuro que, a pesar de estar bajo observación médica, tuvo un desprendimiento de retina en ambos ojos y le causó una ceguera total. En esta providencia, la Corte argumentó que en el marco de un proceso de responsabilidad civil médica le corresponde demostrar a la parte que alega la culpa del profesional de la salud o del establecimiento hospitalario; sin embargo, gracias a la interpretación de la jurisprudencia que ha hecho del principio de la carga de la prueba en sentido dinámico, al que le corresponde la carga probatoria es al litigante que esté en mejores condiciones de probar el hecho. La Corte resaltó que la determinación está a cargo del juzgador según su criterio, aunque referido a circunstancias objetivas que develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol. La Corte en esta sentencia se pronunció en los siguientes términos:

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 develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia Radicado 11001 31 03 018 2001 00339 012016, pág. 48 y 49).

***2.2.1.1 El adecuado diligenciamiento de la historia clínica. Su incumplimiento puede ser considerado una prueba indiciaria.***

Como se desarrollará más adelante, se pretende sustentar que cuando no se cumple con la imposición del juez al aplicar el dinamismo probatorio, la consecuencia debe ser un indicio en contra de la parte que no acató tal directriz y no una presunción de culpa o de responsabilidad en su contra. Por este motivo, se considera pertinente referenciar como ha sido el desarrollo en las altas cortes respecto de la ausencia en el debate probatorio de la historia clínica, toda vez la postura mayoritaria es entender que no contar con la misma se debe tomar como un indicio en contra, pues éste solo hecho no configura una presunción de culpa o de responsabilidad en contra del profesional o de la institución que tenía la custodia de dicho documento.

El diligenciamiento de la historia clínica es uno de los temas que se ha desarrollado tanto por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, que sin duda tiene relación con el tema de estudio. En términos generales se acepta que cuando se cuenta con una historia clínica incompleta o que, definitivamente, hay

ausencia de ella, no puede hablarse de una presunción de responsabilidad, pues lo que habría es un claro incumplimiento en el deber de diligenciar adecuadamente el documento, lo que no se traduce en una responsabilidad en la atención médica del paciente. Aun así, se debe resaltar que incumplir con el diligenciamiento apropiado de la historia clínica puede ser considerado un indicio en contra del profesional o de la institución.

Lo primero es hacer referencia a la importancia de la historia clínica en los procesos de responsabilidad médica; por ello, un adecuado diligenciamiento es un deber que se encuentra estipulado en la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, y su decreto reglamentario, además de otras resoluciones. En virtud de la normatividad que regula este documento, la historia clínica se define como el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente y se le da el carácter de documento privado sometido a reserva.

Por consiguiente, se considera un documento con un gran peso probatorio que pudiera resultar indispensable en procesos de responsabilidad médica, ya sean procesos patrimoniales o sancionatorios. En consecuencia, este protocolo permite averiguar qué fue lo que ocurrió en una determinada atención médica, además de conocer las condiciones de salud del paciente, las patologías, diagnósticos, tratamientos recibidos e, igualmente, las conductas que tuvieron cada uno de los profesionales médicos que participaron en la atención.

En procesos de responsabilidad civil médica, la historia clínica se considera un documento clave para probar el compromiso médico, pues este, junto con la prueba pericial, resuelta siendo uno de los elementos más idóneos para acreditar la relación de causalidad entre la actuación culposa o dolosa del profesional médico y el daño sufrido por el paciente, ya que sirven para verificar si el galeno ajustó o no su conducta a los postulados de la *lex artis*.

En las altas cortes se ha discutido lo relacionado al adecuado diligenciamiento de la historia clínica, pues se han analizado casos en los que no se cuenta con un adecuado registro de ella o incluso casos en las que ni siquiera existe.

Vale la pena mencionar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de marzo de 2016, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, donde la Corte afirmó que, en el marco de un proceso de responsabilidad civil médica, quien alega la culpa del galeno es al que le corresponde demostrarla. Sin embargo, gracias a la interpretación que se ha hecho del principio de la carga de la prueba en sentido dinámico, la parte que esté en mejores condiciones y posibilidades de demostrar la verdad dentro del proceso es a la que le corresponde allegar las pruebas. De manera puntual, en casos de responsabilidad médica, se cuenta con la prueba documental de la historia clínica que tiene una importancia vital gracias a su valor probatorio, motivo por el que la omisión de un correcto diligenciamiento de la historia clínica puede servir de indicio en contra del médico en el momento de la declaratoria de responsabilidad de los involucrados. Además, la Corte indica que, incluso la omisión por parte del eventual responsable de allegar al proceso la historia clínica, permite deducir una mala praxis médica.

La Corte se expresó en los siguientes términos:

Se resalta lo anterior por cuanto la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa - débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo- viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. Lo que se traduce en que su análisis resultará de una importancia inusitada a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no solo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino

fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podrá servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, SC2506-2016, 2016, págs. 47-48).

Los anteriores argumentos esbozados por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia antes citada, no fueron compartidos por el Magistrado Ariel Salazar Ramírez, quien aclaró su voto. La posición que tiene este Magistrado consiste en que no debe generarse una presunción de responsabilidad del demandado en los procesos civiles de responsabilidad médica a partir de la ausencia de la historia clínica por inversión de la carga de la prueba.

De manera puntual su argumento fue el siguiente:

... no hay ninguna razón jurídica para afirmar que la ausencia de la historia clínica genera per se una especie de presunción de responsabilidad del demandado por inversión de la carga de la prueba, porque tal situación solo podría ser valorada como un indicio, tal como ocurre cuando los datos contenidos en tal documento son deficientes o inexactos.

... El dogma de la carga de la prueba, por tanto, está siempre referido a los presupuestos fácticos del precepto jurídico aplicable y estos únicamente son expresados por la norma sustancial, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo. De ahí que siendo la doctrina de la carga de la prueba una parte de la teoría de la aplicación del derecho, los detalles de la distribución de esa carga únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que se esté aplicando o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.

... 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, 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 abstracta, es decir está dada de manera a priori y el juez no puede desconocerla sin que altere el mandato de la ley.

... El deber de suministración de las pruebas no deriva de la justicia conmutativa -como sí lo hace la regla de la carga material u objetiva de la prueba-, sino de la justicia distributiva que autoriza al juez a imponer la obligación de aducir las pruebas a la parte que esté en mejor condición de proveerlas; no está dirigido al juez 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 de convicción que se requieren; y su inobservancia no apareja la negación de la consecuencia jurídica que la norma sustancial consagra, sino un indicio que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas.

... la aseveración que es materia de esta aclaración de voto, según la cual la ausencia de la historia clínica aparejaría una deducción de “mala praxis médica” por inversión de la carga de la prueba, no es más que una impropiedad teórica con desacertadas repercusiones en la práctica, pues la omisión de una de las partes de su deber de aportación de una determinada prueba no tiene la aptitud de invertir o distribuir la carga de la prueba, sino que comporta siempre y en todos los casos un indicio que ha de valorarse según las reglas de la sana crítica. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, SC2506-2016, 2016, págs. 47-48).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el hecho de que dentro de un proceso judicial la parte no aporte la historia clínica o que el aporte

incompleto, ha aceptado esta omisión como un indicio en las pruebas indirectas de la responsabilidad.

En la sentencia que ya había sido referida del 31 de agosto 2006, Consejera Ponente Ruth Stella Correa, se adelantó un caso sobre una acción de reparación directa contra una institución hospitalaria por una presunta falla del servicio médico que produjo la incapacidad total de un paciente menor. A pesar de que en esta oportunidad la entidad no se declaró responsable, porque el daño no era atribuible al equipo médico, sino a las condiciones fisiológicas y a la enfermedad de base del paciente, la Sala, dentro de la parte motiva de esta sentencia y por tratarse de la imputación del daño a una falla médica, expuso brevemente la jurisprudencia referente al régimen de responsabilidad por el servicio médico. Allí recordó que, en materia de responsabilidad médica, deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, por lo tanto, se puede hacer uso de la prueba indiciaria.

Esta corporación afirmó lo siguiente:

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez solo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, que les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos, y en consecuencia, el juez, en la sentencia, bien puede hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del

Código de Procedimiento Civil establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

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

Por eso, de manera reciente, la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño (Consejo de Estado, Expediente 15772, 2006, págs. 20 - 21).

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia del 20 de octubre de 2014 (págs. 14-15), Consejera Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz, también discutió la relevancia de la historia médica en procesos de reparación directa, en la que se estudia una posible falla médica en el caso de una paciente que recibió un diagnóstico equivocado, gracias a los registros de su historia clínica, oficios y comunicaciones aportadas, se logró acreditar que la paciente fue atendida correctamente según el padecimiento que presentaba, por lo que la entidad no fue condenada. En la parte

motiva, esta sentencia reiteró lo expuesto en la providencia anterior y recordó que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede hacer uso de todos los medios probatorios legalmente aceptados, incluyendo la prueba indiciaria. Por lo anterior, la sala consideró que la no aportación de la historia clínica, o el suministro de ella de manera incompleta, puede llevar a que el juez deduzca indicios de esa conducta procesal.

Esta posición la comparte el doctrinante Peyrano (2004), al indicar:

Por supuesto que el desplazamiento atípico del “onus probandi” que importa la aplicación de la doctrina de las cargas dinámicas, funciona de ordinario respecto de determinados hechos o circunstancias y no de todo el material probatorio fáctico. Ello implica que tal aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan solo parcial, conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios (págs. 753 - 758).

De conformidad con lo anterior, tanto la jurisdicción civil como la contencioso administrativa reconocen que las normas procesales se quedan cortas frente a la realidad que se vive en los escenarios judiciales, pues no brindan herramientas en el momento de enfrentarse a casos difíciles o atípicos en los que el principio de la carga estática no es suficiente. La normatividad procesal no se podía quedar atrás, y en ese aspecto la comisión redactora del Código General del Proceso vio la necesidad de consagrar normativamente el dinamismo probatorio.

### **2.2.2 Adopción normativa del dinamismo probatorio por parte de estatuto procesal.**

Además de las referencias suministradas por la jurisprudencia y la doctrina, poco se puede observar como antecedente normativo en las gacetas oficiales del curso del trámite legislativo; sin embargo, en el proyecto de ley del Código General del Proceso,

se encuentra el motivo por el cual se quiso introducir esta figura en la normatividad procesal:

El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y esta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho (Ministerio del Interior y de Justicia., 2011).

Con la adopción de esta figura predomina una visión política que se debía adoptar por parte de la comisión redactora del Código General del Proceso, y que refleja una concepción ideológica concebida hoy en día como el Estado Social de Derecho. Aquí el proceso se crea como un método de conocimiento de la verdad más que como una lucha de fuerzas, pues el principio de la solidaridad juega un papel importante en el que se invita a las partes a colaborar con la administración de justicia. Sin duda, en el proceso prevalece un criterio solidario que es visto como una comunidad de trabajo que busca la verdad y administra justicia.

Hoy en día, el proceso busca la efectividad de principios como lo son la solidaridad, la igualdad de las partes, la lealtad y la buena fe procesal, que conciben la actividad de las partes en términos de colaboración para que la parte que pueda probar

un determinado hecho lo haga, y no tener esa visión irrestricta según la cual quien lo alega debe probarlo.

Este sistema es propio de procesos en los que la sana crítica es determinante en el momento de tomar decisiones, pues se le confiere al juez la posibilidad de interpretar la ley y hacer valor los principios. Más que orientarse en la legalidad de la decisión, al aplicar las normas apropiadas en cada caso, la mirada se enfoca hacia la justicia y en la búsqueda de la verdad sustancial a través del decreto de pruebas de oficio o la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Esto es lo que se conoce como activismo judicial que es muy característico en el Código General del Proceso.

Desde este concepto, vale la pena recordar lo dicho por el italiano Calamandrei (1955), que invita a que el proceso judicial sea concebido como un método de conocimiento de la verdad en estos términos: “El proceso es, en primer lugar y bajo un prisma teológico, un método de cognición, esto es, de conocimiento de la verdad, y de que los medios probatorios que nosotros estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para alcanzar y para fijar la verdad” (págs. 461-492). Sin duda, la verdad a la que se refiere es la verdad material.

El dinamismo probatorio se consagró por primera vez en el ordenamiento jurídico con la expedición del Código General del Proceso y es la segunda regla consagrada en el artículo 167 del estatuto procesal, ya que como se referenció antes, la primera corresponde a la noción clásica de la carga de la prueba.

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 (Ley 1564, 2012).

Si con la aplicación de la primera regla, es decir, la noción clásica de la carga de la prueba, no se logra efectivamente administrar justicia, en el momento de decretar pruebas, que sin duda sería el escenario ideal, o antes de emitir su fallo, el juez de oficio o a petición de la parte puede disponer que la parte que esté en mejor posición de hacerlo allegue al proceso elementos probatorios con el fin de verificar la existencia de los hechos controvertidos en el proceso.

### **2.2.2.1 Análisis de la literalidad de la norma**

Con el fin de tener una adecuada claridad, es pertinente realizar un análisis de la literalidad de la norma para conocer los posibles problemas que pueden presentarse al tener un amplio margen de interpretación.

- El dinamismo probatorio debe ser aplicado de manera excepcional.

Lo primero es indicar que al legislador permite la aplicación del dinamismo probatorio de manera excepcional, así: “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga...” (Ley 1564, 2012). El juez tiene la autorización legislativa para dinamizar la carga que en principio le corresponde a una parte, esto con el fin de asignarle a la parte contraria su colaboración con el recaudo o producción de la prueba, y también para recurrir al principio de equidad correctora del ordenamiento en casos excepcionales cuando la carga estática sea excesiva y pueda propiciar la adopción de una decisión injusta.

La aplicación de la figura debe ser excepcional, y no puede dar lugar a normas jurídicas de aplicación general, sino a reglas particulares para la solución del caso en concreto; por la misma razón, las decisiones referidas a tal dinamización, no pueden constituir precedentes obligatorios, que como vimos ocurrió con el Consejo de Estado toda vez que en cierto periodo aplicó la carga dinámica para sustentar la idea de que primaba un sistema de culpa presunta, o más bien, de falla del servicio presunta, en contra del profesional médico. Dicha postura se fue generalizando al punto de entender

que cuando se discutía en el escenario judicial la responsabilidad médica, se estaba bajo un sistema que presumía la falla.

Por lo tanto, la dinamización de la carga de la prueba no puede significar “una modificación” en la aplicación del derecho sustancial al punto que, por ejemplo, el demandado deba probar, o más bien desvirtuar, los supuestos de la acción iniciada en su contra.

