



Título: Sueño hecho realidad
SD

EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO*

* Este trabajo es producto de la investigación terminada “La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”, inscrito en el centro de investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y en el CODI.

Fecha de recepción: marzo 25 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 27 de 2011

EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

*Alejandra Ortiz Fernández***

RESUMEN

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia sobre la responsabilidad por falla del servicio público de salud, ha implementado diversos tipos de soluciones a las dificultades probatorias a las que se ve enfrentado el demandante para poder demostrar los hechos que invoca dentro del proceso, tendiendo así, en la mayoría de los casos, a facilitarle al demandante su carga probatoria. Entre tales soluciones se evidencia una reiterada remisión a la prueba indiciaria como medio probatorio que facilita la comprobación de los hechos. No obstante, la forma en que es tratado el indicio por parte del Consejo de Estado en esos eventos, hace necesario plantear varias críticas que se erigen a partir de una concepción del indicio fundada en la teoría general de la prueba y que constituyen la esencia del escrito que se pone a consideración del lector.

Palabras clave: responsabilidad estatal por falla del servicio médico-asistencial, dificultad probatoria, estándar de prueba, carga de la prueba, medio de prueba, prueba indiciaria, principios probatorios.

INDICATION IN THE LIABILITY FOR THE FAILURE OF PUBLIC SERVICE OF HEALTH. ANALYSIS OF STATE COUNCIL JURISPRUDENCE

ABSTRACT

The State Council in his jurisprudence about liability for the failure of public service of health has given several solutions to the proof difficulties of the claimant for demonstrate the facts that invoke, searching in the most of the cases facilitate his burden of proof. Between such solutions I notices an often use of circumstantial evidence like a proof that allows verify the facts. However, the form in which circumstantial evidence is treating by the State Council in that cases makes necessary establish several criticisms found in a conception of circumstantial evidence into the field of a general theory of the proof, essential matter of the present article.

Keywords: Liability for the failure of public service of health, proof difficulties, proof standard, burden of proof, circumstantial evidence, proof principles.

** Abogada Titulada de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: alejaortiz84@yahoo.es

EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Introducción

El presente artículo hace parte de los resultados de la investigación “La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”. En este artículo se parte del fenómeno presente en la jurisprudencia del Consejo de Estado consistente en la implementación de diversas soluciones frente a las dificultades probatorias a las que se ve avocado el demandante para demostrar los hechos que invoca dentro del proceso, y que tienden en la mayoría de los casos a facilitarle a esta parte procesal su actividad probatoria. Pero en la última década, esto es, a partir del año 1999, entre tales soluciones sobresale una reiterada remisión a la prueba indiciaria como medio probatorio que facilita superar las dificultades probatorias que se presentan en diversos ámbitos, como en la verificación de la falla del servicio y en la relación de causalidad del daño médico.

La tendencia del Consejo de Estado a utilizar la prueba indiciaria como la herramienta que permite superar las dificultades probatorias en la responsabilidad médica estatal, genera como cuestionamiento si esto conlleva al abandono de las soluciones que anteriormente la jurisprudencia del Consejo de Estado planteaba a estas dificultades, tales como la inversión de la carga de la prueba, la disminución del estándar probatorio en la verificación del nexo de causalidad, o las teorías de la culpa virtual o del *res ipsa loquitur* o prueba *prima facie*; e igualmente, se cuestiona si se ha abandonado en materia obstétrica la responsabilidad objetiva como medio de adjudicación de responsabilidad.

Se tiene, entonces, como objeto de estudio, analizar si la prueba indiciaria se erige en la fórmula que plantea el Consejo de Estado para superar las dificultades probatorias presentes en la demostración de los hechos en el campo de la responsabilidad médico asistencial. Como objetivos específicos se plantean los siguientes: 1) analizar la forma en que es tratado el indicio por parte del Consejo de Estado en los asuntos problemáticos que aborda en su jurisprudencia; 2) abordar el manejo del indicio con respecto al estándar de prueba

en la verificación de la causalidad entre la falla médica y el daño; 3) estudiar las inversiones de la carga probatoria y los indicios que se construyen a partir de la conducta procesal de las partes; 4) revisar la presencia del indicio en las teorías de los denominados aligeramientos probatorios (Culpa virtual, prueba *prima facie* y *res ipsa loquitur*); 5) y abordar el indicio en la flexibilización probatoria dentro de los procesos de responsabilidad médica estatal por intervenciones obstétricas.

