

Valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y garantías procesales

Por
Semillero de Investigación en Derecho
Procesal de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas*

Aceptar el concepto relativista y aproximativo de la verdad procesal, con respecto a la verdad como correspondencia, conlleva a dilucidar que existen grados o medidas de conocimiento que necesariamente se sitúan a lo largo de una escala en la cual pueden ser ordenados, distinguidos y comparados.



1. A modo de introducción

Ante los avances técnicos y científicos, particularmente, en el campo de la Medicina, la práctica judicial encuentra situaciones que desbordan las regulaciones legales; por ello, aparecen lagunas o casos difíciles que el juez tendrá que resolver en aras de hacer realidad el derecho material que el ciudadano aduce como vulnerado o en disputa. Precisamente, uno de los problemas a los que se ha enfrentado la justicia, en algunos casos, radica en la imposibilidad o la dificultad de establecer, probatoriamente, en grado de certeza, la relación causal entre la falla del servicio médico y el daño, generando esto problemas para el ciudadano que quiera acudir ante la jurisdicción con el fin de hacer valer su derecho a una posible indemnización ante un daño relacionado con la práctica médica, consistente en cumplir con la carga de probar ese nexo y los demás extremos de la responsabilidad médica.

Un caso paradigmático en la jurisprudencia administrativa, alude al de una menor, que ingresó al Instituto Nacional de Cancerología con el fin de obtener un diagnóstico médico en relación con una masa tumoral que mostraba en los distintos exámenes de laboratorio, gamagrafías, radiografías y tomografías; debido a

Es de advertir que, de acuerdo a la carga de la prueba, quien tenga interés en hacer valer un derecho tiene la autoresponsabilidad de llevar la prueba que lo acredite, y en caso de ausencia o de duda, el juez deberá desfavorecerlo en la sentencia. Generalmente, en estos problemas de la prueba del nexo causal en la responsabilidad médica, le correspondería la carga de la prueba al demandante, y en caso de que en el proceso no se logre probar con certeza el mismo, como lo exige la ley procesal, el juez deberá denegar el derecho invocado.

ello, los médicos del Instituto le practicaron a la menor una cirugía en la cual se le produjo un desplazamiento de la médula espinal, razón por la cual quedo parapléjica. Quince horas más tarde se le practicó otra cirugía para retirarle la cera ósea que estaba comprimiendo la médula, no obstante, no fue retirada en su totalidad. Debido a esta circunstancia, la menor debió ser intervenida nuevamente en otro centro hospitalario en el que le fue retirado el resto de cera ósea, empero el daño irreversible -parapleja- ya estaba causado¹. El problema se encuentra en establecer con certeza si la parapleja se debió a la masa tumoral o a la mala práctica médica en el Instituto Nacional de Cancerología.

Es de advertir que, de acuerdo a la carga de la prueba, quien tenga interés en hacer valer un derecho tiene la autoresponsabilidad de llevar la prueba que lo acredite, y en caso de ausencia o de duda, el juez deberá desfavorecerlo en la sentencia. Generalmente, en estos problemas de la prueba del nexo causal en la responsabilidad médica, le correspondería la carga de la prueba al demandante, y en caso de que en el proceso no se logre probar con certeza el mismo, como lo exige la ley procesal, el juez deberá denegar el derecho invocado. De esta manera, el litigante puede verse, en estos casos, desprovisto de los medios probatorios que le permitan acceder a la jurisdicción con el fin de hacer valer su derecho.

Ante esta situación, el Consejo de Estado, amparado en criterios de equidad, ha decidido mitigar la carga de la prueba al demandante, disminuyendo el grado o estándar de prueba de certeza para fundamentar

el nexo causal hacia una verosimilitud prevalente. Así, el juez queda excusado de fundar su decisión a partir de la certeza, bastándole para establecer la misma, aquellos hechos que aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. En otros términos, significa que aquél que pretende hacer valer su pretensión apoyándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, "en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante"².

No obstante, esta posición del Consejo de Estado encuentra algunos reparos, ya que al disminuir el estándar de prueba de certeza a una probabilidad preponderante, produce como efecto una desvalorización de las garantías procesales constitucionales y legales, entre ellas, el derecho fundamental a la prueba, y los principios de la necesidad de la prueba, la valoración racional y la contradicción etc. En contraste con esta solución procesal del Consejo de Estado, en el presente artículo se propone una solución en el ámbito sustantivo, con la teoría del riesgo, que permite, de un lado, aplicar la equidad en la decisión y por el otro, deja incólumes las garantías procesales constitucionales.