➤ Análisis de los supuestos que la norma consagra para considerar que la parte, que en principio no debía probar, tiene una mejor facilidad probatoria.

La norma consagró supuestos para facilitar la aplicación. Este no es un listado cerrado, sino unas situaciones específicas en las que a la parte que le correspondería probar le queda difícil mientras que la contraparte cuenta con esa facilidad probatoria.

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 (Ley 1564, 2012).

Es importante mencionar que el criterio para acudir al dinamismo probatorio en un determinado caso es “la mejor posición para probar”. El juez podrá ejercer sus poderes de instrucción cuando objetivamente se haya constatado que la parte que tiene la carga de la prueba le queda difícil y, en consecuencia, su contraparte sí tiene la facilidad o disponibilidad probatoria que se requiere. Por ser una situación de excepción, el juez debe verificar que efectivamente hay una mejor disponibilidad probatoria.

Asimismo, la norma ofrece ejemplos de cuándo se podría estar ante esa “mejor posición probatoria”. Cada uno de estos criterios orientadores podrían parecer claros, pero, sin duda alguna, en la práctica jurídica no resultan sencillos de establecer al momento de la aplicación. Veamos:

El primer criterio es la “cercanía con el material probatorio” que se refiere a la disponibilidad, que está ligado con el siguiente que consagra el artículo, y que sería el segundo criterio: “por tener en su poder el objeto de prueba”. El artículo hace referencia a que en ciertas ocasiones una de las partes tendrá a su disposición los medios probatorios adecuados para aclarar lo que se debate. Por ejemplo, si se alega el pago de una obligación dineraria, pareciera lógico que le resulte más fácil a la parte que pagó acreditar la extinción con el comprobante de la consignación o transacción.

Otro de los criterios orientadores es que la parte que cuente con “circunstancias técnicas especiales”. Se considera que está en mejor posición de probar toda vez que facilita la discusión de temas que requieren ciertos conocimientos avanzados. Un ejemplo de este caso, es en el que se debata un eventual incumplimiento contractual de responsabilidad en una construcción; la empresa demandada, que en este caso sería la constructora, tiene en principio más facilidad de aportar un concepto realizado por un experto en la materia y posibilitarle al juez un conocimiento técnico para emitir un fallo.

Un ejemplo de esto en un proceso de responsabilidad civil médica, se encuentra en el auto del 2 de febrero de 2019 del Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín, en el que se fija fecha para audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento, y decreta pruebas.

El juzgado dispuso que en este caso opera la carga dinámica de la prueba:

Atendiendo a que los demandados como profesionales e instituciones médicas que le prestaron los servicios de salud al accionante, son los que se encuentran en mejor posición para probar si la atención médica, quirúrgica y hospitalarias prestadas se ajustaron a los cánones médicos y para determinar si como lo afirma los accionados, la lesión producida en el nervio femoracutáneo del demandante es ajena al servicio de salud.

En este auto, el juzgado solicitó a la parte demandada aportar un dictamen rendido por médico especialista en urología, refirió las preguntas que debía resolver en

la prueba técnica y dio la posibilidad de que todas las partes formularan las preguntas que consideraban pertinentes. También el juzgado manifestó que las partes debían colaborar en la elaboración de la prueba y poner a disposición del perito la información requerida so pena de apreciar tal comportamiento como un indicio. Se considera que en este caso el juez no motiva correctamente su decisión, pues, aunque más adelante se desarrollará con profundidad el tema, el solo hecho de contar con conocimientos médicos no implica que se está en una mejor posición para probar, máxime si el demandante cuenta con muchas oportunidades para lograr acreditar sus pretensiones, y en el presente caso, no aportó un dictamen de parte ni solicitó la comparecencia de testigos técnicos, lo que, desde el punto de vista probatorio, se traduce en una falta de diligencia por parte del apoderado quien evidentemente tuvo una actitud pasiva.

El siguiente criterio es “por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio”, sin embargo, es un criterio vacío que no dice nada, pues se supone que las partes tienen que haber intervenido en los hechos objeto de litigio para tener legitimación en la causa, que es un presupuesto procesal indispensable dentro del proceso.

Ahora bien, puede pensarse en el caso de que el paciente, así haya intervenido en los hechos, no se encontraba consciente como ocurre en los casos en que es sometido a una intervención quirúrgica donde se requiere de anestesia. El paciente efectivamente está ahí, en el lugar de los hechos, pero su estado de inconsciencia no le permite conocer lo que ocurre a su alrededor. En este caso sí resultaría pertinente que se le solicite al personal médico que intervino en la atención, un esfuerzo probatorio más activo para ayudar a esclarecer lo ocurrido, sin olvidar que la historia clínica en estos casos resultaría siendo clave para un adecuado entendimiento del caso, ya que ésta es la bitácora que permite conocer el paso a paso de la atención médica.

El último criterio en el que se considera que se está en mejor posición probatoria, es por el “estado de indefensión o de incapacidad en la que se encuentre la contraparte”. Claramente el legislador busca que el juez considere la aplicación del

principio de la igualdad entre las partes, lo que resulta un criterio muy impreciso que se presta para que el operador jurídico le dé alcances interpretativos a su antojo. Aquí pudiera pensarse que caben supuestos de partes procesales con evidentes dificultades económicas, esto es, que no cuentan con los recursos suficientes para sufragar gastos del proceso como por ejemplo un dictamen pericial, aunque para eso existen otras medidas consagradas en el Código General del Proceso.

Tanto en la normatividad procesal anterior, esto es, el Código de Procedimiento Civil, como en el Código General del Proceso se consagra el amparo de pobreza, que es la figura que tiene procedencia cuando la persona no está en la capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y de las personas a quienes por ley deben alimentos. La persona incluso puede que no cuente con los recursos para llevar al proceso un dictamen pericial que puede ser costoso, pero si solicita el amparo debidamente justificado y el decreto de un dictamen pericial, el juez determina el amparo de pobreza y la práctica del dictamen; además ordena que el pago se realice por las demás partes procesales.

Frente a este punto, y a manera de ejemplo, se menciona el auto del Juzgado 12 Civil Municipal de Medellín del 3 de julio de 2018 en el que se discutió un proceso de responsabilidad médica y se dio aplicación a la carga dinámica de la prueba. En este auto el juzgado consideró que, en virtud del amparo de pobreza que se le concedió a la parte demandante, no podía incurrir en gastos, adicionalmente, se evidencia la necesidad de un dictamen pericial que el juez decreta que se realice. El operador judicial da aplicación a la carga dinámica y le ordena a la parte demandada sufragar los gastos; asimismo, le ordena a la parte demandante hacer las gestiones para que se encargue de hacer llegar a la entidad que rendirá el dictamen las copias de la historia clínica.

Al final de este derrotero de ejemplos, la norma consagra la posibilidad de que se dé aplicación a esta figura en caso de “otras circunstancias similares”, y le da al juez la posibilidad de que ejerza una labor interpretativa, se oriente por los criterios ya dados e imponga la carga de colaborar con la prueba a quien en principio no la tenía. Como se

dijo en los anteriores casos, el juez requiere de un adecuado sustento para aplicar la figura del dinamismo probatorio de tal forma que quede completamente motivado y demostrado que la parte que en principio no tiene la carga de probar, ostente una posición de ventaja que le permite tener un papel activo en la obtención de la prueba.

➤ La aplicación de la figura puede darse por decisión oficiosa del juez o por solicitud de las partes.

También es pertinente indicar que, como bien lo expone el artículo en su literalidad, no solo el juez puede dinamizar la carga de la prueba por iniciativa propia cuando al seguir la regla general no cuente los elementos probatorios suficientes para poder fallar, sino que también la parte, cuando se considera en situación de desventaja o imposibilidad probatoria, le puede solicitar al juez que dé aplicación a esta figura para que requiera a su contraparte y le solicite aportar elementos probatorios al proceso.

El juez debe realizar un análisis juicioso para determinar si con los elementos probatorios que se cuenta, habrá un acercamiento a la realidad de los hechos y así poder determinar cómo va a ser la dinámica probatoria para evitar sorprender a la parte cuando no tenga la oportunidad de ejercer su derecho de defensa adecuadamente, porque es claro que la parte, ya sea en la demanda o en la contestación, planea su estrategia respaldada en elementos probatorios que considera pertinentes para que su interés triunfe.

Es importante que la parte que solicita la aplicación de la carga dinámica de la prueba cumpla con un trabajo argumentativo serio, en el que exponga muy bien porqué se encuentra en una condición de franca desventaja, logre persuadir al juez y no se frustre su petición.

➤ El momento propicio para dar aplicación a esta figura.

Siguiendo con la literalidad de la norma se consagra que el juez puede dar aplicación a la figura durante la práctica de pruebas o en cualquier momento del proceso antes de fallar.

Ahora bien, respecto de cuándo se debe dar la aplicación de esta figura, surge la pregunta: ¿por qué la aplicación de ésta debe hacerse antes y no en la sentencia misma?

Anteriormente sin la consagración normativa de la figura no había claridad sobre cuándo debía emplearse y en algunas ocasiones se aplicó al momento del fallo. Esto permitió que el juez, en medio de la sentencia, pensara que a la contraparte, que en principio no tenía la carga de probar, era a quien le quedaba más fácil probar, y al no hacerlo se fallaba en contra de sus intereses. Dar aplicación a la carga dinámica de la prueba al momento del fallo claramente resultaba violatorio del derecho de defensa, ya que, sin duda alguna, la parte actuaba durante el proceso de determinada manera sin saber que en la sentencia el juez le iba a exigir un comportamiento distinto y, por lo mismo, ya no tenía oportunidad de cumplirlo.

Así lo expone el doctrinante Cruz Tejada (2015), al afirmar que resulta cuestionable cuando “el juez recurre a la institución de la carga de la prueba una vez se ha agotado el debate probatorio, es decir en el momento de proferir sentencia. ¿Cómo puede proceder para distribuir la carga de la prueba de manera previa al juicio de valoración probatoria?” (pág. 404) ¿sin dársele a la parte la oportunidad de defensa?

Se considera que la comisión redactora de la norma hizo bien al consagrar que la aplicación a la figura se debía dar antes del fallo, y así cuidar que a las partes no se les vulnerara el derecho al debido proceso.

Ahora, sobre cuál es el momento apropiado para que el juez dinamice la prueba, se considera que debe ser cuando se decretan las pruebas para que la parte sepa cuáles son las reglas del juego y, por consiguiente, cómo debe ser su comportamiento en el debate probatorio para tratar de que sus intereses salgan triunfantes. Aun así, la norma le da total libertad al juez de hacerlo en cualquier momento antes del fallo.

Por la misma razón, la decisión que tome el juez frente a esto debe ser expresa, anterior al fallo y recurrible.

- La decisión de dinamizar la carga es objeto de recurso de reposición.

Resulta acertado que el legislador considerara que la decisión de acudir a la carga dinámica fuera objeto de recurso, ya que cuando se da la aplicación, el juez le ordena a la parte, que en principio no le corresponde probar determinado hecho, agotar sus esfuerzos para que esto sea posible, pero puede ser que esa parte no comparta la postura del juzgador porque efectivamente no le queda más fácil probar. Por esta razón, la consagración normativa permite que la decisión del juez sea recurrible vía de recurso de reposición por no haberse consagrado la posibilidad de apelación ni en la norma que consagra la figura, ni en el artículo 321 del Código General del Proceso que trae un listado de autos susceptibles de este recurso, ni ningún otro artículo de la normatividad procesal. A la parte a la que el juez le impone esta carga, que se insiste debe ser una decisión motivada por ser la excepción a la regla general, se le da un término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual debe ser sujeta a contradicción como lo deben ser todos los elementos probatorios, incluso, los decretados de manera oficiosa.

Respecto a la procedencia del recurso de reposición, y no de apelación frente al auto que da aplicación a la carga dinámica de la prueba, se considera pertinente aludir al auto del Tribunal Superior de Medellín, en donde se resolvió un recurso de queja toda vez que el recurso de apelación fue negado al solicitarse la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Se trata de un auto de la sala unipersonal de decisión, Magistrada Martha Cecilia Lema, del 12 de abril de 2019, en la que se discutió el tipo de recurso procedente. El proceso verbal que cursaba trataba de un caso de responsabilidad civil médica urológica. En el momento de decretar pruebas, la parte actora de la demanda solicitó al juzgado que se diera aplicación a la figura de la carga dinámica de la prueba con el fin de que fuera la parte demandante la que demostrara la existencia del nexo causal o, lo que sería más lógico, la ausencia de él.

El Tribunal Superior de Medellín (2019) consideró bien negado el recurso de apelación toda vez que éste obedece al principio de taxatividad, por lo que solo son apelables los asuntos que el legislador previamente haya estipulado y, además, el recurso de apelación no es procedente tampoco de conformidad con el artículo que consagra la figura de la carga dinámica de la prueba ni en otro de la normatividad

procesal; por lo tanto, lo que opera es el recurso de reposición. Además, resaltó que tampoco operaba el argumento de que al negar la aplicación de esta figura también lo estaría haciendo con la práctica de una prueba, pues esta decisión sí sería apelable; consideró que el juez de primera instancia no negó la práctica de una prueba en concreto para demostrar un hecho en especial, sino que negó la aplicación de la figura de la carga dinámica.

Se resalta que el Tribunal destacó que el régimen probatorio aplicable en casos de responsabilidad civil médica es la culpa probada, por lo que era a la parte actora a la que le correspondía probar los elementos de la responsabilidad, motivo por el cual, en este caso, no era procedente que se diera aplicación a la figura de la carga dinámica respecto del nexo causal, ya que, aunque era cierto que la parte demandada se encontraba en una mejor posición probatoria, por ser el nexo causal un elemento axiológico de la responsabilidad civil, debía ser el demandante el que probara la existencia el mismo.

En este orden de ideas, lo procedente es el recurso de reposición y no el de apelación frente a la decisión del juzgador de dar aplicabilidad a la figura de la carga dinámica de la prueba.

#### ***2.2.2.2 Aspectos constitucionales de la carga dinámica de la prueba***

Es preciso resaltar que el artículo 167 del Código General del Proceso fue demandado en sede constitucional, y la Corte Constitucional lo analizó en Sentencia C-086 de 2016. La demanda considera que la expresión “podrá”, contenida en la norma acusada: “otorga al juez discrecionalidad para la distribución de la carga de la prueba entre las partes cuando, en realidad, de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, tal proceder es una obligación”.