La importancia de este escrito estriba en que se ha encontrado que a partir del año 1999 en la jurisprudencia del Consejo de Estado la prueba indiciaria posee un papel principal, deviniendo en una especie de hilo conductor, que permite descifrar el estado actual del régimen probatorio en materia de responsabilidad médica atribuible al Estado. De manera que, a partir de un método de estudio explorativo y descriptivo de las providencias del Consejo de Estado sobre responsabilidad médico-asistencial, se describen las posiciones de este alto Tribunal sobre el manejo y alcance probatorio del indicio, alternando, a la vez, las críticas que se suscitan a partir de la teoría general de la prueba sobre la prueba indiciaria y los principios probatorios.

El desarrollo del texto que coloco a consideración del lector se realiza a través de cinco subtemas que se expondrán así: en el primer acápite se hace una breve conceptualización del indicio desde la teoría de la prueba; en el segundo acápite se aborda el indicio y su interrelación con la probabilidad en la verificación judicial del nexo causal; en el tercer acápite se trata la inversión de la carga de la prueba y los indicios a partir de la conducta procesal de las partes; en el cuarto acápite se expone la presencia del indicio en las teorías de aligeramiento probatorio; y por último, en el quinto acápite se desarrolla lo concerniente a los indicios en los procesos de responsabilidad médica por intervenciones obstétricas. Todo lo anterior con algunas apreciaciones realizadas en forma concomitante y que pretenden poner de manifiesto inconvenientes de carácter teórico y conceptual en el manejo de la prueba indiciaria en el campo de la responsabilidad médica estatal.

La prueba indiciaria en la responsabilidad médica estatal

1 El concepto de la prueba indiciaria

Para empezar, es preciso poner de manifiesto que en el presente escrito se entiende el indicio como un verdadero medio de prueba, en armonía con algunos autores que

así lo han fundamentado¹. Por ello, en lo sucesivo, habrá de estudiarse su estructura y se establecen algunos de los requisitos que debe cumplir para que se constituya en una verdadera prueba y así evitar caer en los errores muy comunes de confundirla con las presunciones, inferencias, y hasta con la simple sospecha de la ocurrencia de un acontecimiento que se investiga y en fin, evitar tratarla erróneamente como una prueba de menor categoría. Consideración doctrinal que se corresponde con los artículos 175, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil en los cuales se establece y regula al indicio como medio de prueba en Colombia.

En ese sentido, Devis Echandía preconiza una acepción amplia del indicio cuando asevera que “entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos”². De manera que, estructuralmente, el indicio se compone de: a) un hecho indicador y b) de una inferencia lógico-crítica fundada en las máximas de la experiencia que lleva al conocimiento del hecho indicado. Tener en mente lo anterior, facilita saber cuando se está en presencia de un indicio en el proceso y, por tanto, poderlo controvertir si hay lugar a ello, o bien saber como construirlo cuándo se le invoca como medio de prueba. Lo anterior no implica negar la complejidad en su apreciación, pues exige una doble tarea de valoración al Juez, debido a que debe comprobar primero la certeza del hecho que indica y seguidamente debe apreciar el “hilo conductor”, la inferencia lógica crítica que conduce al hecho desconocido y que es el que interesa al proceso.

Es preciso aclarar también que en cuanto a la fuente de la prueba indiciaria se acoge el criterio de DEVIS ECHANDÍA según el cual el indicio por el hecho de tener como fuente otro medio probatorio, no pierde su propia autonomía como prueba pues “el hecho indicador es su propio medio, de expresión, aunque debe ser probado por otro medio como inspección o testimonio, sin que esto excluya su propia individualidad”³. De esa forma, para poder establecer la presencia de un indicio dentro del acervo probatorio, se impone determinar que el hecho indicador sí esté plena y válidamente probado en el proceso, de suerte que en palabras de FRAMARINO DEI MALATESTA, si no se tiene plena certeza del acontecimiento de este hecho “no sería para nosotros más que algo desconocido, y entonces ten-

1 Al respecto ver PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones. Tomo IV. Bogotá: Legis, 2005, p. 12; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II. Temis. Bogotá: 2002, p.589; DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Bogotá: Temis. 2000, p. 49y 63;.

2 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 587.

3 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 588.

dríamos una cosa desconocida que nos indica otra desconocida ¿podría confiar en esto la lógica?”⁴.

Por otro lado, es de señalar que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer los requisitos de eficacia probatoria del indicio. Tarea que DEVIS ECHANDÍA⁵ expone de manera detallada manifestando los requisitos que debe cumplir esta prueba a fin de que se le tenga como eficaz en el proceso. Así, tenemos, como primer requisito, que el hecho indicador sea el resultado de una prueba válidamente allegada, practicada y valorada en el proceso judicial. En segundo lugar, está la consideración de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado no obedezca al azar o la casualidad, sino que sea el resultado de un análisis lógico-crítico basado en las reglas de la experiencia. En tercer lugar, tenemos la necesidad de que ante la presencia de varios indicios se les identifique por su fuerza probatoria, de suerte que para otorgarle eficacia probatoria a los indicios de menor valor, se exige que sean plurales, convergentes y concordantes, en sintonía con lo prescrito por el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, en tanto establece que los indicios deberán ser apreciados en consideración de su gravedad, concordancia y convergencia y en relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso. En cuarto lugar, también ha de exigirse que los indicios sean unívocos, y no multívocos, de los que se desprenden varias hipótesis razonablemente posibles. En quinto lugar y por último, para otorgarle eficacia probatoria al indicio se necesita, además, que haya llegado el Juez al convencimiento sobre su existencia dentro del proceso.