2. Posición del Consejo de Estado

2.1 De las diversas posiciones que históricamente ha asumido el Consejo de Estado sobre la responsabilidad médica

Ciertamente, el Consejo de Estado ha sufrido una evolución con respecto a la responsabilidad médica, que se puede resumir de la siguiente forma:

En un primer momento que vivió la jurisprudencia del Consejo de Estado, apoyado en la teoría de la falla del servicio probada, se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, ya que de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio, tratándose de una obligación de medio³.

En un segundo momento, la Corporación acogió el principio de presunción de falla del servicio médico considerando que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica⁴. Lo anterior sirve para indicar que las actividades médicas se en-

en relación con la disminución del estándar o el módulo de prueba, el Consejo de Estado, fundamentado en criterios de equidad, le ha permitido a quien le corresponde probar la falla en el servicio y la relación causal, que cuando la prueba sobre la misma sea difícil por falta de certeza, exactitud, por la complejidad del tema o incluso por carencia de prueba, el juez deberá simplemente llegar al grado de conocimiento de la probabilidad de su existencia, lo que se ha denominado grado de probabilidad preponderante.

cierran dentro de las actividades peligrosas, y por tanto la diligencia y el cuidado le corresponde demostrarlos al médico. No obstante, se critica a esta posición pues se está presumiendo la negligencia del médico, es decir, su culpa, lo cual constituye una injusticia debido a que el médico sólo tiene injerencia en la práctica de la intervención, mientras que el paciente es quien debe brindarse los cuidados necesarios para una recuperación satisfactoria. Ante este cuestionamiento aparece el siguiente momento.

En un tercer momento, el Consejo de Estado apoya la teoría de la carga dinámica de la prueba, la cual se aplica a cada caso en concreto, donde el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones para probar. Se trata en estos casos de eximir de la aplicación la concepción privatista de la carga del Código de Procedimiento Civil, según la cual, incumbe a la parte interesada soportar el desfavorecimiento en la sentencia si los hechos no llegan a establecerse. El fundamento de la carga dinámica se encuentra en los principios de igualdad material y de equidad que permite variar la carga de la prueba según la facilidad de la parte para aportar la prueba atendiendo a razones técnicas o por las circunstancias del caso.

En un cuarto momento, aparece en la jurisprudencia administrativa la doctrina de la disminución del módulo de la prueba, la cual se analizará en el acápite siguiente.

2.2 De la doctrina del Consejo sobre la disminución del módulo de prueba

Precisamente, en relación con la disminución del

estándar o el módulo de prueba, el Consejo de Estado, fundamentado en criterios de equidad, le ha permitido a quien le corresponde probar la falla en el servicio y la relación causal, que cuando la prueba sobre la misma sea difícil por falta de certeza, exactitud, por la complejidad del tema o incluso por carencia de prueba, el juez deberá simplemente llegar al grado de conocimiento de la probabilidad de su existencia, lo que se ha denominado grado de probabilidad preponderante. De esta forma, se sustenta que el Juez puede fundar su decisión sobre los hechos que aún sin estar establecidos de manera irrefutable aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. Tampoco se trata de que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible entre los elementos de hecho alegados, sino que el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables⁵.

Para el Consejo de Estado⁶ esta teoría de la disminución del módulo de prueba ha encontrado, además, una aplicación importante en la demostración de la relación de causalidad en los casos de la pérdida de una oportunidad, en los cuales no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse; cuando esto se establezca, habrá un resarcimiento. Este es el caso en el que un paciente con una enfermedad terminal al que se pronostica, por ejemplo, un mes de vida, y por esta razón la institución de salud omite prestarle el servicio en consideración a la proximidad de su muerte. En estos casos existe responsabilidad por la pérdida de oportunidad de haber vivido siquiera un día más.

Debe advertirse que esta teoría de la disminución del módulo de prueba concurre con cualquier forma de responsabilidad –bien de falla probada o presunta–, o con las distintas teorías de la carga de la prueba –privatista o dinámica–. A continuación, se analizará desde la praxis judicial esta teoría en el Consejo de Estado.

Ahora bien, entre algunos de los casos que el Consejo de Estado⁷ ha resuelto fundamentado en esta teoría de la disminución de módulo de prueba se tiene el caso ya aludido en la parte introductoria de este trabajo. Éste es quizás uno de los casos más claros en los que la jurisprudencia ha aplicado esta teoría de la disminución del estándar de la prueba sobre la relación de causalidad por dificultades técnicas para establecerla.