Para el actor la palabra “podrá” debería ser cambiada por “deberá”, al igual como se hizo con la prueba de oficio cuando en el antiguo Código de Procedimiento Civil el juez podía decretarla, pero ahora, con el Código General del Proceso, es un deber.

La Corte (Sentencia C-086, 2016) consideró que:

Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.

A juicio de la Corte Constitucional, la figura de la carga dinámica favorece el equilibrio entre la función del juez y las cargas procesales que tienen las partes, de tal modo que se le otorga al funcionario judicial la facultad de hacer un ejercicio de ponderación, cuando se enfrenta a casos difíciles en términos probatorios, que le permite hacer una distribución razonable de la prueba.

Por consiguiente, la Corte Constitucional manifestó que con la consagración normativa de la figura de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso, claramente se abandona la concepción dispositiva del proceso y surge la teoría de las cargas dinámicas, fundamentada en los principios de solidaridad, equidad, lealtad y buena fe procesal, en la que el postulado “quien alega debe probar” cede su lugar a “quien puede debe probar”. Esta idea del dinamismo probatorio nace de la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad, por eso la Corte considera que la teoría dinámica no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, lo que busca es complementarla o perfeccionarla.

Otra sentencia de la Corte Constitucional que vale la pena mencionar, a pesar de ser anterior a la consagración normativa de la figura, es la Sentencia T-423 del 17 de mayo de 2011, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez.

En esta oportunidad, la Corte se refirió a la aplicación de este principio en sede de tutela, y manifestó:

En sede de tutela, la regla según la cual corresponde al accionante probar todos los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo, debe

aplicarse de manera flexible porque, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, este solo debe probar aquellos hechos que le sea posible demostrar. Cuando el demandado se encuentra en mejores condiciones para probar determinado hecho, así debe hacerlo. En todo caso, el juez debe hacer uso de sus poderes oficiosos para conocer la realidad de la situación litigiosa de manera que no solo está facultado para pedir informes a los accionados respecto de los hechos narrados en el escrito de tutela, sino que está obligado a decretar pruebas cuando persisten las dudas respecto de los hechos del caso estudiado.

De manera reciente, la Corte Constitucional, sala novena de revisión, en sentencia del mes de diciembre de 2019, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, se refirió nuevamente a la figura de la carga dinámica de la prueba, aunque en si la sentencia se centra en el decreto de la prueba de oficio. El debate en este caso se centró en el hecho de que la entidad financiera demandada al momento de contestar la demanda incurrió en una falta de diligencia relevante para sustentar su teoría del caso ya que debió aportar prueba del contrato de leasing en el cual fundamentaba sus excepciones.

En dicha oportunidad, la Corte recordó que el elemento fundamental de los procesos de carácter civil reside en la imparcialidad de su resolución, donde no rija la preferencia por una de las partes, lo cual se respalda en el artículo 4 del Código General del Proceso según el cual el juez deberá hacer uso de los poderes que el código le otorga para lograr la igualdad de las partes. Indica la Corte que las facultades del juez deben usarse para aminorar las diferencias y no para agudizar las asimetrías propias de las sociedades contemporáneas.

La Corte en esta sentencia también manifiesta que en virtud del principio de lealtad procesal las partes tienen la carga de anticipar los medios de prueba para ser reconocidos durante el juicio y, el juez, al asegurar el rigor en este paso del proceso, garantiza la publicidad de juicio, se eliminan prácticas dilatorias, se evita que se sorprenda a la contraparte y propicia un debate en igualdad de condiciones.

En el acápite puntual de la carga de la prueba, la Corte manifiesta que estas facultades oficiosas del juez deben ejercerse de manera armónica con los principios que gobiernan la actividad judicial, es decir, como herramienta para garantizar la igualdad de las partes, la lealtad procesal, sin afectar la imparcialidad e independencia del juez. Se considera que el juez debe buscar la verdad de los hechos objeto de debate, pero sin incurrir en la ruptura de las cargas procesales de las partes y sin corregir la actividad probatoria de quien ejerce o resiste la acción. Además, resaltó que la regla de la carga dinámica de la prueba corresponde a la actividad de las partes en el proceso, es decir, atiende a que la parte que puede probar y tiene acceso a la prueba, así debe de hacerlo.

Para finalizar con este acápite, se ha afirmado que una las razones por las que se permite la aplicación de la figura de la carga dinámica es por ser un contrapíe al ejercicio abusivo del derecho de defensa.

Así lo manifestó la Corte Constitucional (Sentencia C-475, 1997) al indicar que:

El derecho a la defensa admite restricciones destinadas al logro de una finalidad legítima de la misma entidad que el derecho que se restringe, siempre que no afecte su contenido esencial y que se trate de limitaciones útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas a los beneficios que se busca alcanzar. Frente a la tensión del derecho de defensa y el derecho a la justicia no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo.

En definitiva, para la Corte resultaría abusivo del derecho de defensa no colaborar con la administración de justicia dejando de aportar pruebas, sabiendo que si las aporta facilitaría la solución del caso, con el único fin de defenderse de una posible condena y propiciar una dilación injustificada del proceso.

### **3. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DINAMISMO PROBATORIO: PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA**

Se considera que la dificultad más grande que representa la figura de la carga dinámica de la prueba es cómo el operador jurídico debe entenderla y darle una adecuada aplicación. En este capítulo se pretende transmitir cual debe ser el adecuado entendimiento del asunto y sugerir criterios para una óptima comprensión que procure el respeto de los principios procesales y constitucionales.

#### **3.1 EL SIGNIFICADO DE CARGA PROCESAL COMO PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA COMPRENDER LA FIGURA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA**

Aunque antes se hizo una breve referencia a este punto, la noción actual de carga procesal ha sido entendida 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” (Couture, 1958, pág. 273). Esto, aplicado al concepto de carga de la prueba, significa que quien no haya probado en el proceso los hechos que alega cuando le corresponde hacerlo, deberá sufrir una consecuencia desfavorable. Por consiguiente, el juez deberá imponer la consecuencia gravosa a la parte que debiéndolo hacer, no probó.

El concepto de la carga de la prueba resulta más fácil entenderlo en la sentencia, cuando al final del proceso el juez decide a favor de quien se debe fallar por no acreditar plenamente un hecho. Así lo expone Liebman (1980, pág. 294), al afirmar que la regla de la carga de la prueba adquiere su relevancia en el momento en que el juez hace el juicio de valoración y se dispone a decidir toda vez que es en este momento cuando obtiene las consecuencias de la falta de prueba, esto es, que la carga de la prueba no consiste en determinar quién debe probar qué hecho, sino en indicar quién tiene el interés jurídico en que resulte probado determinado hecho.

La concepción actual de carga de la prueba elaborada principalmente por Leo Rosenberg (2004) en Alemania y Devis Echandia (2006) en Latinoamérica concibe la carga de la prueba como una facultad de obrar en beneficio propio, sin coacción, con una conveniencia propia, y no como deber jurídico.

Asimismo, se encuentra el principio de autorresponsabilidad, según el cual la parte debe disponer la prueba de los hechos que beneficia al proceso, ya que si no lo acredita, recibirá una decisión desfavorable. En consecuencia, la parte puede optar por tener una total o parcial inactividad probatoria por su cuenta y riesgo.

Devis Echandía (2006) afirma que:

La carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite el hecho que constituye su objeto, porque en virtud del principio de comunidad de la prueba, (cfr., núm. 31, punto 4º), esta surte todos sus efectos quienquiera que la haya suministrado o pedido, e incluso si proviene de la actividad oficiosa del juez. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado (...) En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponda llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba, y por consiguiente, el riesgo de que falte (pág. 463).

El concepto de carga contiene un precepto dirigido a las partes que les indica quién tiene interés de que se prueben determinados hechos y, correlativamente, quién asumirá la consecuencia de que no queden acreditados; asimismo, es una regla de juicio que le da directrices al juez de cómo fallar cuando no se encuentren en el proceso pruebas que le den certeza de los hechos objeto de litigio. En últimas, lo que le interesa al juez es que exista la prueba sin importar quien la aporte, y por esto no resulta preciso afirmar que la carga de la prueba determina quién debe probar qué hecho, ya que realmente lo que señala es quién tiene interés jurídico en que algo

resulte probado. En este sentido, la noción de la carga de la prueba es una regla de juicio para el juzgador y la distribución entre las partes del riesgo de la falta de prueba.

Fernández López (2006) alude a lo manifestado por el jurista italiano Francesco Carnelutti quien afirma que la carga de la prueba

Se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición. También la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción. (...) y se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia (pág. 93).

En este orden de ideas, la carga de la prueba es una facultad, al no existir sanción alguna por no hacerlo, de la que goza la parte para obtener dentro de un proceso judicial una ventaja probatoria en la medida en que puede aportar al debate todos los elementos de prueba que considere necesarios para respaldar sus pretensiones.

En palabras de Fernández López (2006)

Cuando el ordenamiento jurídico establece una distribución entre las partes de los hechos que cada una de ellas debe probar – deber en sentido técnico o estratégico, no jurídico –, no está generando una obligación a cargo de cada una de ellas, sino que les está confiriendo un poder que sólo se ejercerá cuando deseen, esto es, cuando lo consideren necesario para tutelar sus intereses (pág. 93).

La carga dinámica de la prueba, sin desconocer que es una regla de conducta para las partes, es una institución de carácter funcional en el proceso que debe ser aplicada por el juez al ser una regla de juicio. El Código General del Proceso, como norma procesal, les permite a las partes colaborar activamente con la prueba, incluso aportándola con la demanda o contestación. En el momento del decreto de pruebas, lo

normal es que el juez ya cuente con un material probatorio importante que le permite saber si resulta suficiente para el esclarecimiento de los hechos cuando estos sean sometidos a contradicción; o dicho de otro modo, casi al inicio del proceso el juez sabe si cuenta o no con prueba esclarecedora y suficiente que le permita decidir el objeto de litigio, por eso solo en escasas situaciones se debe dar aplicación de la figura de la carga dinámica con la finalidad que en virtud del deber de colaboración, la parte que no tiene la carga de la prueba, aporte los elementos que tiene en su poder o pueda conseguir.

Con base en lo anterior, no puede afirmarse que el incumplimiento de una carga procesal produce una sanción, entendida esta como castigo por su inobservancia, sino que acarrea una omisión en la verificación de un requisito procesal. Si el cumplimiento de una carga procesal constituye una condición para que la parte consiga satisfacer su propio interés, resulta lógico que la insatisfacción tenga como efecto que el interesado no alcance esta finalidad.

Como se resaltó antes, resulta importante entender que la carga de probar se refiere al imperativo según el cual se busca evitar que haya incertidumbre respecto de la ocurrencia de un hecho, por lo que se pretende satisfacer el estándar de prueba para que el juez pueda llegar a una decisión. Por su parte, el deber de colaboración no se refiere a cómo decidir en casos de incertidumbre, sino que representa una exigencia de contribuir o cooperar con el esclarecimiento de los hechos, al requerir a la parte que se encuentre en mejor posición de hacerlo para que aporte la información relevante necesaria para un acercamiento a la verdad. Así, si la parte no colabora, su conducta se apreciará como un indicio en contra, pero si cumple con su deber de colaborar, no podrá el juez decidir en su contra en caso de que la incertidumbre se mantenga por el solo hecho de encontrarse en una mejor posición para probar.

La propuesta de entendimiento respecto a la normatividad procesal vigente en nuestro ordenamiento jurídico, es comprender que con la consagración del 167 del Código General del Proceso se busca que las partes colaboren activamente en la búsqueda de la verdad material, y que en caso de que alguna tenga más facilidades

probatorias, ésta debe colaborar para que el acercamiento a la realidad de cómo ocurrieron los hechos sea posible. Por lo tanto, esta forma de entender el dinamismo probatorio que involucra el deber de colaborar y de producir evidencia por ambas partes, no implica una inversión de la carga de la prueba.

### **3.2 LA APLICACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA NO DEBE SER SINÓNIMO DE UNA PRESUNCIÓN DE CULPA**

Una de las preguntas que surgen al leer la norma y también al conocer la aplicación que se le ha dado a la figura es saber si el juez, cuando aplica la carga dinámica, está ante una presunción de culpa o, en un escenario más grave, frente a una presunción de responsabilidad.

La responsabilidad civil médica es un campo muy técnico, de ahí que el abogado de la parte deba buscar asesoría médica para entender las circunstancias que rodearon los hechos y definir si se está ante una eventual responsabilidad. Por lo tanto, es perfectamente factible encontrarse con casos fáciles en los que al paciente le resulte posible acreditar los elementos que fundamenten la responsabilidad e, incluso, atender todas las facilidades probatorias introducidas en la nueva norma del Código General del Proceso, como son la posibilidad de que la parte aporte un dictamen pericial, en el que se acredite la falta de diligencia y cuidado del galeno, y, en caso de no contar con los recursos para el pago del dictamen, solicitarle al juez el amparo de pobreza para que designe una entidad que lo realice y redistribuya el pago entre las demás partes del proceso; además, el médico demandado también puede con su contestación aportar una prueba técnica, ya sea para desvirtuar la de la demanda o para sustentar la estrategia de defensa. Adicionalmente, no se puede olvidar que tanto demandante como demandado pueden citar a las personas que intervinieron en los hechos, esto es, a los testigos que en su mayoría, por tratarse de temas médicos, tendrían la calidad de testigos técnicos y que aportarían claridad para que el juez, los abogados y las partes del proceso tengan un adecuado entendimiento de los hechos.

Es claro que ese es el escenario ideal, sin embargo, no se puede desconocer que se puede estar ante casos en los que no hay testigos ni hay dictamen ni documentos que permitan acreditar la presencia de una culpa del profesional o cuando ni siquiera, por medio de la prueba indiciaria, se puede hacer esa deducción lógica para llegar a la conclusión de que hay un error de conducta; entonces, cabe preguntarse si hay presunción o no de la culpa médica. Se considera que ésta no es una salida justa cuando, ante una evidente dificultad probatoria tanto del paciente como del profesional, sea este último quien tenga que asumir las consecuencias de los daños sufridos por la víctima. De ser así, no solo se estaría presumiendo la conducta culposa del galeno, sino también el nexo causal, pues se estaría negando la posibilidad de que la ocurrencia del daño sea por la existencia de un riesgo inherente del procedimiento médico o por la evolución de la patología que ya tenía el paciente.

Esta idea parte del hecho de que el profesional de la medicina efectivamente quiera demostrar que fue lo acontecido en el caso específico, pero no puede lograrlo así hubiera actuado de manera diligente porque las pruebas que en la práctica sirven para esto como lo es la prueba técnica testimonial o el dictamen pericial no están a su alcance. Si el médico en estos casos presenta la historia clínica del paciente o su propia versión de lo ocurrido en el interrogatorio de parte o, más bien, en la declaración de parte, al situarnos en una presunción de culpa tales pruebas no resultarían convincentes para el juez pues se trataría de la propia versión del hoy demandado.