2 El indicio y su interrelación con la probabilidad en la verificación judicial del nexa causal

Para realizar el análisis de la interrelación del indicio con la probabilidad en la forma en que se alude a este concepto en algunas providencias del Consejo de Estado para la verificación del nexa causal, se requiere antes de empezar, entender que la forma en que se refiere a la probabilidad este Alto Tribunal, como se verá más adelante, significa una disminución del estándar de prueba en la demostración del nexa de causalidad, en contraste con una *verdad probabilística* en la que no se alude a una disminución del estándar de prueba sino a reconocer que la verdad

4 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. Vol I. Bogotá: Temis, 1964, p. 262.

5 *Ibid.*, p. 623 a 655.

procesal es falible, tal y como lo reconocen TARUFFO⁶ Y GASCÓN⁷. Así, se tiene que la verdad procesal es de carácter relativo y no absoluto, advirtiendo que “en el mejor de los casos la idea general de verdad se puede concebir como una especie de -ideal regulativo-, esto es, como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo”⁸. En este mismo sentido, GASCÓN⁹ acoge el concepto de verdad procesal diferenciándola de una verdad objetiva consistente en la correcta descripción de lo real, que es objetivo, mientras que la verdad alcanzada en los procesos no es sino la que se describe dentro del proceso, la cual es falible debido a que dentro del debate probatorio existen múltiples reglas que limitan la verificación de los enunciados fácticos.

Además, se parte de que la verdad procesal es falible, de que es probabilística, por la forma en que es obtenida dentro del proceso, pues a ella se llega solo en virtud de las pruebas aportadas al mismo y sólo con éstas se busca verificar los enunciados fácticos, de forma tal que es a partir de un razonamiento deductivo-inductivo que se llega a establecer hipótesis sobre el acaecimiento de los hechos. Se tiene, entonces, que las pruebas son las premisas por medio de las cuales se construyen razonamientos inductivos que ofrecen sólo un panorama de probabilidad en la verificación de los hechos¹⁰. En suma, hay consenso en que la verdad procesal es relativa y probabilística, y no se puede confundir con una disminución del estándar de prueba en la verificación de los enunciados fácticos.

Ahora bien, en lo que respecta a la verificación del nexo causal en la responsabilidad estatal médico-asistencial, al margen de que sea con falla presunta o con falla probada, al demandante le corresponde la carga de probar el nexo casual, el cual por lo general no es perceptible por los sentidos humanos. Con acierto, respecto a dicha dificultad en la demostración causal, DÖHRING señala que

la relación causal como tal no es perceptible. Si A ha golpeado a B en la cabeza con una botella de cerveza y B fallece luego en el camino al hospital, tenemos dos hechos que se perfilan nítidamente en el exterior y que, en consecuencia, no resulta por lo común dificultoso constatar. Pero las condiciones no son tan favorables cuando se trata de probar que entre ambos hechos había una

6 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 26

7 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La argumentación de en la prueba de los hechos*. En *Temas Procesales*. Medellín: Universidad de Medellín. Orión Alvarez. 2002, N. 26. p. 43

8 TARUFFO. *Op. cit.*, p. 26.

9 GASCON ABELLAN. *Op. cit.* p. 42 y 43.

10 *Ibid.*, p. 49

relación de causa a efecto. El investigador sólo puede deducirlo valiéndose de las enseñanzas de la experiencia¹¹.

En este sentido, la dificultad probatoria del nexo causal se agudiza aún más para el demandante en responsabilidad médico-asistencial debido a que existen muchos casos en los que respecto de la causación del daño médico no hay prueba representativa a la que se pueda recurrir, tal como la documental, y ni siquiera los peritos están en condiciones de explicar la causa real del daño debido al aleas que impregna la naturaleza de las intervenciones médicas, a lo que se suma la carencia de conocimientos técnicos y científicos de carácter médico por parte de la víctima.

Por ello, teniendo presente las recurrentes problemáticas que se pueden presentar, el Consejo de Estado ha establecido una línea jurisprudencial¹² consistente en que, en los casos en los cuales no se pueda llegar a la certeza sobre la existencia del nexo causal se falle con la sola probabilidad de ello. Tal consideración se constata en una providencia de 1999¹³ en la que se expresó que “en consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño [...], se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”. En este mismo sentido, en otra providencia del mismo año se reiteró que “cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”¹⁴.