En este sentido, la misma Corporación⁸ se refiere a un caso en el cual una paciente ingresa a una institu-

ción de salud presentando un dolor abdominal y se le diagnostica parasitosis, pero luego muere en otra institución a consecuencia de un shock séptico causado por una apendicitis aguda, que era la causa de su dolor abdominal. En este caso estamos ante una relación de causalidad hipotética, ya que el paciente hubiera podido sobrevivir si se le hubiera hecho el diagnóstico correcto, por lo que no se tiene certeza sobre si la causa de la muerte se debió o no al diagnóstico errado que se le hizo inicialmente.

Otro caso interesante al que alude el Consejo de Estado⁹ es el de una recién nacida que muere por broncoaspiración. No obstante, se discute si la causa fue la falta de asistencia oportuna en la institución de salud en la cual se encontraba luego del parto de la madre o por una regurgitación de la leche que se le había suministrado a la bebé, dado que se encontraron residuos de leche en sus vías respiratorias. En este caso, el Consejo aplicó también el concepto de probabilidad preponderante, aunque llegó a la conclusión de que no se demostró con el suficiente grado de probabilidad que la causa fuera atribuible a la omisión médica.

También se presenta otro caso en el que claramente el Consejo de Estado¹⁰ reduce el módulo de prueba con respecto a la relación causal; se trata de un menor de edad a quien desde su nacimiento le fue diagnosticada una enfermedad congénita; pasados tres meses se le inició un tratamiento con el fin de solucionar tal enfermedad; para ello se le practicó una cirugía. Después reingresó por servicios de urgencias, de lo cual no se encuentra anotación ninguna en la historia clínica; sólo el reporte de que la madre del menor decidió retirarlo de la atención hospitalaria por parte del Seguro Social. La madre lo trasladó a urgencias de una clínica privada; allí, el niño fue puesto en tratamiento, le suturaron la herida quirúrgica y le hicieron los exámenes omitidos por el Seguro a partir de los cuales concluyeron que el niño había contraído MENINGITIS. En este caso, la sentencia en comento consideró que para establecer la relación de causalidad entre el daño y la omisión de tratamiento post-quirúrgico bastaba la probabilidad preponderante, dado que no hubo forma de probar esta debida asistencia médica.

Es pertinente advertir que la doctrina de la disminución del módulo de prueba no es en verdad novedosa sino que viene desde hace varias décadas planteada por la literatura jurídica. A modo de ejemplo, el procesalista GERHARD WALTER¹¹ hace un extenso estudio sobre la aplicación de la doctrina de la disminución del módulo de prueba en los años setenta; este

autor aplica esta teoría tanto para los casos de causalidad hipotética como para la real, e incluso para otros casos de responsabilidad extracontractual y en derecho laboral. Ilustra lo anterior los siguientes casos que contempla este autor¹²:

En el caso de las enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, se plantea en muchas ocasiones si la incertidumbre sobre la relación causal es insalvable, como en la situación de la persona a la cual el accidente le dejó un brazo paralizado. No obstante, existe la posibilidad de que la causa haya sido la práctica de un deporte y no el trabajo. Exigir el grado de certeza en estas situaciones es hacer nugatorio el derecho material de las personas dentro de una comunidad, que se ha puesto por objetivo la realización del Estado Social; por lo tanto, basta como prueba una "verosimilitud rayana con la certeza".

También en el evento de las lesiones prenatales. Si una mujer sufre un accidente de tránsito en el sexto mes de embarazo y el nasciturus nace con una lesión cerebral que puede atribuírsele a ese accidente, pero también a una deformación producida en el vientre materno, habrá que responder a las dificultades de prueba derivadas de la naturaleza de la cosa, en la cual influyen como factores hereditarios, o trastorno durante la gravidez, lo cual reduce los requisitos de la prueba.

Asimismo, en los supuestos de trabajo peligroso, como es el caso del trabajador que conduce el vehículo de la empresa cuando explica que se había desviado de

En el ámbito de la concepción-legal racional de la justicia se puede indicar que la justa y legal decisión es realizable a través de la consecución de la verdad, empero esa verdad debe ser entendida como una verdad aproximativa respecto del ideal de la perfecta correspondencia (verdad objetiva), que indica al juez que su conocimiento sobre los hechos debe adecuarse, corresponder con los eventos del mundo real sobre los que recae su decisión.