Por esta razón, se considera que cuando la aplicación de la carga dinámica de la prueba sea viable en procesos de responsabilidad médica, esta no debe ser entendida como una presunción de culpa ni mucho menos como una de responsabilidad, sino como la obligación que tiene el profesional de colaborar activamente en el esclarecimiento de los hechos; además porque su actitud no debe ser pasiva a la espera de que el paciente demuestre su culpa. Lo que supone es que cuando se asigna el deber de colaboración al médico, este debe exponerle al juez todo lo que conoce sobre lo ocurrido, pues es él quien mejor entiende lo acaecido y, por lo mismo, explicar cómo era la situación del paciente antes del tratamiento, cuáles alternativas terapéuticas existían y por qué eligió la que aplicó, si hubo o no dificultades técnicas en

el momento de realizar el acto médico, si se contaron o no con medios técnicos y cuáles causas podrían explicar el daño ocurrido; ya que, en últimas, esa sería la versión del profesional sobre los hechos. De hecho, por el riesgo que representa la aplicación de la figura de la carga dinámica de la prueba, no se considera pertinente esperar que el juez le de aplicación a la misma, sino que de entrada el profesional demandado debiera tener un papel probatorio activo. En últimas, la carga dinámica de la prueba aplica respecto de medios de prueba para esclarecer un hecho específico, pero no para dar por sentado elementos de la responsabilidad civil ya que esto representaría un cambio en el supuesto normativo.

Tamayo Jaramillo (1993), habla sobre este punto e indica que:

no se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real (pág. 91).

En esta obra el autor realiza una crítica importante al Consejo de Estado por la posición que asumió en su momento sobre este concepto, indicando que se rompe con la regla general en la que la carga de la prueba la tiene el demandante, pues el demandado no tiene por qué acudir al proceso con un peso en contra que señala que su actuación estuvo incorrecta y que fue la causa del daño, ya que la carga dinámica de la prueba se convierte en violatoria del derecho de defensa del debido proceso.

La propuesta entonces en entender que la aplicación del dinamismo probatorio no se debe entender como una presunción de culpa, ya que, de ser así, se desarticularía el concepto originario de la actividad médica, puesto que es muy distante de las actividades peligrosas y potencialmente dañinas de los intereses jurídicos; por el contrario, en la actividad médica, se procura salvar o salvaguardar la vida y la integridad de las personas. Por consiguiente, si de entrada en el escenario judicial se opta por presumir la culpa del médico, ya sea por entender que al imponer la carga de la prueba en cabeza del médico se le presume su culpa, o porque en esta materia opera el artículo 1604 del Código Civil, sería desnaturalizar la ciencia médica

desconociendo incluso el carácter de aleatorio que está inmerso y haciendo no atractivo optar por el ejercicio de la medicina pues ningún profesional se querrá ver expuesto a esto, máxime cuando el ejercicio mismo de la actividad galénica supone la presencia de hechos desconocidos que están ligados a efectos secundarios de los tratamientos o intervenciones médicas, a sus complicaciones ajenas a la actividad humana, a su inexplicable ineficacia al no ser la medicina una ciencia exacta por tratarse de individuos totalmente complejos y disímiles unos de otros.

Vale la pena resaltar que, como se expuso antes, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la importancia de atenuar los criterios estáticos del *onus probandi*, con el fin de evitar que la excesiva rigurosidad en la aplicación conduzca a evidentes desconocimientos de la justicia material. Por esta razón, se han reconocido criterios de flexibilización de las cargas probatorias tales como la aplicación de la carga dinámica de la prueba, la culpa virtual y *res ipsa loquitur*, entre otras, que le permitan a la víctima salir avante en el proceso cuando se encuentra dificultad probatoria.

Así se ve en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (30 de enero de 2001), que hace referencia a la posibilidad de encontrar casos:

...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.

Resulta atinado lo dicho por el reconocido Magistrado, en el sentido de esclarecer que el régimen probatorio en la responsabilidad médica es el de la culpa probada, y hace la salvedad de que en ocasiones es posible que operen criterios de flexibilidad probatoria como lo es el caso de la carga dinámica de la prueba, entendiendo esta como la colaboración de las partes en el esclarecimiento de los hechos.

Por lo tanto, cuando en un determinado caso el juez considere que el profesional médico se encuentra en mejor posibilidad de allegar la prueba de los hechos que le permitan demostrar su diligencia y cuidado y, por consiguiente, le dé aplicación a la carga dinámica de la prueba, el galeno tiene todas las garantías probatorias para ejercer su derecho de defensa. Cuando se dinamiza esta carga probatoria y se le indica al médico que debe aportar la prueba de determinados hechos, por considerar que se encuentra en mejor posición de hacerlo, no significa que ya esté condenado, pues él también goza de la facultad de participar activamente para convencer al juez de que su actuación estuvo acorde a la *lex artis* y, además, la carga sigue estando en cabeza de la víctima.

Así las cosas, la aplicación de la carga dinámica de la prueba no implica ni supone una presunción de culpa, lo que significa que no hay un desplazamiento de la carga, ni mucho menos una inversión de la misma, pues ésta continúa estando en cabeza del actor, que sería el paciente o las víctimas indirectas, toda vez que justamente se busca erradicar esos conceptos de rigidez e inflexibilidad en los que la excepción a la regla general se convertiría en un instrumento para que ninguna persona quisiera optar por ejercer la medicina, si se presume que se actúa con falta de diligencia, así se desconocerían los fines altruistas y de servicio que tiene esta ciencia.

Resulta plausible que se aplique el dinamismo probatorio en procesos de responsabilidad civil médica cuando realmente lo amerite, pues así se logra que en los casos difíciles sea el profesional el que ayude a exponerle al juez qué fue lo que ocurrió en el caso objeto de estudio o, lo que es lo mismo, exponerle cómo fue su diligencia y cuidado en la actuación, esto es, mostrar si su conducta estuvo o no acorde a los postulados de la *lex artis*. Aun así, si definitivamente resulta imposible cumplir el estándar de prueba para el médico, no se considera viable una declaratoria de responsabilidad.

Esta posición no parte de la idea de que el paciente o la víctima esté en una mejor posición en el terreno litigioso y que, por ende, le quede mucho más fácil demostrar la culpa del médico, pues aun reconociendo que la situación probatoria del paciente es

más difícil, no resulta lógico que se presuma la diligencia y cuidado del médico por lo aleatorio que resulta la práctica en salud y por el fin altruista que tiene su profesión. De ahí que resultaría insensato o irracional pensar que la carga probatoria dependerá de la comparación de las dificultades probatorias entre el paciente y el médico, pues en muchas ocasiones ni el uno ni el otro podrían demostrar, por un lado, la existencia de culpa, o por el otro, la existencia de diligencia y cuidado; así la debida conducta haya existido.

### **3.3 EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO NO CONSAGRA LA POSIBILIDAD DE INVERSIÓN DE LA CARGA, SINO LA DINAMIZACIÓN DE LA MISMA.**

La falta de claridad en la redacción de la norma en el Código General del Proceso puede prestarse para que sea interpretada como una inversión de la prueba y, en un caso particular, se considere que por ser un tema muy técnico, debido a la evidente desigualdad probatoria, más allá de si justifica bien o no la aplicación de la figura, el juez decida aplicarla y entienda que por consiguiente se debe presumir que el galeno obró con culpa en la atención médica.

En sentencia del Tribunal Superior de Medellín (2018), Magistrado Julián Valencia Castaño, se indicó:

No puede confundirse la carga dinámica de la prueba con la inversión de la carga de la prueba, cosas bien distintas, como que en aquella situación ha de prevenírsele al demandado que pruebe él, sin que pueda sorprendérsele en hora traspasada para decirle que como al demandante le fue imposible probar la culpa y usted tampoco probó, entonces, debe presumirse que existió culpa, posición jurídica que no solamente violaría el derecho de defensa y debido proceso, sino que desconocería que por antonomasia la práctica de la medicina conlleva a riesgos en cualquiera de sus etapas de atención.

También esta corporación en sentencia del 19 de febrero de 2015 emitida por la Sala presidida por el Magistrado Martín Agudelo Ramírez se indicó que

no hay inversión en las cargas probatorias, como bien podría pensarse en principio en un régimen de responsabilidad objetiva; lo pretendido no puede relevar a la víctima de probar la culpa, lo que en la línea evaluada en lo contencioso administrativo significa que esa parte no puede eximirse de probar la falla del servicio.

Cuando se habla de una inversión de la carga, como en principio es al demandante a quien le corresponde la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión de responsabilidad médica, significa que éste sería relevado de hacerlo, es decir, el escenario frente al cual nos encontraríamos es que al demandante le bastará con afirmar un hecho y el demandado por su parte, tendrá que descartar la existencia de este ya que éste se tiene como cierto. El sustento de tal inversión, es que de esta forma se logra favorecer su posición probatoria en el proceso, puesto que de entrada se supone débil, con lo que se logra dar aplicación al principio de igualdad de partes.

Puede ocurrir que aparentemente la parte se encuentre en una mejor posición y tenga una ventaja probatoria, pero aun realizando esfuerzos para probar, no logre cumplir con el estándar de prueba que se exige para verificar lo pretendido. Por ejemplo, el profesional de la salud en un determinado caso colabora activamente y aporta lo que se le pide, pero aun así es posible que no logre convencer al juez.

Entonces, si en el ejemplo dado se da aplicación a la inversión de la carga de la prueba, se acoge la pretensión del demandante ante la ausencia de elementos probatorios, ya que el médico demandado que se encuentra en mejor posición para probar, no logra cumplir el estándar de prueba exigido pese a su colaboración activa para lograrlo.

En cambio, si se acude a las reglas probatorias clásicas, en donde se tiene en cuenta los elementos de convicción y valoración, y el principio de colaboración entre las partes que lleva inmerso el deber de aportación de la prueba, se llega a una conclusión

diferente ya que el actor, que es el paciente o las víctimas indirectas, sigue teniendo la carga de acreditar los presupuestos fácticos de la pretensión de responsabilidad, es especial, de la culpa médica. Por su parte, el médico demandado cumple con su deber de colaborar con el esclarecimiento de los hechos, al aportar lo que tiene a su disposición, por lo cual, en caso de no cumplir el estándar de prueba requerido, y en últimas, de no lograr el convencimiento del juez a cerca de ocurrencia de los hechos, no podrá extraerse indicio alguno en su contra. Sin duda, esta última solución es más justa.

El doctrinante Giannini (2019, pág. 105) explica claramente esta postura al indicar que cuando se habla de la carga de probar, se refiere al imperativo que le incumbe a una parte de convencer al juez acerca de la veracidad de los hechos, por lo cual, en caso de no hacerlo, dicha circunstancia fáctica será tomada como inexistente. En cambio, en el deber de colaboración, no se carga a la parte con el peso de la incertidumbre, sino que se le exige que coopere en el esclarecimiento de ciertos hechos, por encontrarse en una mejor posición para hacerlo al tener un mayor acceso a la información, menos dificultad económica, mayor entendimiento técnico del tema, entre otros. En caso de que la parte al que se le impone tal deber no preste su colaboración, se extraerá de su conducta un indicio en contra a su posición procesal. Por el contrario, en caso de que coopere con el proceso y aporte los medios de prueba que tiene a su disposición o le quede fácil producir, cumple con el deber impuesto, aunque luego del análisis de valoración que realiza el juez aun subsista incertidumbre, toda vez que dicha indeterminación no incide de forma negativa sobre quien estaba en mejor posición para probar sino en quien afirmó el hecho constitutivo, ya que la carga sigue estando donde se encontraba al inicio del proceso según la norma sustancial que regula el caso.

La posibilidad de que se presente una inversión de la carga de la prueba, en donde el juez en cualquier momento decide a quien le corresponde la carga de probar según las particularidades del caso debido a que cuenta con una mejor posición procesal, es sin duda una conducta arbitraria que trasgrede la seguridad jurídica. No necesariamente la razón para que el demandado no aporte la prueba es el interés de

ocultarla, hay casos en que sencillamente no dispone de la prueba y no tiene los medios para producirla. Por esta razón es que en muchos casos en que se invierta la carga se puede llegar a decisiones injustas, basadas en inferencias no fundadas cuando nos encontramos ante casos en que ninguna de las partes tiene como probar.

La inversión de la carga de la prueba sin duda representa una modificación del supuesto de hecho de la norma. Por lo tanto,

Cuando hablamos de inversión o modificación de la carga de la prueba, tenemos que dejar a un lado la posibilidad de una alteración de la regla de juicio, para introducirnos en el estudio – puramente material- de los cambios en el supuesto de hecho de la norma material (Cortés Domínguez, 1972, págs. 584 - 585).

Afirmar que con la consagración del artículo 167 del Código General del Proceso se permite la inversión de la carga de la prueba, es afirmar que el juez puede modificar el supuesto de hecho de la norma sustantiva, es decir, el derecho material y, lo más grave aún, que lo puede hacer caso a caso, lo que nos sitúa en un problema grande de indeterminación, de inseguridad jurídica y de desconocimiento del derecho.

Esta es la interpretación que se considera se le debe dar a la norma, máxime cuando el criterio para justificar su aplicación es la disponibilidad y facilidad probatoria, toda vez que estos criterios no permiten que pueda hablarse de una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la parte que podría allegarla con facilidad al debate probatorio, ya que se debe evitar que ante la imposibilidad de acreditar un determinado hecho, se perjudique de manera arbitraria a la parte que no soporta la carga y que no cuenta con la facilidad de probar.

Por lo tanto, esta teoría debe entenderse como una dinamización probatoria en la que exista una real colaboración de las partes para que aporten al proceso las pruebas que permitan esclarecer los hechos objeto de litigio, independientemente de quien deba asumir la carga de que un determinado hecho quede probado o no.

El adecuado entendimiento de este asunto, evita que se presenten problemas interpretativos de la norma procesal que representen a su vez disparidad de posturas que conlleven a una evidente inseguridad jurídica. Sin duda, la mejor forma de entender el artículo 167 del Código General del Proceso es que con el mismo se busca que las partes colaboren de manera activa en la búsqueda de la verdad, y que en caso de que alguna tenga más facilidades probatorias, debe cooperar para que el acercamiento a la realidad de cómo ocurrieron los hechos sea posible. En consecuencia, esta forma de entender el dinamismo probatorio que involucra el deber de colaborar y de producir evidencia por ambas partes, no implica una inversión o modificación de la carga de la prueba.