De las anteriores citas se puede observar que el Consejo de Estado concibe la certeza y la probabilidad como diferentes estados de convicción a los que puede llegar el Juez en la verificación del nexo causal, acogiendo así la diferenciación que en similar sentido pronunciaba, de tiempo atrás, MALATESTA, para quien al interior del proceso se puede llegar a diferentes grados de convencimiento judicial pasando

11 DÖHRING, Erich. *La Prueba, práctica y apreciación*. Bogotá: Leyer, 2008. p.305.

12 Aunque, es de advertir que dicha tendencia jurisprudencial no se hace tan evidente en las Sentencias del Consejo de Estado en las cuales el Doctor Enrique Gil Botero funge como magistrado ponente, en las que se observa una solución con un carácter más sustancial, esto es, desde la teoría de imputación objetiva del nexo de causalidad. Ello se pone en evidencia contundentemente en providencia del 2009, en la cual se exonera de responsabilidad a una de las entidades demandadas en razón de que su actuar, sí bien constituyó una causa adecuada desde el punto de vista naturalístico para la ocurrencia del daño, no le era exigible otro proceder a dicha entidad de salud, porque desde la teoría de la imputación objetiva su conducta estuvo dentro de los parámetros del principio de la confianza legítima, con base en el cual, se desvirtuó una posible imputación de la causalidad por no existir conexión de carácter normativo.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Ricardo Hoyos Duque Sentencia del 3 de mayo de 1999. Rad.11169.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Maria Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.

por la posibilidad, la probabilidad y la certeza, diferenciando estos dos últimos conceptos en que “la probabilidad ve los motivos convergentes y los divergentes, y los considera a todos dignos de ser tenidos en cuenta, aunque más los primeros que los segundos. En cambio, la certeza supone que los motivos divergentes de la afirmación no merecen racionalmente ser considerados”¹⁵

Todo lo anterior, para significar que frente a la diferenciación que se hace en dichas providencias del Consejo de Estado entre certeza y probabilidad en la verificación de los hechos, equiparable a la diferenciación que nos ofrece MALATESTA entre los mismos conceptos, la probabilidad implica un estándar menor, más bajo en la verificación de los hechos. Lo anterior, es diferente del contenido semántico que TARUFFO Y GASCÓN, como se ha dicho, asignan al concepto de verdad probabilística (relativa), cuyo concepto de verdad y de certeza judicial se encuentra más acompasado con las contemporáneas teorías de la verdad y en donde lo probabilístico es el límite de lo cognoscible y por tanto, su búsqueda, en esos términos, no implica una disminución del estándar de prueba. *A contrario sensu*, de la mano con MALATESTA se colige que el Consejo de Estado en dichas providencias aceptó una disminución del estándar probatorio al referirse a la probabilidad como un estado de convicción inferior a la plena certeza judicial.

Adicionalmente, se inició una línea jurisprudencial en la que la presencia del indicio es concatenada con la disminución del estándar de prueba. Ello se puede evidenciar en la antes citada providencia del Consejo de Estado de 1999¹⁶, en la cual se avoca conocimiento de una *litis* en donde el paciente entró al hospital con lesiones cerebrales graves pero conciente, falleciendo luego dentro de la entidad hospitalaria. En esta decisión la falla del servicio médico se tuvo por probada y el nexo de causalidad según se aduce en esta providencia no se determinó con una certeza probatoria de su acaecimiento, sino que se consideró meramente probable en razón de que no existía prueba directa sino indiciaria sobre el nexo de causalidad, pues “la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica”¹⁷.

15 FRAMARINO DEI MALATESTA. Op. cit., p. 60.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.

17 *Ibid.* En esta providencia los indicios que permitieron verificar la existencia del nexo de causalidad se construyeron a partir de hechos indicadores debidamente probados en el proceso como lo fueron: 1. el recibo del paciente por parte del ISS, y de la decisión de éste de internarlo. Esto conduce a entender que si el paciente hubiese llegado en estado terminal o de premuerte no se habrían hecho indicaciones médicas atinentes a remisión a neurología para los exámenes pertinentes. 2. los signos de vitalidad del paciente (coordinado, hablando,

En sentido similar se pronuncia el Consejo de Estado en providencia proferida en el año 2001 cuando afirma que “se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”¹⁸.