Se reitera que el proceso debe orientarse a la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en mayor medida posible con la realidad de los hechos, pues, una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se investigue la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de manera errónea.

la calzada para esquivar a un motociclista que había aparecido súbitamente en ella, no habiéndose podido comprobar la existencia de la motocicleta. En este caso bastaría con que fuera probable que el hecho hubiera ocurrido de esa forma para evitar la sanción del patrono.

3. Críticas a la posición del Consejo de Estado

De lo anterior se deduce que cuando el Consejo de Estado recurre a su teoría de reducir el módulo de prueba con el fin de establecer la relación de causalidad, lo que busca en últimas es hacer triunfar la equidad. Esta es una posición muy loable, ya que tal disminución del módulo o estándar de prueba se justifica por el interés de lograr una verdadera satisfacción efectiva del derecho material requerido. De esta manera, no se hace nugatorio el derecho de acción de la víctima en eventos de dificultad probatoria respecto de la certeza de los hechos.

No obstante, tal justificación loable, es preciso hacer algunas advertencias:

- Esta solución que en el campo procesal acoge el Consejo de Estado, sería aplicable únicamente en casos excepcionales, pues si bien en el ámbito judicial no es posible llegar a una certeza absoluta en virtud de las limitaciones de la naturaleza humana, sí puede y debe llegarse de forma aproximativa a ésta, obedeciendo al principio regulativo del ideal de correspondencia, que condiciona las decisiones en los procesos jurisdiccionales, tal cual se analizará en el acápite que sigue.

- Por otra parte, es necesario indicar que esa equidad constituye una inconsistencia en el campo de la convicción del juez frente a la prueba, debido a que no puede decirse que un hecho se encuentre probado por equidad o viceversa, sino que el estándar de prueba depende de criterios esencialmente epistemológicos y no principios de carácter político o moral. En otras palabras, resulta incongruente hablar de equidad en el campo de la convicción del juez sobre la prueba, debido a que si pudiera decirse que por equidad se da por probado algo que no lo está, igual habría que decir que por equidad cuando algo está probado, habría que darlo por no demostrado. En última instancia, la idea de equidad en este campo produce el efecto inverso, cual es la inequidad.

- Otro de los cuestionamientos que se le puede hacer a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en lo referente al concepto de probabilidad preponderante para disminuir el módulo o estándar de prueba, radica en el hecho de que se revierte en una disminución de los requisitos de prueba, toda vez que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resiste las garantías de verdad o reglas epistemológicas de la contrastación, la necesidad de prueba y la refutación, que precisamente se instauraron como cautela contra el arbitrio judicial, tal cual se analizará en el acápite que sigue.

- El hecho de que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resista un examen crítico de racionalidad, conlleva a soslayar la valoración racional de la prueba entendida como una de las fases del derecho fundamental a la prueba, ya que la decisión judicial realmente no se basa en pruebas que generen convicción cierta sobre los hechos sino en ficciones de verdad creadas por criterio de autoridad al socaire del principio de equidad.

- Ahora, si partimos de la idea según la cual existen soluciones en el campo sustancial que satisfagan ese principio de equidad, no habría razón para acudir a remedios en el campo procesal, máxime cuando se hace a costa de garantías fundamentales de los ciudadanos en un Estado de Derecho, tales como la necesidad de la prueba.

Como podrá verse, las críticas realizadas confluyen básicamente en dos temas básicos; de un lado, la importancia de tener como modelo regulativo o de corrección la denominada verdad como correspondencia; del otro, la reafirmación de las garantías clásicas procesales y probatorias que permiten la consecución de la verdad en el proceso; y finalmente, las críticas están dirigidas a abordar en el campo sustancial soluciones

que permitan la aplicación de la equidad en los casos en que existe dificultad o imposibilidad de establecer el nexo causal, sin soslayar los derechos constitucionales de las personas. Al efecto, a continuación se tratarán los temas mencionados a manera de propuesta.

4. Propuesta

4.1 La verdad procesal como correspondencia

Precisamente, con respecto a la verdad en los procesos judiciales existen diversas orientaciones epistemológicas y praxis judiciales que han sido divergentes: algunas consideran que la certeza de los hechos nunca es absoluta, sino acaso relativa, y por ello el juez no podría conocer la verdad sobre los mismos, debido a que la existencia de pruebas incuestionables, indubitables, es poco frecuente en la práctica; no obstante, esto no es excusa para que el proceso judicial deba orientarse hacia la investigación y efectiva reconstrucción de los hechos de la causa, pues la verdad es un presupuesto necesario de la justa y legal decisión.