### **3.4 ¿DEBER DE APORTACIÓN DE PRUEBAS O INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA?**

Recientemente, en la Corte Suprema de Justicia se ha planteado la tesis de que lo que consagra el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso no es realmente la regla de la inversión de la carga de la prueba, sino un deber de aportación de la prueba. Esto se ve en la Sentencia del 29 de junio de 2017, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez.

En esta decisión la Corte afirmó:

El deber-obligación de aducir pruebas, por el contrario, es una verdadera constricción 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 sumisión 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 debido a su mejor posición o cercanía con los mismos.

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 estos 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...

En la misma sentencia la Corte expresó:

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.

En los casos de responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, la declaración de la consecuencia jurídica que prevé el artículo 2341 exige que estén probados todos los supuestos de hecho que consagra esa disposición. Luego, “distribuir” judicialmente la carga de la prueba e “imponérsela” al demandado (sin importar cuál sea la causa de esa alteración) aparejaría el resultado de condenarlo tanto cuando logra demostrar el supuesto de hecho que se le exige, como cuando no lo hace; lo que equivaldría a aplicar una norma sustancial creada por el juez, o –lo que es lo mismo– fallar sin ley preexistente; destruyendo de esa forma el principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico.

Condenar al demandado sin que esté probada la culpa significaría resolver la controversia a la luz de la responsabilidad objetiva, o convertir la responsabilidad por culpa probada (2341) en responsabilidad por culpa presunta (2356). De igual modo, fallar en contra del convocado a juicio sin

prueba de la imputación del hecho al agente equivaldría, ni más ni menos, que a hacerlo responder por algo que no le es jurídicamente atribuible.

Según esta postura, que se abre camino en la Corte, este es un tema de derecho sustancial que no puede ser modificado por normas procesales, lo que impide hablar de carga dinámica de la prueba y, por lo mismo, esta posición jurídica es una invitación a no entenderla así, ya que es un asunto de los elementos axiológicos de la responsabilidad, es decir, del derecho sustancial, y lo que realmente se consagra en la norma del Código General del proceso es la facultad que tiene el juez de establecer deberes de aportación a cargo de las partes, que es diferente.

Adicionalmente, esta postura lo que indica es que no se trata de una distribución de cargas, pues la carga siempre queda como estaba, sino que el proceso, al ser un método para lograr el conocimiento de la verdad, le exige a las partes aportar las pruebas que tienen con el compromiso de contribuir al establecimiento de la verdad. Asimismo, no es una redistribución de la carga porque hay que diferenciar entre carga y deber probatorio con el fin de entender que el juez no goza de la facultad de cambiar las cargas que tienen las partes toda vez que no tiene el poder de alterar los elementos de la responsabilidad. El hecho de permitírsele al juez que altere en cada caso la norma sustancial es atentar contra el principio democrático, lo que incluso denota una inseguridad jurídica evidente que se haría presente en todos los procesos judiciales al no tener claro cuál es el rasero normativo aplicable al caso.

Visto esto desde nuestro tema de análisis, fue el legislador el que quiso que el profesional de la medicina no tuviera la carga y si el juez, en medio del proceso le impone la misma, significa que está ejerciendo funciones legislativas al revelarle una nueva norma sustancial de forma tardía toda vez que el proceso ya estará muy avanzado. Por eso la Corte en esta sentencia afirma que de entenderse de esta forma la figura de la carga dinámica, al alterarse la norma sustancial por parte del juez, el fallo podría incluso atacarse en casación por la causal primera pues el juez le estaría dando aplicación a una norma inexistente que el mismo creó en el proceso, lo que quiere decir que el juez *ad hoc* estaría creando derecho. Se considera que esta posición de la Corte

es acertada, toda vez que no existe la posibilidad en el ordenamiento jurídico que los jueces alteren las cargas probatorias pues las mismas vienen prediseñadas por el poder legislativo. No obstante, el juez puede establecer deberes a las partes, pero esto tiene sus consecuencias, ya que, si la prueba finalmente no se produce, la carga continúa en el demandante y por consiguiente muy posiblemente su pretensión no triunfará.

Se considera que el incumplimiento del deber de aportación trae como consecuencia un indicio en contra que en este caso sería en contra del galeno al que se le ordenó aportar la prueba y no lo hizo, pero el incumplimiento de la carga trae como consecuencia un fallo sucedáneo de la prueba, es decir un remplazo o sustituto de la prueba de los hechos que se discuten, en donde el juez resolverá como si existiera prueba de la falsedad de los mismos, pero en realidad lo que sucede es que no hay prueba de éstos, ni de su verdad ni de su falsedad, lo que conllevaría a desestimar las pretensiones del demandante, es decir, de la víctima ya que no logró probar lo que debía probar.

Por ejemplo, al situarse en un proceso de responsabilidad civil médica corresponde a la víctima que resulta lesionada por una intervención quirúrgica, y que funge como demandante, aportar la prueba de los elementos de la responsabilidad civil. Si se acepta que no es distribución de la carga, sino que es un deber de aportación de la prueba, el galeno o las instituciones demandadas deberían allegar al proceso la historia clínica, un dictamen pericial o un concepto técnico. Si la prueba no se produce o no se allega al proceso, o si no se cumple el estándar de prueba que logre un convencimiento en el juez, el perjudicado va a ser siempre el demandante, ya que para los demandados es un indicio en contra, pero no significa una declaratoria de responsabilidad. Sin embargo, es un incumplimiento del deber impuesto por el juez de colaborar probatoriamente con el proceso, situación que es desventajosa para la parte, pero que no puede representar una condena en contra porque sería fallar sin prueba. Es claro que tener un indicio en contra es una situación desventajosa para la parte, pero éste hecho por sí solo no puede nunca ser fundamento de una sentencia que

declare la responsabilidad, de lo contrario la misma resultaría siendo una decisión injusta, carente de prueba.

Es pertinente resaltar que esta es una discusión que no se ha terminado de suscitar. Es así como la aclaración de voto de Aroldo Quiroz, en la sentencia antes mencionada, da una idea de lo que se plantea en ella. De hecho, los que defienden esta postura afirman que el Código General del Proceso si consagra la figura de la carga dinámica y en ningún momento este artículo se refiere a un deber de aportación toda vez que el mismo se entiende inmerso incluso en los deberes generales de las partes y de sus apoderados.

Los que defienden esta postura afirman que el Código dice lo que dice: “carga”, no dice “deber”. De ahí que, al trasladar la carga, si la prueba no se produce, se falla en contra de quien no la aportó y se le había ordenado.

Aunque se difiere de esta postura, la falta de claridad del inciso 2º del artículo 167 del Código General del Proceso hace que sea perfectamente posible esa interpretación de la norma.

Como se ha pretendido defender a lo largo del presente escrito, se considera que la interpretación adecuada del artículo 167 del Código General del Proceso es que con el mismo se busca que las partes colaboren de manera activa en la búsqueda de la verdad, y que en caso de que alguna tenga más facilidades probatorias, debe cooperar para que el acercamiento a la realidad de cómo ocurrieron los hechos sea posible.

En este orden de ideas, ante una situación de desventaja procesal que pueda tener la parte al momento de probar, ya que no se encuentra cerca de la prueba, no cuenta con la misma o no tiene los medios para producirla, cabe hablar del deber de colaboración o del deber de aportación de la prueba como desarrollo del principio de igualdad y lealtad procesal.

En palabras del doctrinante Ferrer Beltran (2019) “el deber de colaboración procesal de las partes en el proceso les vedaría la posibilidad de obtener ventaja (por

efecto de la carga de la prueba) de su deslealtad probatoria, al no aportar pruebas que tienen disponibles o accesibles” (pág. 66).

En este punto es importante tener en cuenta el principio de comunidad de la prueba, ya que una vez los elementos probatorios se aportan al proceso lo que resulta relevante es lo que de éstos pueda inferirse o concluirse, sin importar quien los haya allegado al proceso.

El grado de exigencia probatoria que se requiere al momento de valoración de la prueba para considerar que un hecho efectivamente se encuentra acreditado, se logra en la medida en que de todos los medios probatorios que se lograron practicar, pueda inferirse dicha conclusión. Por la sola circunstancia de que la parte aporte al proceso una prueba con el fin de acreditar un hecho, no significa que obtendrá un resultado probatorio favorable, ya que éste se puede obtener de otras pruebas no aportadas por ella.

Así pues, con la aplicación del deber de colaboración, no se carga a la parte con el peso de la incertidumbre, sino que se le exige que coopere en el esclarecimiento de ciertos hechos, por encontrarse en una mejor posición para hacerlo al tener un mayor acceso a la información, menos dificultad económica, mayor entendimiento técnico del tema, entre otros. En caso de que la parte al que se le impone tal deber no preste su colaboración, se extraerá de su conducta un indicio en contra a su posición procesal. Por el contrario, en caso de que coopere con el proceso y aporte los medios de prueba que tiene a su disposición o le quede fácil producir, cumple con el deber impuesto, aunque luego del análisis de valoración que realiza el juez aun subsista incertidumbre, toda vez que dicha indeterminación no incide de forma negativa sobre quien estaba en mejor posición para probar sino en quien afirmó el hecho constitutivo pues la carga sigue estando donde se encontraba al inicio del proceso, según la norma sustancial que regula el caso.

Se considera entonces que, si en un proceso no están acreditados los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial, el juzgador no puede, en ningún caso, declarar la consecuencia jurídica, independientemente de a quién se le imponga la

obligación de aportar la prueba. Sin duda un entendimiento diferente implicaría restarle importancia al principio de legalidad como fundamento esencial del sistema judicial, lo que acarrearía decisiones fundamentadas en criterios netamente subjetivos, arbitrarios y parcializados.

Esta posición también la sustenta el doctrinante Nisimblant (2018), quien expone que

siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar prestablecidos 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 quien corresponde aducir las pruebas de tales supuestos en virtud del principio de comunidad de la prueba (pág. 252).

La deficiente actividad probatoria siempre podrá evitarse mediante figuras que el legislador ha provisto para averiguar la verdad material, estas son la prueba de oficio y la consagrada el inciso 2° del artículo 167 que corresponde al deber de colaboración, las cuales propician un efectivo activismo probatorio de las partes.

Ahora, al descender estos conceptos a un proceso de responsabilidad civil médica, la víctima es el que tiene la carga de acreditar los elementos de la responsabilidad en virtud del sistema de imputación de la falla probada aplicable en estos casos, y es posible que el juez le ordene a la contraparte, es decir, al médico, que aporte la historia clínica o un determinado dictamen pericial debido a su cercanía con el material probatorio, o por contar con los recursos y medios para hacerlo. En esta hipótesis, lo lógico es que si el paciente no acredita los elementos de la responsabilidad civil, pierda el proceso debido a que no hay prueba que confirme las pretensiones afirmadas, toda vez que entender que es el médico quien pierde debido a que no hay

suficiente material probatorio resultaría una decisión claramente injusta y contraria a la normatividad procesal y sustancial que rige el asunto, ya que en ningún caso se podrá afirmar que procedería una presunción de culpa en contra del médico, salvo lo aclarado al inicio de este escrito cuando se hizo referencia a situaciones puntuales en el terreno de las obligaciones de resultado y no de medios en el ejercicio de la medicina como lo es la obligación de seguridad que tienen las instituciones de salud, el deber de información de riesgos, la violación del secreto profesional y el suministro de medicamentos defectuosos, ensayos clínicos, entre otros.

El proceso, entendido hoy como ese espacio de construcción social, tiene como finalidad ejercer justicia a partir de la verdad material sin posiciones egoístas, mañosas ni carentes de solidaridad. Con la actual normatividad procesal, se busca que el juez, al ser el director del proceso, evite actitudes pasivas de las partes y las involucre en el terreno probatorio para que desempeñen un papel activo, con el objetivo de poder contar con los suficientes elementos de prueba que le permitan conocer la realidad de los hechos; también tiene el deber de calificar y valorar las conductas de la parte con el fin de formarse una idea general e integral que le permita dictar una decisión lo más cercana a la verdad.

Por consiguiente, es tan peligrosa la aplicación del principio de la carga estática de la prueba como la aplicación desenfrenada de criterios de flexibilización de la prueba, lo que demanda tacto, prudencia y mesura por parte del juez en uno y otro sentido. De ahí que se hace necesario que el juez, al aplicar esta figura, obre con cautela y buen juicio, lo que significa que se dinamice la carga en caso de que sea evidentemente necesario. Cuidado y precaución sí, pero no tanto que se llegue al otro extremo en el que sea evidente la presencia de un juez justiciero y tirano que, con la excusa de ser equitativo y considerado con una parte, resulte también lesionando los intereses jurídicos de la otra.

Si se entiende el dinamismo probatorio de esta forma, en caso de que en un determinado litigio se de aplicación del mismo y la parte demanda no colabore con la prueba, el juez, partiendo de la sana crítica, podrá valorar tal conducta y tomarla como

un indicio grave en contra, así lo consagra el Código General del Proceso que posibilita al juez valorar la conducta de las partes e inferir indicios. Puede entonces valorar la renuencia, además de otras circunstancias, e incluso declarar responsabilidad, pero difícilmente podrá sustentarla por el solo incumplimiento del galeno en la aportación de pruebas.

Sin embargo, se considera difícil que se presente este escenario, pues, aunque a la víctima es a quien le corresponde acreditar los elementos de responsabilidad, el médico, al ser el demandado, no debe tener una actitud pasiva en su estrategia de defensa. Ni siquiera debe esperar a que el juez dinamice las cargas probatorias o que la contraparte solicite esta aplicación, justamente por el riesgo que corre al darle aplicación a la misma, o que no tenga luego suficiente oportunidad para aportar documentos o dictámenes periciales. Con la contestación, el galeno puede oponerse a las pretensiones de la parte actora, explicar lo ocurrido, acreditar su diligencia y cuidado en la atención médica, formular excepciones, solicitar el decreto de pruebas, aportar documentos científicos y dictámenes de parte que avalen y respalden su conducta, pedir testimonios técnicos de pares médicos; lo que sin duda no permite hablar de una transgresión al derecho de defensa. Incluso, si no se comporta de esta forma desde el inicio del proceso, y solo cuando el juez, al aplicar la figura de la carga dinámica, le ordena colaborar activamente en el debate probatorio, y aportar algún documento o algún dictamen de parte, también en ese caso puede gozar de su derecho de defensa, pues se le daría el tiempo necesario para que allegue las pruebas, incluso puede oponerse a la medida por medio de recurso, como se explicó anteriormente. Si no colabora activamente con lo solicitado, no tiene sentido que se sorprenda en caso de una condena en su contra, pues el juez valorará la actitud, y junto con otros elementos puede llegar incluso a considerar que efectivamente existen méritos para una declaratoria de responsabilidad.