Con respecto a las sentencias aludidas, fluye una primera observación respecto al uso del indicio, consistente en que se le trata como una prueba de menor categoría, por cuanto en ellas se da a entender que verificar los enunciados fácticos por este medio de prueba implica necesariamente disminuir el estándar de prueba. Lo cual es refutable en razón de que, como sostiene DEVIS ECHANDÍA¹⁹, si los legisladores y juristas nacionales e internacionales aceptan la prueba indiciaria, es porque con ella puede adquirirse la certeza procesal sobre el hecho investigado, que según este autor, trata de una certeza indirecta y crítica, muy diferente de la sensorial y la histórica, pero no por ello menos segura y posible de adquirir.

Pero para poder encontrar el verdadero peso demostrativo de la prueba indiciaria es determinante observar ciertas garantías procesales. Así, en la construcción y valoración de esta prueba crítica e indirecta, las garantías que se deben cumplir son la obligación de valorar la prueba, bajo el principio de libre apreciación y sana crítica. De manera que en una adecuada valoración se pueden obtener diferentes tipos de indicios, algunos con fuerza probatoria muy tenue y otros que pueden conducir a una certeza judicial subjetiva, de suerte que, como sostiene IGARTUA²⁰ la fuerza probatoria del indicio no está predeterminada, sino que es el en la apreciación judicial en donde se determina el peso de cada prueba indiciaria.

GORPHE refuerza lo antedicho cuando asevera que “no se podrían situar todos los indicios en el mismo plano: los basados en una técnica científica precisa poseen un valor completamente distinto de los fundados en una vaga observación corriente; por otro lado, algunos tienen un alcance decisivo, mientras que otros no aportan

caminando). 3. no existencia de anotaciones en la historia clínica, o dictamen de expertos, atinentes a que a pesar de esos signos, (coordinado, hablando, caminando), el paciente sufriera de gravedad invencible. De todos estos hechos indicadores se infirió en dicha oportunidad que la causa de la muerte del paciente se debió a las anomalías en la prestación del servicio de salud.

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera. M. P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sent. del 14 de junio de 2001. Rad. 13001-23-31-000-1990-7392-01. Exp. 11901. Así mismo ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Hernández Enríquez. Alier Eduardo. Providencia 1º de julio de 2004. Rad. 08001-23-31-000-1993-7649-01. Exp. 14696.

19 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 674.

20 IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Los indicios tomados en serio. En Filosofía y Teoría del Derecho, Interpretación y Razonamiento Jurídico. Ara Editore: Peru. 2009 Pág 483.

sino una indicación secundaria”²¹. Todo ello para decir que, así el nexo causal sea probado con indicios, tal circunstancia probatoria no debe implicar necesariamente que se baje el estándar de prueba en la verificación de la causalidad.

Otra observación que es menester hacer respecto del tratamiento del indicio que hace el Consejo de Estado en las citadas sentencias, es que en ellas se hace un uso subsidiario de la prueba indiciaria en tanto determinan que sólo cuando no exista prueba directa se hará uso de dicha prueba indirecta, contrariando el principio de unidad probatoria, según el cual, se han de valorar todas las pruebas obrantes en el proceso de manera conjunta. En consecuencia, el Juez de lo Contencioso Administrativo en asuntos de responsabilidad médico - asistencial, puede y debe tener en cuenta los indicios que se construyan en el proceso sin estar supeditado a la existencia o ausencia de pruebas directas o representativas.

Así mismo, esa referencia a la prueba indiciaria de manera subsidiaria implica desconocer la importancia y el alcance de esta prueba indirecta en materia de responsabilidad médica estatal, máxime si se tiene en cuenta la remisión normativa que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al Código de Procedimiento Civil en lo concerniente a las pruebas. El artículo 175 de esta última codificación dispone que el indicio sirve como prueba para el convencimiento del Juez, y no sólo eso, sino que también lo regula en sus artículos 248, 249 y 250. De ahí que llame la atención que al indicio se le entienda en forma subsidiaria, cuando a todas luces es un medio probatorio que no sólo tiene una consagración explícita por parte del legislador sino que por su naturaleza indirecta, lógica y crítica tiene la virtud de probar aquello que no es dable percibir con los sentidos, tal y como sucede con la demostración de la relación de causalidad.

Ahora bien, en sentencias posteriores se observa una tendencia a seguir usando el indicio como fórmula para la demostración del nexo de causalidad, pero ya sin predeterminar la fuerza probatoria que el indicio otorga en la comprobación de los enunciados fácticos. También se resalta la acogida del indicio como medio importante dentro de la libertad para probar el nexo causal. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado señaló en el año 2006²² que “en materia de responsabilidad médica 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”.

21 GORPHE, Francois. *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Temis, 2004. p. 203.

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 31 de agosto de 2006. Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772.