En contraste con este planteamiento, existen otras orientaciones que excluyen de plano la posibilidad de obtener un conocimiento de la realidad, es decir, consideran la indagación de la verdad como un problema sin sentido, y por lo tanto el proceso judicial es simplemente considerado como un método para la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses, cuyas decisiones pueden ser eficaces, aún sin estar fundadas en la determinación verídica de los hechos de la causa.

No obstante esta complejidad, autores como LUIGI FERRAJOLI¹³, MICHELE TARUFFO¹⁴, MARINA GASCÓN¹⁵, advierten que es inadmisibles negar de plano la verdad procesal de los hechos, y por lo tanto del proceso, sin dar una justificación razonable; porque tal como lo indican los autores en mención, es posible lograr la verdad en el proceso, a través de la adopción de un modelo epistemológico de corte racionalista, es decir, de un criterio de análisis, que permita, por un lado, desechar el escepticismo sobre la verdad de los hechos en el proceso, y por otro lado, en el plano procesal, determinar de manera racional la justicia de la decisión, que impele y exige al juzgador a resolver la contención a partir de decisiones "justas", máxime en un Estado de Derecho como al que constantemente apelamos.

Argumentando de esta manera, en el ámbito de la concepción-legal racional de la justicia se puede indicar que la justa y legal decisión es realizable a través

No obstante, nuestra posición sigue siendo, si existen soluciones desde el campo sustancial no hay porque recurrir al recorte de garantías dentro del proceso (Soluciones Procesales), como sacrificar el principio de necesidad de la prueba, por ejemplo.

de la consecución de la verdad, empero esa verdad debe ser entendida como una verdad aproximativa respecto del ideal de la perfecta correspondencia (verdad objetiva), que indica al juez que su conocimiento sobre los hechos debe adecuarse, corresponder con los eventos del mundo real sobre los que recae su decisión. En el contexto procesal, el modelo de verdad por correspondencia adopta el matiz de condicionador de las decisiones jurisdiccionales, introduciendo en el mismo, la exigencia de que exista una correspondencia entre la determinación judicial y la realidad a la que se refiere la decisión.

De esta forma, afirma TARUFFO¹⁶ que la importancia de acoger la verdad como correspondencia tiene que ver con el hecho de que la administración de justicia recrea dentro del proceso fenómenos de la vida real, en ningún caso sueños, ni productos imaginarios; por lo tanto, parece obvia la idea de que el litigio se gana o pierde con fundamento en la efectiva demostración de la realidad de los hechos, además de una adecuada interpretación normativa.

Es pues la teoría de la verdad como correspondencia la mejor situada y la que mejores resultados produce dentro del contexto del proceso. Toda vez que expresa que el problema de la verdad -aceptando la correspondencia- permite realizar un traslado hacia los límites y criterios con los cuales se puede alcanzar un conocimiento en el proceso que coincida con la realidad empírica y por tanto pueda tenerse como verdadero.

Es importante aclarar que la verdad procesal es rela-

tiva, aproximativa respecto del ideal de la perfecta correspondencia, y es además subjetiva, pudiéndose por tanto aspirar a una certeza subjetiva. Es relativa, porque la verdad tanto en el proceso como en la ciencia depende de los datos disponibles en un momento determinado, y es subjetiva porque se forma en el sujeto congnoscente, es decir, en el juzgador. Lo que es rechazable es que la verdad sea absoluta, o que sea objetiva, y por lo tanto, no es tampoco posible llegar a una certeza objetiva. Si se habla desde un punto de vista objetivo, es preciso rechazar la exigencia de la certeza, y por lo tanto, aceptar el paradigma de la probabilidad.

Aceptar el concepto relativista y aproximativo de la verdad procesal, con respecto a la verdad como correspondencia, conlleva a dilucidar que existen grados o medidas de conocimiento que necesariamente se sitúan a lo largo de una escala en la cual pueden ser ordenados, distinguidos y comparados. En un extremo se halla el desconocimiento, haciendo tránsito por la verosimilitud o posibilidad y luego a la probabilidad, y en el extremo opuesto aparece la verdad absoluta. Sin embargo, debe considerarse que este último constituye un valor de referencia, un valor tendencial que no puede ser alcanzado, pero que sirve para orientar y concretar los valores "relativos concretos" que se sitúan entre los dos extremos de la escala. Un grado de conocimiento es un "grado" en la medida en que se coloca en un punto intermedio entre el desconocimiento y la verdad absoluta de algo¹⁷.