En palabras del doctrinante Carlos Ignacio Jaramillo (2015):

Quien tenga la facilidad real de aportar las pruebas y de enriquecer el debate en el interior del proceso, a diferencia de su contraparte, no podrá

resultar sorprendido si, habiendo tenido la posibilidad de probar, no lo hizo. Lealtad procesal, coloreada con el postulado de debida colaboración, se traduce, precisamente, en que la parte que fue apática al debate probatorio y que evidentemente tenía la facilidad de enriquecerlo y de darle un 'valor agregado', acaree las consecuencias desfavorables del resultado de un proceso, de su inactividad (pág. 298).

Lo atinado sería, entonces, que desde el comienzo el profesional de la medicina plantee su estrategia, actúe solidariamente con el proceso y aporte pruebas que respalden su teoría del caso con miras a convencer al juez respecto de la sujeción a la *lex artis*. Al asumir este rol, el juez no tiene motivo alguno para dinamizar la prueba, ni las partes se arriesgan a que el juez lo haga a sabiendas de las interpretaciones que se le pueden dar a esta figura, pues la parte al actuar de manera diligente con la prueba, le da los elementos que están a su alcance para lograr un efectivo conocimiento del asunto y así se evita, o por lo menos disminuye, el riesgo de tener una sentencia en contra.

Para lograr este objetivo, sin duda se requiere que los abogados inmersos en un proceso de responsabilidad civil médica, que aceptaron el acompañamiento tanto del paciente o de las víctimas indirectas, como del galeno, tengan una actitud responsable, que se instruyan sobre los aspectos técnicos que son objeto de la litis, y que consideren, incluso, tener asesoría médica para que sus estrategias salgan adelante y se respalden en pruebas técnicas que resulten necesarias para la acreditación de lo que se quiere demostrar. De esta manera, se tendrían muchos más elementos que facilitarían el adecuado estudio del caso y se tendría en consideración las facultades que tiene el juez de calificar las conductas de los abogados dentro de un litigio. Por lo mismo, es necesario que las partes y sus representantes legales entiendan que el concepto del proceso judicial ha cambiado, de modo que se vea como un medio efectivo de resolución de justicia en el que la búsqueda de la verdad material es el fin último, toda vez que la concepción que se tenía años atrás de concebir las reglas procesales inflexibles y férreas, no permiten llegar a un conocimiento real de la verdad.

Ahora estas normas pasan a ser mucho más dinámicas y flexibles con la finalidad de que se logre administrar justicia adecuadamente.

### **3.5 LA CONSECUENCIA DE LA INOBSERVANCIA EN CASOS EN LOS QUE SE DÉ APLICACIÓN A LA FIGURA**

Sin duda alguna uno de los mayores problemas que presenta la norma, tal como está regulada hoy en el Código General del Proceso, es el silencio frente a las consecuencias que se desprenden por el no acatamiento de la orden impartida por el juez, cuestión que será decantada por la jurisprudencia una vez se vayan presentando situaciones que hagan imperioso el hecho de reflexionar sobre este asunto.

Como se explicó antes, debido a que la norma no consagra cuál debe ser el efecto ante el incumplimiento de la orden del juez de aportar evidencia, es posible que algún juzgador considere que la consecuencia es que el hecho que se pretendía demostrar se tenga como probado por el elemento probatorio que se omite aportar, en otras palabras, para algunos resultaría plausible que la inobservancia determine que el hecho se tenga como probado.

La propuesta de interpretación que se pretende transmitir con este texto es entender que una inversión de la carga de la prueba representaría una modificación del supuesto de hecho de la norma, lo que lleva a afirmar que se permite que el juez modifique en cada caso el supuesto de hecho de la norma sustantiva, es decir, el derecho material.

Por lo tanto, de la lectura del artículo 167 del Código General del proceso se desprende que lo que quiso el legislador es que ambas partes colaboraran activamente con la prueba, y al tener claro que para esto no es necesario acudir a la inversión de la carga de la prueba, el juez perfectamente tiene la potestad, si así lo considera o si las partes se lo solicitan, de propiciar la colaboración activa de las partes para que aporten las pruebas de las que disponen o las que pueden fácilmente producir.

Es esto lo que permite la normal procesal, que sea el juez quien tenga la posibilidad de asignar este deber a la parte que tenga una mejor posición procesal según de las especiales circunstancias del proceso, ya que solo al estudiar el caso sabrá si realmente hay una desigualdad procesal, pero no cambiar el supuesto normativo.

En este orden de ideas, la consecuencia que se deriva en caso de incumplir con el deber de aportación asignado por el juez en el caso en concreto, sería una sanción que consistiría en un indicio en contra que por sí solo no podría producir una decisión desfavorable para la parte a la que se le impuso la obligación de cooperar con la prueba.

La apreciación que debe tener el juez frente a la conducta de la parte que no colaboró con la prueba, una vez se le ordena, debe ser la de valorar su renuencia.

En la actual normatividad procesal, el juez valora como indicio en contra la falta de colaboración, que se desprende del artículo 241 del Código General del Proceso, así como el artículo 78 que consagra, en el numeral 8, el deber de las partes y de sus apoderados en prestar al juez colaboración para la práctica de pruebas y diligencias.

Que la parte entienda que si no colabora activamente en la producción e incorporación de la prueba puede acarrear un indicio en contra, facilita la incorporación de medios de prueba idóneos al debate probatorio con el fin de contar con la mayor cantidad posible de información que permita un acercamiento a la verdad de los hechos, al tiempo que se evita conductas desleales como lo es el ocultamiento de pruebas.

Vale la pena resaltar que la falta de prueba sobre la existencia o no de un hecho, esto es, sobre su verdad o falsedad, conlleva a que el juez no tenga elementos de juicio para fallar, lo que acarrearía un fallo inhibitorio. Sin embargo, como lo que se busca es que tal situación no sea una decisión definitiva sobre el asunto sustancial que se debate, al ser la regla de la carga de la prueba un sucedáneo de la prueba de los hechos, el juez tomaría su decisión como si existiera la prueba de su existencia o no

del hecho, cuando lo que realmente ocurre es que no hay prueba ni de su verdad ni de su falsedad. En palabras más sencillas, cuando el juez no encuentra prueba de los hechos que se invocan, su fallo consistiría en una negación de las pretensiones porque no se probó lo que se debía.

De manera que en un caso de responsabilidad médica, la decisión judicial tiene que estar sustentada en la demostración de los presupuestos fácticos requeridos por la norma sustancial, sin que importe quién debe allegar las pruebas al proceso. Si partimos de esto, condenar a un médico sin que esté demostrada su culpa, porque no allegó al proceso la historia clínica completa o un dictamen que se le solicitó que aportara, consistiría en hacerlo responder por algo que no le es jurídicamente atribuible.

En relación con la falta de sustento probatorio de una hipótesis, el jurista italiano Taruffo (2011), reconocido procesalista, afirma en su libro *La prueba de los hechos* que la falta de elementos de prueba produce desconocimiento acerca de los hechos que sirven para la hipótesis que se está exponiendo, por lo que no es viable sustentar que la hipótesis que está siendo presentada es falsa o verdadera. Para Taruffo, la falta de elementos de apoyo para una hipótesis produce incertidumbre, pero no confirma la hipótesis contraria.

En consecuencia, este argumento sirve para sustentar que en virtud de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en procesos de responsabilidad civil médica, en los que al profesional médico se le impone la carga de aportar algún elemento probatorio para demostrar un determinado hecho, como puede ser aportar la historia clínica o un dictamen pericial, y no lo hace, éste hecho no permitiría llegar a la conclusión de una mala praxis, pues lo que esto implica es que haya una incertidumbre acerca de la labor ejercida por el médico, pero no una confirmación de una mala praxis, que es lo que el demandante pretende acreditar.

En palabras del autor (Taruffo, 2011):

La falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que esta es falsa. En realidad, lo que se produce en el caso de falta de pruebas es una situación de permanente y (en ese estado de cosas) irresoluble incertidumbre acerca de la existencia de X: no se está en condiciones de establecer que X es verdadero, pero esta es una situación contingente relativa al estado de las pruebas referidas a la hipótesis sobre el hecho X en el caso concreto. En esta situación, no hay elementos de confirmación de ninguna hipótesis sobre X: ni de la que lo afirma ni de la que lo niega. En el fondo, puedo no tener elementos de prueba para creer que X es verdadero, pero esto puede depender simplemente de que mis informaciones son inadecuadas; decir, sobre esta única base, que X es falso sería una derivación infundada: en efecto, ulteriores informaciones podrían confirmar la hipótesis de la falsedad de X, pero también confirmar la hipótesis de su verdad. La falta de elementos de apoyo para una hipótesis produce, por tanto, incertidumbre acerca de ella, no la confirmación de la hipótesis contraria (págs. 246-247).

Se considera que ésta es la forma en que el juez debe interpretar esta situación cuando no se cuente con la prueba de un determinado hecho y, por lo tanto, no se tenga certeza sobre la ocurrencia, aun cuando éste haya desplegado sus poderes de instrucción exigiéndole a la parte, que no tenía la carga de probar, una determinada conducta frente a la aportación de elementos probatorios y colaboración con la administración de justicia, pues en estos casos mal puede invertir la regla de juicio.

Respecto de esto, González Granda (2009) afirma:

¿El hecho de que se trate de un mecanismo flexibilizador significa acaso que nos encontramos ante una excepción a la formulación general de la regla de juicio, de tal manera que el legislador esté otorgando un poder al juez para cambiar la regla de juicio? La respuesta debe ser no, y ello porque tal cosa parece conceptualmente imposible, si se tiene en cuenta

que la regla de juicio tiene un carácter procesal, formal e imperativo. En consecuencia, tal y como se ha dicho en líneas arriba, las modificaciones que sufra la regla general sobre la carga de la prueba, ya provengan de la ley, ya de la jurisprudencia, ya en su caso de la voluntad de las partes, no afectan la regla de juicio sino solo a la manera de concretar o rellenar la misma. (pág. 49)

Por lo tanto, frente a una ausencia probatoria total, no puede suplirse fundamentando la decisión en la teoría de la carga dinámica, pues entenderla de esta manera es, sin duda, contraria a los principios básicos del derecho procesal.

La prueba, entonces, es necesaria para fundamentar la sentencia pues, sin ella, los hechos sencillamente no existen en la contienda judicial, pues, aunque si puedan encontrarse en la relación sustancial que subyace, solo existen en el proceso si son traídos al terreno jurídico a través de su prueba y que logre, además, el convencimiento del juzgador. Adicionalmente, se debe atender al principio de necesidad de la prueba que ordena que toda decisión judicial debe estar fundamentada en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

En palabras de Devis Echandía (2006), la prueba judicial: “es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o certeza sobre los hechos” (pág. 34). Precisamente por eso, la prueba tiene un proceso de verificación entre las afirmaciones dadas por las partes y la realidad respecto de los hechos que constituyen la aplicación de la norma que invocan. La prueba es, entonces, el medio por el cual la parte busca el convencimiento del juez para que opte por su hipótesis de verdad y, en esa medida, lograr una decisión acorde con sus intereses.

Esto se respalda además en el principio de solidaridad que guarda especial relación con los fines que se persiguen en un estado social de derecho, que consiste en el deber, tanto de las partes y como de sus apoderados, de prestar su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra como lo consagra el artículo 241 del Código General del

Proceso. Sin duda, lo que buscaba el legislador era que las partes tuvieran una responsabilidad que trascendiera el conflicto jurídico, con un real compromiso con la búsqueda de la verdad material.

Justamente lo que propende nuestra legislación procesal, al ser Colombia un Estado Social de Derecho, es administrar justicia de manera adecuada. Los actuales lineamientos de la normatividad procesal presuponen la presencia de un juez imparcial, autónomo e independiente que garantice la igualdad procesal de las partes y que administre adecuadamente la justicia, dándole la razón a quien la tiene no solo en derecho, sino también de hecho. Por eso, en beneficio de la verdad material, es posible que el juez participe activamente en la consecución de las pruebas para lograr un adecuado entendimiento de la relación sustancial adyacente, contando con la potestad de insistir en la prueba, ya sea por medio del decreto oficioso o por el dinamismo probatorio que consiste en el deber de colaboración o de aportación de la prueba.

### **3.6 CÓMO DEBE SER EL COMPORTAMIENTO DEL JUEZ Y DE LAS PARTES PARA EVITAR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y, POR CONSIGUIENTE, DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.**

Al ser la prueba el sustento para la decisión judicial, esta permite materializar los derechos que tienen las partes como son el derecho de defensa y, por consiguiente, el derecho de contradicción que integran el derecho al debido proceso considerado como fundamental en virtud del artículo 29 de la Constitución Política.

El derecho al debido proceso permite que las personas puedan acudir ante la jurisdicción para resolver sus controversias dentro de un margen de legalidad, y en esa medida toda persona goza del derecho a la defensa que le permite ampararse dentro de un proceso judicial, de ser oído, de aportar pruebas y controvertirlas y, a su vez, le permite interponer recursos para ser escuchado cuando no está de acuerdo con las decisiones que imponga el juez. El derecho de defensa, por consiguiente, le da a la parte la posibilidad de defenderse, ya que de otro modo sus intereses se verían arbitrariamente expuestos.

Se considera que para una adecuada aplicación del dinamismo probatorio, teniendo en cuenta que se trata de una situación excepcional, se requiere que la parte, que en principio no tiene la carga de probar, se encuentre en una situación más ventajosa para aportar la prueba. La norma trae a manera de ejemplos distintas situaciones que, como se manifestó en líneas anteriores, lejos están de suponerse con criterios orientadores claros.

Para que el juez considere viable la aplicación de esta figura, se requiere que haya una adecuada verificación del juzgador de una real situación de dificultad probatoria de quien tiene la carga de probar, y que correlativamente su contraparte se encuentre en posibilidad de aportar pruebas. Es indispensable, entonces, una conducta cautelosa que implique una adecuada motivación del juez en el momento de considerar que la figura debe ser aplicada para no caer en el otro extremo, es decir, para que, supuestamente amparados en la búsqueda de una igualdad procesal, no se genere una vulneración de la parte, afectando el derecho de defensa.