En este mismo sentido, en providencia del año 2008²³ se expresó que

A pesar de que la relación de causalidad en materia médica es compleja [...], la Sala encuentra acreditado el nexo de causalidad en este caso con fundamento en que existen indicios que brindan un grado suficiente de certeza, [...] En efecto, la exposición del paciente a una cirugía que no comprometía su vida y que podía esperar, y la aplicación de anestesia sin una previa y completa evaluación de su estado neurológico, causaron un daño previsible y evitable, toda vez que fue dicho procedimiento el desencadenante de la lesión que lo condujo a la muerte. (Negritas fuera del texto)

Con lo anterior, se evidencia un importante viraje del Consejo de Estado en cuanto manifiesta explícitamente que se puede llegar a una convicción judicial que permita establecer la causa del daño sin tener que acudir a la disminución del estándar de prueba por el sólo hecho de fallar con fundamento en indicios, reivindicando de esta manera la importancia de los mismos.

3 La inversión de la carga de la prueba y los indicios a partir de la conducta procesal de las partes

Para empezar con el análisis de los indicios a partir de las conductas procesales que vulneran el principio de lealtad procesal como mecanismo que propone el Consejo de Estado para superar algunas dificultades probatorias, sin necesidad de acudir a la teoría dinámica de la prueba, es preciso decir que la regla general en materia probatoria es que la carga de la prueba incumbe al actor respecto de sus pretensiones o al demandado en torno a sus excepciones, en armonía con lo preceptuado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En lo que concierne al actor, esa carga en materia estatal se constituye en la denominada falla probada²⁴ del servicio, con fundamento en la cual el Consejo de Estado inicialmente trató los asuntos de responsabilidad por falla del servicio público de salud.

Empero, parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que en materia de responsabilidad médica estatal el demandante se ve enfrentado a diversas

23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del Rad. 15 de octubre de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1994-00061-01 Exp. 16350. En este proceso el Consejo de Estado conoció de un caso en el cual un menor de edad cayó de un tercer piso, y en razón de ello, fue llevado a la sala de urgencias del Hospital Central de la Policía Nacional, en donde se le diagnosticó fractura de brazo y trauma craneal leve. En el tratamiento seguido se le practicó una cirugía en la mano que se fracturó, pero cuando se encontraba en la sala de recuperación, sufrió un daño consistente en un paro cardio-respiratorio que le produjo un estado vegetativo y su posterior muerte.

24 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Dike, 2003. p. 79.

dificultades probatorias²⁵, de suerte que ante tal reconocimiento, la posición jurisprudencial se unificará explícitamente en julio de 1992²⁶, en la cual el consejero Daniel Suárez Hernández señala la falla presunta como régimen probatorio a establecerse en la responsabilidad médica estatal, arguyendo que a la parte demandante le resulta de extrema dificultad, sino imposible²⁷ la demostración de la falla del servicio de salud, por cuanto le corresponde es a la entidad pública de salud demandada la carga de probar que el servicio de salud fue prestado con diligencia y cuidado, o que existió una causa extraña que rompe el nexo causal del daño que se le imputa. No obstante, a partir del año 2000²⁸ el Consejo de Estado empieza a replantear el anterior régimen probatorio, arguyendo que lo procedente es acudir a la teoría de la carga dinámica de la prueba, estableciéndose por parte del Juez, en cada caso concreto, qué parte se encuentra en mejores condiciones de probar los hechos.

Sin embargo, posteriormente se presenta un nuevo viraje en la materia y el Consejo de Estado en providencia del año 2006²⁹, manifestó que se debe recoger la teoría de la carga dinámica de la prueba, argumentando que no se hace necesaria y que el demandante es el que tiene la carga de probar los supuestos de hecho que alega. Allí mismo se adujo que para solucionar las dificultades probatorias que se pudieran presentar en torno a la falla del servicio médico, se debe acudir a la prueba indiciaria y en especial a los indicios en contra que se pueden inferir de la conducta

25 Dificultades que se presentan debido a que por lo general el demandante, desconoce la ciencia médica y las condiciones de su prestación, pues ignora los procedimientos médicos, no tiene acceso a información técnica y en ocasiones se encuentra anestesiado o inconciente, a lo que se le adiciona la carencia de pruebas documentales que den cuenta de lo sucedido, y la existencia de eventos en que ni siquiera los peritos o los testigos técnicos están en condiciones de explicar la real causa del daño, por la naturaleza misma de las intervenciones médicas en las que el aleas está latente.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897.

27 *Ibíd.*

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 10 de febrero de 2000. Exp. 11878. en el mismo sentido ver las providencias de la misma corporación del año 2002, en los expedientes: 13330, 12818 y 12422.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 31 de agosto de 2006. Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772. En esta sentencia se expresó que: “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”

procesal³⁰ de una de las partes, siempre que con ella se incumplan cargas procesales y se vulnere el principio de lealtad procesal, de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil.