4.2 Garantías procesales

A propósito de este ideal de correspondencia y de los criterios controlables de la discrecionalidad jurisdiccional, GASCÓN¹⁸ llama la atención de una manera original, sobre la necesidad de establecer unas garantías epistemológicas, que dada su importancia preferimos denominarlas garantías de verdad, que permiten lograr que la verdad obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad objetiva, o lo que es lo mismo para TARUFFO, de obtener grados de conocimientos mayores al principio regulativo de la verdad como correspondencia, sin desconocer, obviamente, como se ha reiterado, que la verdad de los hechos nunca es una verdad absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable que genera certeza subjetiva –nunca objetiva–, o sostenida por mayores elementos de confirmación.

Reconociendo pues la naturaleza falible de los resultados probatorios, GASCÓN¹⁹ formula las reglas metodológicas o garantías de verdad con el fin de aproximar a lo máximo esos resultados a la verdad, ob-

Debe tenerse presente que las garantías procesales son conquistas humanas que no pueden soslayarse en el proceso so pena de incurrir en el arbitrio judicial. Por ello, se propone que se encaminen las soluciones a los problemas del nexo causal en la responsabilidad médica hacia modelos de carácter sustancial...

teniendo de esta manera la verdad procesal, y por lo tanto, de la justicia material. Entre ellas se encuentran:

- En la formulación del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante la contrastación empírica (directa o indirectamente).
- Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico, es necesaria prueba del mismo, sea éste observacional, deductivo o inductivo.
- Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzguen debe poder usarse.
- Si a la vista de nuevos datos pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de una hipótesis, debe hacerse.
- Se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de la libre valoración interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados (enunciados sobre) hechos que se estimen insuficientemente probados.

En términos simplistas, las anteriores reglas aluden a la necesidad de la prueba, que asegura la verificación y la refutación de las proposiciones judiciales, a la libertad de medios de prueba, que posibilita eliminar los obstáculos para la obtención de la prueba, a la libre valoración, que permite la valoración de la prueba por parte del juez, a partir de la lógica y la razón, a la contradicción de las pruebas existentes. Todas ellas dirigidas a obtener bases

sólidas que le permitan dar al juzgador por probados los hechos que interesan al debate judicial.

Nótese que, hasta ahora, se presenta una triple relación, referente a que a través de los medios probatorios del proceso, se obtiene esa verdad por correspondencia, que es relativa, respetando por lo tanto esas garantías procesales, y permitiendo por tanto realizar el bien justicia.

Por tanto, planteamos una solución en el campo del derecho sustancial refiriéndonos a la teoría del riesgo; de acuerdo a ella se parte de la idea de que la responsabilidad por el daño se asigna al agente que crea el riesgo no permitido. El nexo causal se considera acreditado por el hecho de que se prueba que el agente creó el riesgo, y queda a salvo el derecho de desvirtuarlo por parte del contradictor. Por tanto, para acreditar este nexo causal no hay que reducir el módulo de prueba, generando los inconvenientes antes mencionados. Se reitera que el proceso debe orientarse a la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en mayor medida posible con la realidad de los hechos, pues, una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se investigue la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de manera errónea.

4.3 De la teoría del riesgo

En los eventos en los que el Consejo de Estado recurre a la reducción del módulo de prueba ante los problemas de relación de causalidad está recurriendo a soluciones en el ámbito procesal. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, también es posible que se puedan ofrecer soluciones en el ámbito sustancial como las teorías del riesgo²⁰.

Lo anterior implica responder a la cuestión de si la problemática de la probabilidad es un asunto del derecho procesal o del sustancial. A este respecto hay que decir que la probabilidad es un concepto que trasciende el derecho y hace parte de las ciencias empíricas. En el campo científico, en la epidemiología, por ejemplo, se habla de factores de riesgo con el fin de establecer dentro de un posible conjunto de causas de un fenómeno, cuáles son las determinantes, pero de ninguna manera se habla de certeza, prefiriéndose el término probabilidad.

En el campo del derecho sustancial se hace referencia a la teoría del riesgo; de acuerdo a ella se parte de la idea de que la responsabilidad por el daño se asigna

al agente que crea el riesgo no permitido. Por lo tanto, el nexo causal se considera acreditado por el hecho de que se prueba que el agente creó el riesgo, y queda a salvo el derecho de desvirtuarlo por parte del contradictor. Por tanto, para acreditar este nexo causal no hay que reducir el módulo de prueba, el cual debe ser el de la certeza.