Es posible que si no se tiene especial cuidado en el momento de aplicar esta figura se puedan ver afectados los presupuestos del derecho a la igualdad, al no resultar procedente ese privilegio procesal en ese específico caso.

Precisamente el sustento para que se haya empezado a aplicar esta figura es la búsqueda de una igualdad procesal que diera una efectiva protección de los derechos sustanciales de las partes inmersas en el proceso. Aun así, puede ocurrir que, paradójicamente con la aplicación de esta figura, se menoscabe la igualdad procesal.

El fundamento de esta figura se desprende del artículo 13 de la Constitución Política, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, lo que les da el derecho de recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. Ordena, además, que el Estado promueva las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y que adopte las medidas pertinentes a favor de los grupos marginados. En este orden de ideas, la igualdad supone un trato igual cuando se está frente a situaciones similares y un trato diferenciado cuando se trate de situaciones diversas.

La Corte Constitucional ha dado claros lineamientos de cómo debe entenderse el principio de la igualdad; un ejemplo de esto, es la Sentencia C-250 de 2012, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

En igual sentido Bernal Pulido (2005) se refiere a la igualdad como “el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos” (pág. 257). Para dicho autor, la igualdad implica, entre otras cosas, ejercer un trato diferente a quienes se encuentran en situaciones diferentes y dar un trato diferenciado a quienes se encuentren en situaciones que implican más diferencias que similitudes.

Ahora bien, cuando se mira este principio en el escenario del proceso judicial, vale la pena afirmar que las partes tienen el derecho a recibir del aparato judicial un trato igualitario en cuanto a las prerrogativas procesales, sin comprometer la imparcialidad judicial que se supone debe existir por parte del juzgador, no sea que por favorecer a una parte se lesione a otra sin necesidad.

De acuerdo con lo anterior, el ordenamiento jurídico debe establecer mecanismos para la garantía de la equidad incluso dentro del escenario judicial. Al ser el juez el director del proceso debe adoptar un papel activo orientado a garantizar los fines públicos del proceso y la concreción del derecho sustancial (Agudelo Ramírez, 2007, págs. 20-21), y en esa medida, el juzgador debe beneficiar a una de las partes cuando en virtud de la equidad y la evidente situación de vulnerabilidad se haga imperioso, y se debe cuidar de no comprometer la imparcialidad que se supone debe existir en toda actuación judicial.

Situándose en el campo de interés de este trabajo, resultaría injusto permitir que el paciente, que se encuentra en absoluta imposibilidad de aportar una prueba y que es evidente su dificultad y su esfuerzo por lograrlo, se le desestimen las pretensiones de la demanda aun cuando estuvieran llamadas a prosperar si la otra parte, o sea, el médico, que sí puede hacerlo, no aporta la prueba porque no le conviene. Conscientes de esta situación es que se permite que el juez ordene que haya colaboración con la práctica de la prueba, lo cual no solo aplica para el caso de la responsabilidad médica, tema

que es muy complejo por lo técnico, que sirve como una representación que permite tener claridad del asunto. Se otorga, pues, la posibilidad de que el juez le solicite al galeno la aportación de pruebas que permitan conocer lo ocurrido; y si esta solicitud no se hace con absoluto cuidado, puede conllevar a una vulneración del principio del debido proceso y a crearse privilegios procesales para una de las partes sin el fundamento suficiente.

La sentencia de la Corte Constitucional, antes mencionada, es clara en indicar que solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado, o lo que es lo mismo, se debe acreditar la razonabilidad y la objetividad de la medida.

Mal haría en afirmarse que la norma por si sola vulnera la igualdad ya que en ocasiones es absolutamente indiscutible la necesidad de que opere la misma, pero si puede existir vulneración en la forma cómo el operador judicial le da aplicación. Es la forma como el legislador dispuso la aplicación de esta figura donde puede darse una evidente vulneración de la igualdad procesal, toda vez que la norma carece de una justificación objetiva y razonada para instaurar un tratamiento de diferenciación entre las partes.

Pareciera que el legislador considerara que con el solo hecho de verificar que se está en presencia de algunas de las hipótesis que trae la norma de mejor posición para probar da lugar a que sea viable la aplicación de la figura. Se considera que los ejemplos que trae la norma no permiten dotar al juez de un real convencimiento de una situación de desequilibrio. Una cosa es que una parte esté en mejor posición probatoria, por estar más cerca de la prueba, por sus conocimientos técnicos, por intervenir directamente en los hechos o por el estado de indefensión en que se encuentre su parte contraria, y otra cosa bien distinta es que la constatación de dichas circunstancias cause un desequilibrio tal entre las partes, que se haga imperiosa la aplicación del dinamismo probatorio.

Así pues, la norma no da elementos para saber realmente si cuando una de las partes se encuentra en una mejor posición para probar, existe en realidad un desequilibrio entre las partes. Por el solo hecho de que una parte tenga mejor

posibilidad de probar no implica *per se* que haya un desequilibrio y que, además, sea de tal magnitud como para aplicar la figura.

Justamente por eso, la existencia de situaciones de desequilibrio, aunque son posibles en el terreno judicial, no aseguran la objetividad de la adopción de la medida, pues la norma no trae elementos que permitan tener certeza respecto del desequilibrio para determinar que paradójicamente con la aplicación del dinamismo probatorio no se está empleando un trato desigual de manera injustificada.

La aplicación de la carga dinámica, en las condiciones en que está regulada en el Código General del Proceso, posibilita al juzgador establecer tratos diferenciales sin el grado de certeza de la existencia de un desequilibrio. Es por esta razón que con la aplicación de la figura se podría producir, contrario a lo que se quiere en un principio, una vulneración a la igualdad.

Perfectamente puede ocurrir que la parte demandada se encuentre en una mejor posición para probar, pero que la parte actora no se vea afectada por esto, ya que podría acreditar sus pretensiones por medio de otros medios de prueba, de tal suerte que justificar objetivamente la aplicación de la figura queda rezagada.

Si se adapta esta idea al tema puntual de investigación, en un proceso de responsabilidad civil médica en el que se discute la adecuación de la conducta del profesional de la medicina a la *lex artis*, y en la que dicha actuación es la causa del daño, el médico cuenta con un importante conocimiento técnico gracias a haber estudiado seis años de carrera universitaria, uno de rural, otros tres o cuatro años más si es especialista en alguna rama de la medicina y otros tantos si es subespecialista; comparado con el paciente que es una persona del común; pero, como se expuso antes, el solo hecho de contar con conocimientos médicos no necesariamente implica que se está en una mejor posición para probar. No es por esta situación que sea evidente un desequilibrio entre las partes, porque el paciente cuenta con todos los medios probatorios permitidos en la normatividad procesal para demostrar los hechos que sustentan sus pretensiones. El paciente tiene la facultad de aportar la historia clínica, que es de su propiedad y basta con elevar una solicitud para que reciba una

copia íntegra, toda vez que la custodia está en cabeza de la institución donde le prestaron los servicios médicos o del galeno, en caso de ser una práctica privada en su consultorio; además, el paciente puede aportar documentación científica del caso, dictamen de parte que puede solicitar a instituciones, universidades o asociaciones gremiales y, en caso de no contar con los recursos, solicitar amparo de pobreza para que el juez designe una entidad que realice la pericia e imponerle el pago a las demás partes presentes del proceso; adicionalmente, puede solicitar la comparecencia a la audiencia de declarantes que tienen la calidad de testigos técnicos por ser médicos que participaron en la atención pueden ilustrar al despacho sobre ese especial conocimiento científico con el que no se cuenta, y que, asimismo, deben asistir a declarar por ser este un deber que, como ciudadanos, se tiene con la administración de justicia so pena de que el juez los requiera, incluso, por medio de la policía. Igualmente, de todas estas oportunidades probatorias con las que cuenta el paciente, también tiene la facultad de participar activamente en el debate probatorio: oponerse a la prueba que aduzca su contraparte, esto es, el profesional, hacer uso de su derecho de contradicción e interponer los recursos procedentes a las decisiones tomadas por el juez. La pregunta es entonces, ¿es habitual que exista una real y evidente situación de desequilibrio entre las partes cuando se tienen todas estas opciones probatorias?

Otro ejemplo en el que se está en presencia de un caso complejo y altamente técnico en el cual se discute la responsabilidad médica de un campo en el que se supone solo existen en el país dos profesionales idóneos en la materia, y que los mismos hagan parte de una misma sociedad. El representante judicial del paciente solicitó como prueba la comparecencia de testigos técnicos, pero no pudo conseguir un dictamen al momento de elaborar su demanda, así que hace la gestión pertinente para solicitarle al juez la aplicación de la carga dinámica de la prueba debido a que el médico goza de una mejor posición probatoria debido a sus conocimientos científicos. El representante judicial del médico, por su parte, elabora la contestación, expone su estrategia de defensa, aporta documentación científica, cita a testigos que participaron en la atención y que conocen sobre el tema técnico por ser especialistas en la materia, pero no subespecialistas, como lo es su cliente, ya que como se expuso, solo existen

dos profesionales pares en el país. Sin embargo, no se aporta dictamen pericial porque justamente el único galeno par es socio de su defendido.

Aquí el juez no debería solicitarle al médico la aportación de un dictamen pericial de esas calidades ni podría solicitar apoyo a las universidades o entidades médicas, porque efectivamente no existe en el país quién pueda ser perito en el tema ya que por ser los profesionales socios habría un claro impedimento para rendir la pericia. Nuevamente la pregunta sería: ¿se encuentra el galeno en una mejor situación probatoria que el paciente? La respuesta es no, máxime cuando el galeno ha desplegado una conducta claramente colaboradora en el debate probatorio. Por lo mismo, la aplicación de la figura no sería procedente pues el solo hecho de contar con especiales conocimientos técnicos no hace que haya un desequilibrio procesal entre las partes. En este caso, el galeno también tiene la dificultad probatoria que tiene el paciente, y una aplicación de la figura sería claramente violatoria del derecho a la igualdad, máxime cuando el paciente tiene otros medios que le sirven para acreditar los supuestos de hecho que requiere para que sus pretensiones salgan adelante al no existir una tarifa legal probatoria en los procesos de responsabilidad civil médica, sin olvidar que la prueba dinámica es de aplicación excepcional, y que por lo mismo solo es procedente cuando la equidad lo hace necesario.

Ahora bien, en ningún caso la aplicación de esta figura puede operar para cubrir la evidente negligencia probatoria de las partes o, más bien, de los apoderados judiciales, pues en muchas ocasiones resulta evidente la irresponsabilidad de los apoderados judiciales en una asesoría indebida a su cliente, y una falta de conocimiento en el tema procesal, lo que sin duda no puede ser una situación para que el juez se incline a favor de la parte debido a que siente compasión por su situación de desventaja, pues esta fue creada por su propio abogado que no fue diligente en su representación. Hoy la normatividad procesal, independientemente de que se haya consagrado el dinamismo probatorio o no, trae muchas facilidades probatorias para que un abogado responsable realice una representación adecuada a su cliente.

Es pertinente indicar que lo ideal es que en el escenario judicial, las partes colaboren activamente con la búsqueda de una verdad material, donde cada parte asuma un papel activo con el fin de que la decisión judicial sea cada vez más aproximada a la verdad.

Sin duda, lo que propende el Estado Social de Derecho es encontrar una verdad material y lograr un fallo ajustado a lo realmente ocurrido, sin embargo, en la práctica jurídica se ve otra realidad, pues en el litigio, lo que realmente le interesa al abogado es ayudar a su cliente en el proceso, que salga adelante en sus intereses, que tenga la razón y que la verdad no impere. Resulta innegable que tanto el abogado como la parte no asumen un proceso para hacer justicia, sino para ganar y favorecer sus propios intereses.

Pero esto no es una crítica a lo que trae el Código General del Proceso, puesto que esta consideración es la justificación de la existencia del dinamismo probatorio. Debido a que el comportamiento de los abogados es la búsqueda del propio interés, en ciertos casos se hace necesario darle aplicación a la prueba dinámica para que finalmente con el proceso se logre administrar justicia con efectividad y acercarse a una verdad material.

El punto de vista del juez debe ser sustancialmente distinto, ya que su comportamiento si debe ser neutral y objetivo pues se espera que resuelva el caso objeto de litigio eligiendo una versión que sea lo más acorde posible con la realidad de los hechos, por lo tanto, se le exige que utilice los medios de prueba como recurso para lograr el conocimiento. De lo que se trata es entonces, que el juez se comporte de otra manera, que se involucre realmente en el debate probatorio para poder acercarse a un conocimiento real de lo ocurrido y debido a esto es que existen disposiciones normativas que lo permiten.

## CONCLUSIONES

- La responsabilidad civil médica se enmarca dentro de las responsabilidades subjetivas en donde resulta determinante el análisis de la conducta del agente causante del daño. En este tipo de responsabilidad, la conducta del profesional debe enmarcarse dentro de los postulados de la *lex artis* en donde el profesional, por regla general, adquiere con el paciente obligaciones de medio toda vez que no se compromete a la obtención de un resultado en específico, sino a desplegar lo necesario que este a su alcance para salvaguardar la vida e integridad de su paciente.

- El sistema de imputación propio de la responsabilidad civil médica es la culpa probada lo que implica que en un escenario judicial a la víctima – demandante le corresponde acreditar los presupuestos que la configuran para lograr una declaratoria de responsabilidad.

- Resulta indiscutible que en ocasiones la parte demandante en los procesos de responsabilidad médica se vea enfrentada a dificultades importantes a la hora de acreditar los presupuestos de la responsabilidad civil, por lo cual en aras de que se cuente con elementos probatorios que permitan un real acercamiento a la verdad material que subyace, la mayoría de los ordenamientos jurídicos han ido desarrollando mecanismos dirigidos a flexibilizar las tareas probatorias de las partes, entre ellos el dinamismo probatorio.

- El dinamismo probatorio en Colombia tuvo su origen en la doctrina y jurisprudencia, y se consagró normativamente con la expedición del Código General del Proceso. Este estatuto procesal se respalda en principios de orden constitucional propios el Estado Social de Derecho donde existe una nueva forma de interpretar el derecho dirigida a la realización de la justicia material. Esta figura representa una autorización legislativa otorgada al juez para recurrir a la equidad correctora del ordenamiento en casos excepcionales donde la carga estática resulte siendo una carga excesiva y propicie la adopción de una decisión injusta.