Por ejemplo, en el caso mencionado de la niña que ingresa a la institución de salud con una masa lumbar y se le inicia un procedimiento apresurado, la biopsia, resultando la menor con una paraplejía, el Consejo de Estado decidió reducir el módulo de la prueba por motivos de equidad, ya que existía la imposibilidad de determinar el nexo entre el daño a la salud y el procedimiento quirúrgico, pues el mismo resultado también podría haberse producido por la evolución normal de la enfermedad.

No obstante, tal problema puede solucionarse igualmente desde el ámbito sustancial con la teoría del riesgo permitido; donde el prestador del servicio de salud responde si se comprueba con certeza que puso el factor de riesgo determinante para producir el daño. Se trata aquí de examinar el factor que con probabilidad preponderante conllevó al resultado. En este caso, el riesgo que puso el prestador del servicio de salud fue haber omitido realizar exámenes previos al procedimiento quirúrgico que confirmaran o descartaran el diagnóstico, con lo cual vulneró los deberes de cuidado.

De otra parte, en el caso de la neonata que muere a

A este respecto hay que decir que la probabilidad es un concepto que trasciende el derecho y hace parte de las ciencias empíricas. En el campo científico, en la epidemiología, por ejemplo, se habla de factores de riesgo con el fin de establecer dentro de un posible conjunto de causas de un fenómeno, cuáles son las determinantes, pero de ninguna manera se habla de certeza, prefiriéndose el término probabilidad.

causa de una bronco-aspiración, se tiene la duda de si ésta se debió a la omisión de atención médica o al fenómeno de la regurgitación. Al no lograrse establecer con el grado probabilidad preponderante el nexo causal, se absuelve al operador del servicio de salud. En este caso, también se podría haber llegado al mismo resultado probando que al operador no le es imputable el riesgo no permitido que probablemente haya causado la muerte de la menor.

En el caso de la menor que tiene una enfermedad congénita para cuyo tratamiento ingresa al centro asistencial, en el cual es intervenida quirúrgicamente, resultando con una meningitis sin existir certeza del nexo causal con la cirugía, se considera que existe probabilidad preponderante. Este caso también se puede solucionar desde la teoría del riesgo, estableciendo que a la institución de salud le es imputable el riesgo que con mayor probabilidad generó el resultado.

5. Conclusiones

- Una lectura de la posición del Consejo de Estado puede estar constituida por una búsqueda de la equidad en el sentido del otorgamiento de una justicia material por parte del juez, máxime si se trata de un operador jurídico de un Estado social y democrático de derecho, cuya carga ha sido impuesta desde la propia carta política. No obstante, nuestra posición sigue siendo, si existen soluciones desde el campo sustancial no hay porque recurrir al recorte de garantías dentro del proceso (Soluciones Procesales), como sacrificar el principio de necesidad de la prueba, por ejemplo.
- Dado el carácter probabilístico de la verdad procesal, es necesario establecer unas reglas epistemológicas o garantías de verdad que permitan aproximar tal decisión al modelo de correspondencia; entre estas garantías se tienen las siguientes: de un lado, la contrastabilidad de los enunciados empíricos, es decir, que pertenezcan al mundo empírico; del otro, afirmación de la verdad a partir de la pruebas, esto es, cumplimiento del principio de la necesidad de la prueba. Además, es necesario acatar el principio de la libertad de prueba para que se pueda usar cualquier elemento que permita aportar información sobre los hechos y, finalmente, la posibilidad de la refutación, vale decir, el cumplimiento del principio de contradicción.
- El Consejo de Estado soluciona el problema de la relación causal en la responsabilidad médica en el ámbito procesal cuando en verdad se trata de problemas de carácter sustantivo que tienen su propio remedio en ese mismo campo, pues en última instancia la pro-

babilidad de un daño puede ser solucionada desde las teorías del riesgo sin tener que recurrir a fracturar las garantías procesales de quienes intervienen en el proceso. Debe tenerse presente que las garantías procesales son conquistas humanas que no pueden soslayarse en el proceso so pena de incurrir en el arbitrio judicial. Por ello, se propone que se encaminen las soluciones a los problemas del nexo causal en la responsabilidad médica hacia modelos de carácter sustancial, tales como la teoría del riesgo, que protegen con más eficacia el derecho material, dejando incólumes las garantías procesales y consecuentemente el respeto al principio regulativo y condicionador de las decisiones judiciales entendido como el modelo de verdad por correspondencia.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Radicado 11.169. Bogotá: 3 de mayo de 1999. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado 13284. Bogotá 22 de marzo 2001. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado 11878. Bogotá 22 de marzo 2001. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado 13166. Bogotá 21 de febrero 2002. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. Radicado 25416. Bogotá, 10 de junio de 2004. Consejero Ponente, RICARDO HOYOS DUQUE.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid: Civitas, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 1999.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Parte General, T.I, Madrid: Civitas, 1997.
- TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta. 2002.
- WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba, Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, Bogotá, Temis, 1985.

NOTAS

¹ El presente artículo resume el trabajo presentado por el Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Antioquia, en el marco del XXVI Congreso de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Bogotá entre el 7 y 9 de septiembre de 2005, ocupando el primer lugar entre 53 universidades nacionales e internacionales. Este trabajo contó con la dirección del profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, y la coordinación de la profesora Rosmary Velásquez; contó con la participación de los estudiantes: Adriana María Ruiz Gutiérrez, Mayda Soraya Marín Galeano, Beatriz Eugenia Suaterra Hurtado, José Fernando Valencia Grajales, Edwin Andrés Gómez Muñoz, Gabriel Mario Serna Gómez, Martha Isabel Gómez Vélez. La ponencia estuvo a cargo de Adriana María Ruiz Gutiérrez. En este trabajo se contó con el apoyo del doctor Víctor Alonso Pérez Gómez y el Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, Doctor Luis Fernando Delgado Llano.

Este artículo representa la versión autorizada del Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; la anterior publicación no goza del consentimiento del mismo, ni comprende en su autoría a la totalidad de sus integrantes.

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Radicado 11.169. Bogotá: 3 de mayo de 1999. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Radicado 13284. Bogotá, 22 de marzo de 2001, Consejero ponente RICARDO HOYOS DUQUE.

⁴ Ejemplo de esta orientación jurisprudencial en el Consejo de Estado, Sección tercera, pueden verse las sentencias de septiembre 13 de 1991 (Proceso 6253, actor Mirtida Inés Domínguez de M. Ponente Carlos Betancur Jaramillo); febrero 14 de 1992 (Proceso 6477; actor: Mariana Barazzutti Ch. ponente Carlos Betancur Jaramillo); marzo 26 de 1992 (Proceso 6255, Actora Ana Ochoa de P. ponente Julio César Uribe Acosta); marzo 26 de 1992 (Proceso 6654, actor Fabiola Ariza de L.; ponente Daniel Suárez Hernández) y Consejo de Estado. -Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Santaafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992) Consejero Ponente : Doctor Carlos Betancur Jaramillo Referencia: Expediente No. 6754. - Indemnizaciones. Actor :Henry Enrique Saltarín Montoya.

En este mismo sentido ver TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Bogotá: Temis, 1983, p. 63.

⁴ Sentencia del 24 de Octubre de 1990 -R. 5902-.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia del 10 de junio de 2004 -R.25416, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE-.

⁶ Al respecto, sentencia Consejo de Estado, Sección tercera Sentencia del 10 de junio de 2004 -R.25416, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE-.

⁷ Ver sentencia del 3 de mayo 1999, R.11169, Op. Cit.

⁸ Ver, Sentencia del 10 de febrero de 2000, R. 11.878, Consejero Ponente ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁹ En la sentencia del 22 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE, R. 13284.

¹⁰ Sentencia del 21 de febrero de 2002, R. 13166, Consejero Ponente ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

¹¹ WALTER, Gerhard, Libre apreciación de la prueba, Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, Bogotá, Temis, 1985, p. 217 y ss.

¹² *Ibid.*, p. 229 y ss

¹³ FERRAJOLI, LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.p.67

¹⁴ TARLIFFO, Michele. La prueba de los hechos, Traducción de Jordi Femen Beltrán. Madrid: Trotta. 2002. p. 171.

¹⁵ Al respecto, MARINA GASCÓN ABELLÁN -Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 47 y ss

¹⁶ TARLIFFO, Op. Cit. p. 171.

¹⁷ *Ibidem*, p. 179-180.

¹⁸ GASCÓN, op. cit., p. 66 y ss

¹⁹ *Ibidem*, p. 82 y ss

²⁰ Ver ROXIN, Claus. Derecho Penal, fundamentos La estructura de la teoría del delito, Parte General, T.I, Madrid: Civitas, 1997, p. 362-384. Asimismo, DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid: Civitas, 1993, p. 787-802.