- Las facultades a nivel probatorio que tiene el juez en la jurisdicción ordinaria obedecen a la evolución de la concepción del proceso como un instrumento de carácter público, que está encaminado a la protección de los derechos fundamentales y legales, pero al mismo tiempo a la búsqueda de la verdad de los hechos, por lo cual al ser el juez el director del proceso, se encuentra autorizado para procurar la mejor resolución del asunto jurídico debatido lo que implica la solución de las diferencias probatorias que conllevan a decisiones injustas. Estas facultades que tiene el juez se deben ejercer cuando se considere objetivamente necesario, sin olvidar la imparcialidad e independencia que rigen su actividad para que se garanticen decisiones no fundadas en presiones externas e impere una posición neutral ajena a elementos subjetivos que favorezcan a alguna de las partes.

- La normativización de esta figura presenta inconvenientes interpretativos por lo que es preciso afirmar que es un problema conceptual y de aplicación en la práctica jurídica, que de justificación conceptual toda vez que la misma se respalda en principios constitucionales sólidos. Por lo tanto, en la medida en que realice una correcta interpretación de la norma y se cumpla con un cuidadoso análisis de ponderación de los derechos de las partes y principios procesales que están en juego, el juzgador evitará incurrir en abusos del derecho donde sea evidente un menoscabo al debido proceso. La aplicación de esta figura en ningún caso podría suplir la negligencia de la parte, o más bien, de su representante judicial.

- Al ser la carga de la prueba un imperativo del propio interés que tiene la parte de convencer al juez acerca de la veracidad de los hechos, es lógico que en caso de no hacerlo dicha circunstancia fáctica se tendrá por inexistente. La carga de la prueba entonces le permite al juez finalizar el proceso cuando la parte no logra cumplir con el estándar de prueba y, por consiguiente, no logra persuadir al juzgador. En consecuencia, el juez le asigna a la parte que tiene la carga, la incertidumbre del hecho, beneficiando así a la otra parte.

En esta medida, en los procesos de responsabilidad civil médica una inversión de la carga supone que el juez reasigne la misma, caso en el cual, al demandante, que

sería el paciente o las víctimas indirectas, le bastará con alegar lo que afirma, siendo el demandado, el profesional médico, quien debe descartar la presencia del hecho. Una inversión de la carga de la prueba supone entonces que el demandante sea relevado de la prueba, lo que representa modificar el supuesto de hecho de la norma sustantiva, lo que genera a su vez indeterminación del derecho e inseguridad jurídica.

- Se incurre en error al confundir dos preguntas distintas que consisten en ¿Quién pierde el proceso si no hay prueba? y ¿Quién debe allegar o producir la prueba al proceso? Resulta incorrecto afirmar que la modificación en la respuesta a la segunda pregunta, también genera modificación en la primera. En este sentido, la disponibilidad y la facilidad probatoria son razones lógicas para imponer el deber de aportar la prueba, pero no justifica una inversión en la carga de probar.

- Debido a las posibles interpretaciones que se le pueden dar a la norma que consagra el dinamismo probatorio en nuestro ordenamiento jurídico, en donde se puede incluso pensar que estamos ante la posibilidad de que el juez en cada caso cambie la norma sustancial y, más gravoso aún, que se considere que estamos en presencia de una presunción de culpa o de responsabilidad, la propuesta de entendimiento respecto al artículo 167 del Código General del Proceso es que con el mismo se busca que las partes colaboren activamente en la búsqueda de la verdad material, y que en caso de que alguna tenga más facilidades probatorias, ésta debe colaborar para que el acercamiento a la realidad de cómo ocurrieron los hechos sea posible, so pena de un indicio en contra que por sí solo difícilmente puede ser el fundamento de una sentencia condenatoria. Por lo tanto, esta forma de comprender el dinamismo probatorio que involucra el deber de colaborar y de producir evidencia por ambas partes, no implica realmente una inversión de la carga de la prueba.

- La forma de comprender la incursión del dinamismo probatorio en la normatividad procesal colombiana, se debe limitar a entender que lo que se busca por el legislador es contar con la posibilidad de que el juez tenga la potestad de exigir la colaboración activa de las partes, requiriéndolas en caso de que ostenten una mejor

posición pudiendo inferir indicios en contra en caso de negarse a prestar tal contribución.

- Al ser la carga dinámica de la prueba una figura de aplicación excepcional, corresponde al juzgador realizar una valoración exhaustiva, que este motivada de manera suficiente y adecuada con el fin de velar por las garantías de los derechos fundamentales de la parte a la cual se le asignará un deber que en principio no le correspondería. Por lo tanto, los supuestos que el artículo 167 del Código General del Proceso trae como ejemplo de cuando considerar que la parte se encuentra en una mejor posición para probar, no pueden ser invocadas en abstracto, sino que deben ser valoradas en las precisas condiciones extraordinarias del caso.

- Debido a los problemas que pueden suscitarse con la interpretación de la norma que consagra la figura de la carga dinámica de la prueba, se recomienda que los abogados al asumir la representación de sus clientes, ya sea de la víctima o del profesional de la salud, sean responsables en el mandato que se les otorga y no ignoren el riesgo en el que se encuentran si en el escenario judicial su actitud es pasiva, donde sea evidente la falta de solidaridad procesal, lo que implica que muy probablemente su estrategia conlleve a consecuencias desfavorables. Así, al ser la responsabilidad médica un tema tan técnico, lo ideal es que el abogado se asesore de profesionales idóneos, haga uso de todas las posibilidades probatorias que el Código General del Proceso le otorga para aportar o producir las pruebas que estén a su alcance; si no es posible esto, debe acreditarle al juez por qué su posición es claramente desventajosa pese a los intentos realizados por lograr la prueba con el fin de que de aplicación al dinamismo probatorio y solicite a la parte contraria la colaboración pertinente para lograr la prueba o que haga uso de sus poderes oficios y decrete pruebas de oficio, ya que un real compromiso por la búsqueda de la verdad material, tanto del juez como de las partes, donde se haga evidente el fortalecimiento del principio de la solidaridad y lealtad procesal, es el objetivo hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico procesal que implica una acción conjunta de todos sujetos intervinientes.

## REFERENCIAS

- Acero Gallego, L. G. (2014). *Modificación al régimen de la carga de la prueba a partir del Código General del Proceso*. Bogotá, (Coord), Horacio Cruz Tejada: Universidad de los Andes.
- Achaval, A. (1983). *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Agudelo Ramírez, M. (2007). *El proceso jurisdiccional*. Medellín: Comlibros.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado .
- Bueres, A. (2008). *Responsabilidad Civil de los Médicos* (3a ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Calamandrei, P. (1955). Verità e verosimiglianza nel processo civile. En G. Valeri, *Studi in Onore. Vol I* (págs. 461-492). Milano: Giuffrè.
- Congreso de Colombia. (26 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. D.O. 2.867.
- Congreso de Colombia. (18 de febrero de 1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. [Ley 23 de 1981]. D.O. 35.711 .
- Congreso de Colombia. (16 de enero de 1991). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de anestesiología y se dictan otras disposiciones. [Ley 6 de 1991]. D.O. 39.631.
- Congreso de Colombia. (23 de Diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]. D.O. 41.148.
- Congreso de Colombia. (7 de junio de 2001). Por la cual se reglamenta la especialidad médica de radiología e imágenes diagnósticas y se dictan otras disposiciones. [Ley 657 de 2001]. D.O. 44.450.

Congreso de Colombia. (3 de octubre de 2007). Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud. [Ley 1164 de 2007]. D.O. 46.771 .

Congreso de Colombia. (19 de enero de 2011). Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1438 de 2011]. D.O. 47.957.

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Código de General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. D.O. 48.489 .

Consejo de Estado . (20 de octubre de 2014). Sentencia Rad. 5000-23-26-000-2001-01792-01(30166). [C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz] .

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo . (19 de agosto de 2009). Sentencia 17733. [C.P. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de octubre de 1990). Sentencia 5902. [C.P. Gustavo de Greiff Restrepo].

Consejo de Estado. Sección Tercera. (31 de agosto de 2006). Sentencia Expediente No. 15772. [C.P. Ruth Stela Correa Palacio].

Corte Constitucional . (28 de marzo de 2012). Sentencia C-250. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional . (24 de febrero de 2016). Sentencia C-086. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional . (16 de diciembre de 2019). Sentencia T-615. Expediente referencia: T-7.312.697. [ M.P. Alberto Rojas Rios].

Corte Constitucional. (25 de septiembre de 1997). Sentencia C-475. Expediente D-1630. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (17 de mayo de 2011). Sentencia T-423. Expediente referencia: T-2.915.465. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Suprema de Justicia. (24 de mayo de 2017). SC7110-2017/2006-00234. Radicado 05001-31-03-012-2006-00234-01. *[M.P. Luis Armando Tolosa]*.

Corte Suprema de Justicia. (28 de marzo de 2017). Sentencia SC9193-2017, Radicación: 1101-31-03-039-2011-00108-01. *[M.P. Ariel Salazar Ramírez]*.

Corte Suprema de Justicia. (20 de junio de 2019). Sentencia 2202-2019 . *[MP. Margarita Cabello Blanco]*.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (16 de diciembre de 2010). Sentencia Expediente 11001-3103-008-1989-00042-01. *[M.P. Arturo Solarte Rodríguez]*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación en lo civil. (29 de octubre de 1930). Sentencia . *[G.J. T. XXXVIII]*.

Corte Suprema de Justicia. (12 de Septiembre de 1985). Sentencia. Gaceta judicial N.º 2419. *[M.P. Horacio Montoya Gil]* .

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. (20 de junio de 2016). Sentencia Rad. 11001-31-03-039-2003-00546-01. p. 38. *[M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez]*.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (13 de septiembre de 2002). Sentencia 6199. *[M.P. Nicolas Bechara Simancas]*.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (22 de julio de 2010). Expediente 41001-3103-004-2000-00042-01. *[M.P. Pedro Antonio Munar Cadena]*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil . (19 de mayo de 2011). Sentencia Expediente 05001-3103-010-2006-00273-01. *[M.P. William Namen Vargas]*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (12 de septiembre de 1985). Sentencia . *[M.P. Horacio Montoya Gil]*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (15 de enero de 2008). Sentencia Expediente No. 11001-3103-037-2000-67300-01. *[M.P. Edgardo Villamil Portilla]*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (15 de septiembre de 2016). Sentencia Radicado 11001 31 03 018 2001 00339 01. [M.P. Margarita Cabello Blanco].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria . (30 de enero de 2001). Sentencia 5507. [M.P. José Fernando Ramírez Gómez].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (30 de noviembre de 2011). Sentencia Ref. 76001-3103-002-1999-01502-01. [M.P. Arturo Solarte Rodríguez].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2 de marzo de 2016). Sentencia. SC2506-2016. [M.P. Margarita Cabello Blanco].

Cortés Domínguez, V. (1972). Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 3(2), 584-585.

Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación*. Madrid: Christian Courtis, p.122.

Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3a ed.). Buenos Aires: Depalma.

Cruz Tejada, H. (2015). La carga de la prueba y algunas problemáticas. En *Memorias del XXXVI Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. (pág. 404). Bogotá: Universidad Libre.

Devis Echandia, H. (2006). *Teoría General de la prueba judicial. Tomo 1*. Bogotá: Temis.

Fernández López, M. (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: La Ley.

Ferrer Beltrán, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la Confusión y lo innecesario. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, & L. J. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (págs. 53-84). Madrid: Marcial Pons.

Giannini, L. J. (2019). Revisitando la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, & L. J. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (págs. 89-97). Madrid: Marcial Pons.

González Granada, P. (2009). Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC. En *Carga de la prueba y responsabilidad civil* (págs. 29-74). Valencia : Tirant lo Blanch.

Jaramillo Jaramillo, C.I. (2015). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad medica*. (3a reimpresión). Bogotá: Grupo editorial ibañez.

Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellin. (12 de febrero de 2019). Auto. Radicado 05001310301020170058300.

Juzgado 12 Civil Municipal de Medellin. (3 de julio de 2018). Auto Radicado 05001400301220170061600.

Liebman, E. T. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil* (3a ed.). Buenos Aires: Depalma.

Martínez Rave, G. (1996). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Aspectos sustanciales y procesales*. Medellín: Diké.

Ministerio del Interior y de Justicia. (2011). Proyecto de Ley de Código General del Proceso. Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Proyecto de Ley N.º 159 de 2011. Senado-196 de 2011 Cámara. . [Coord. P. Senador Hernán Andrade].

- Nieva Fenoll, J. (2019). La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debiera ser abolida. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, & L. J. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (págs. 23-49). Madrid: Marcial Pons.
- Nisimblat, N. (2018). *Derecho probatorio. Técnicas del juicio oral*. (4a ed.). Bogotá: Ediciones doctrina y ley.
- Parra Quijano, J. (2004). *Manual de Derecho Probatorio* (11 ed.). Bogotá: Librería del Profesional.
- Pérez Vives, A. (1995). *Teoría general de las obligaciones. Volumen III, segunda parte* (Vol. II). Bogotá D.C: Editorial Temis .
- Peyrano, J. (2004). Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. En *Memorias del XXV Congreso del Instituto Colombiano de Derecho procesal* (págs. 753-758). Bogotá: Editorial Universidad Libre.
- Peyrano, J. W. (2004). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- República de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (6 de octubre de 2015). Adoptan medidas para garantizar el aseguramiento al régimen subsidiado de los migrantes colombianos que han sido repatriados que han retornado voluntariamente al país o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela. [*Decreto 1978 de 2015*]. D.O. 49.657.
- Rosenberg, L. (2004). *La carga de la prueba* (3a ed.). (E. Krotoschin, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- Rosenberg, L. (2017). *La carga de la prueba*. Lima: Olejnik.
- Tamayo Jaramillo, J. (1993). *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

- Tamayo Jaramillo, J. (2008). *Tratado de la Responsabilidad Civil - Tomo I* (2a ed. 5a reimpresión ed.). Bogotá: Legis S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (2011). *Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo* (reimpresión 2011). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Taruffo, M. (2009). Ciencia y Proceso . En *Páginas sobre justicia civil* (págs. 455-456). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (4a ed.). Madrid: Trotta.
- Tribunal Superior de Medellín . (19 de febrero de 2015). Sentencia. Radicado 2011 00751. [M.P. Martín Agudelo Ramírez].
- Tribunal Superior de Medellín. (22 de mayo de 2018). Sentencia Radicado 0500131030022013043101. [M.P. Julián Valencia Castaño].
- Tribunal Superior de Medellín. (12 de abril de 2019). Auto unipersonal de decisión. Radicado 05001310300920170048501. [M.P. Martha Cecilia Lema].
- Velásquez Gómez, H. D. (2010). *Estudio sobre Obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Yepes Restrepo, S. (1996). *La responsabilidad civil médica* (4a ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.