Acorde con lo anterior, el Consejo de Estado ha dejado sentado que el uso de la carga dinámica de la prueba se puede reemplazar acudiendo a los indicios que se derivan de la conducta procesal de las partes cuando sostiene que

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, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta [...], puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses.³¹

De lo anterior, se observa que el Consejo de Estado plantea como forma de solucionar las renombradas dificultades probatorias inherentes a los asuntos de responsabilidad médica estatal, el uso del indicio y en especial el que se origina a partir de la conducta procesal de las partes. Dada la importancia de este último tipo de indicio, el cual, por lo general, se deriva del incumplimiento del principio de lealtad procesal, resulta pertinente mencionar la regulación legal de este tipo de indicio, junto con algunas indicaciones que DEVIS ECHANDÍA establece para su manejo adecuado.

En armonía con lo anterior, el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que “el Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes” y en los artículos 202, 242, 246, 285, y 232 de la misma codificación adjetiva tiene como tales la negación a colaborar con la prueba pericial, la no concurrencia al interrogatorio de parte, la renuencia a contestar las preguntas, así como las respuestas evasivas y lo tocante con la negación injustificada de la exhibición de documentos que se prueba que se encuentran en poder de alguna de las partes.

Es así como de conformidad con el principio de moralidad y lealtad procesal, se espera de las partes una actitud procesal activa y veraz. Las conductas contrarias a la debida probidad procesal es lo que ECHANDÍA denomina “inconductas procesales”, tales como “la obstaculización de la fase probatoria, especialmente para que el contrario no pueda practicar sus pruebas (...) (y que) puede presentar

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 31 de agosto de 2006 Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772.

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 31 de agosto de 2006. Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772

estas modalidades: 1ª) destrucción de prueba; 2ª) negativa de exhibición”³². En ese sentido, si las partes asumen ese tipo de actitudes en vez de colaborar en el debate probatorio se estaría contrariando el principio de lealtad procesal, máxime si se tiene en cuenta que en responsabilidad médica, el ente demandado es por lo general el que tiene el personal, la ciencia y tecnología idónea para esclarecer en muchos casos algunos de los supuestos fácticos que son tema de prueba en el proceso.

En dicho sentido, se presentan casos de responsabilidad médica en que la actitud de la entidad demandada consiste en no aportar la historia clínica. Así, en Sentencia de 1997³³ el Consejo de Estado condena a la entidad demandada con fundamento en que es un indicio en su contra el hecho de no aportar la historia clínica en debida forma, y además, porque no aportó la prueba que demostrará que actuó con diligencia y cuidado. En las consideraciones de ese caso se expresó que “la falta de colaboración de la entidad demandada se valora como un indicio en su contra, con mayor razón si se tiene en cuenta que era a la entidad a la que le correspondía aportar este valioso documento probatorio, ya que este era el medio idóneo para desvirtuar la presencia de falla del servicio que opera en su contra”³⁴. Es de acotar que la fuerza probatoria de los indicios inferidos de la conducta procesal de las partes, por su debilidad demostrativa, se han de apreciar en cada caso concreto, según su gravedad, pluralidad, convergencia y concordancia con los demás indicios que surjan del debate probatorio.

4 La presencia del indicio en las teorías de aligeramiento probatorio

En aras de aligerar la carga probatoria del demandante en ciertos casos excepcionales, se han acogido teorías como la de *res ipsa loquitur*, la culpa virtual, y la prueba *prima facie* o de probabilidad estadística, tal y como se constata en reciente providencia³⁵ del Consejo de Estado. Estas tres teorías, provenientes del derecho

32 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 666.

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M P: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 4 Septiembre de 1997. Exp. 10982.

34 Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 4 de Septiembre de 1997, Exp. 10982.

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Enrique Gil Botero. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364. En esta providencia se hace la descripción de las teorías de aligeramiento probatorio y se usan en la sustentación de la decisión. Es así como dicha corporación judicial indaga si a las entidades demandadas, Seguro Social – Clínica Rafael Uribe- y Clínica Versalles, se les puede imputar el daño debidamente probado consistente en el deceso de unas trillizas entre 25 y 26 semanas de gestación, acaecido momentos después de nacer por medio de una cesárea que se le practicó a la madre gestante. En el caso *sub lite* se probaron errores en la prestación del servicio

comparado, tienen en común la consideración de que se puede dejar sentada la culpa o el nexo causal en casos excepcionales a partir de la presencia de ciertos daños debidamente probados, que por su característica especial y por las circunstancias que los rodean, sólo se explican por la negligencia del médico o entidad hospitalaria. Frente a la igualdad o similitud de estas teorías TAMAYO JARAMILLO señala que ROBERTO VÁSQUEZ FERREIRA “demuestra que en países como Italia, Argentina, Francia, España, Alemania e Inglaterra se aplica el criterio de culpa virtual, pero acudiendo a diversas denominaciones”³⁶. Así mismo, dicha concordancia teórica es expresada por el Consejo de Estado en una providencia del año 2009³⁷ en donde se afirma que:

Se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur* (sic), desarrollada en derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, **que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño**

de salud consistente en que los médicos se abstuvieron de practicar un diagnóstico idóneo y adecuado del embarazo, ya que fue realizado superficialmente con base en la sintomatología de la gestante, a lo que se suma que en el servicio de urgencias del Seguro Social los médicos que la trataron se limitaron a auscultar mediante estetoscopio la frecuencia cardíaca fetal y a constatar la dilatación vaginal, y aunque le ordenaron ecografía, no se le practicó. Todas estas falencias llevaron a desconocer el verdadero tiempo de gestación, y peor aun, a ignorar que se trataba de un embarazo múltiple, y por tanto, de alto riesgo. De ahí que no se le proporcionara el trato pertinente y se procediera a practicarle una cesárea, momento en el cual los galenos se llevan la sorpresa de que no se trataba de un embarazo único a término sino de unas trillizas prematuras de apenas 24 a 25 semanas de gestación, quienes nacen con vida, pero fallecen en instantes posteriores. Dadas estas circunstancias, se condenó al Seguro Social, haciendo uso de las teorías de aligeramiento probatorio, como se puede observar en la siguiente cita del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando asevera que:

“En esa perspectiva, en el *sub examine*, se presentó un evento de *res ipsa loquitur*, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término”.

36 Vázquez Ferreyra, Roberto. Prueba de la culpa médica. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 82 y SS. Citado por TAMAYO JARAMILLO. Sobre la Prueba de la Culpa Médica, en Derecho Civil y Administrativo. Op. cit., p. 64.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15.033. Citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364.

y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

En lo que sigue se interpreta el papel que juega el indicio en ellas, para lo cual se tiene como referente la descripción que hace TAMAYO de la *culpa virtual* en la cual se refleja lo antes descrito y la presencia del indicio que subyace en dichas teorías. Por culpa virtual TAMAYO entiende que es la establecida “a partir de la **demonstración de ciertos indicios**. Es decir la forma como ocurrieron los hechos le permite inferir al Juez que sólo un comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño [...], **nosotros consideramos que en este caso no estamos ante una auténtica presunción, sino ante una prueba por indicio**”³⁸ (negrita fuera del texto). De donde se sigue que en la culpa virtual al demandante le corresponde probar los “hechos y circunstancias que rodearon el daño, para llevar al juez a la íntima convicción de que el demandado actuó culposamente, así no se pueda establecer en forma totalmente clara ese comportamiento culposo”³⁹.

Hasta acá se constata como la culpa virtual no es otra cosa que la prueba de los hechos a través del medio indiciario. Si se retoma la estructura del indicio (vista en la sección 1.1) fuerza concluir que se trata de pruebas indiciarias, en razón de que para aplicar la teoría de la culpa virtual corresponde al demandante probar el daño y las circunstancias fácticas que lo rodearon (hechos indicadores) para que el Juez a partir de la aplicación de las máximas de la experiencia infiera lógicamente (inferencia lógico-crítica) la ocurrencia de la falla del servicio y hasta del nexo causal (hecho indicado), según se dice en tales teorías. En torno a la mencionada presencia del indicio en estas teorías de aligeramiento probatorio DÖRRING afirma que “en la misma línea está el avance de la prueba *prima facie*, la cual reposa en buena medida -por mucho que se busque deslindarla de la prueba indiciaria propiamente dicha- en el aprovechamiento de elementos indiciarios”⁴⁰.

Se critica de la aplicación de las teorías de aligeramiento probatorio el hecho de que el Juez no sea consciente y por tanto no haga explícito en la valoración y sustentación probatoria que su decisión realmente se funda en la prueba indiciaria, con

38 TAMAYO JARAMILLO. Sobre la prueba de la culpa médica, Op cit., p. 63 y 64.

39 Ibid., p. 64.

40 DÖRRING. Op. cit., p. 286.

lo que produce confusiones a las partes, vulnerando así el principio de publicidad y por ende el de contradicción de la prueba. Solamente cuando el Juez y las partes sean conscientes de que en realidad se está fallando con base en indicios podrán con amparo en el principio de contradicción verificar que se cumplan los requisitos de existencia, validez y eficacia de los mismos.

5 Los indicios en los procesos de responsabilidad médica por intervenciones obstétricas.

Sin ánimo de profundizar en este tipo de intervenciones médicas y para culminar el recorrido analítico propuesto, se hace necesario dejar sentado que el Consejo de Estado a partir del año 2000⁴¹ establecía que la responsabilidad médica estatal en intervenciones obstétricas tendía a ser objetiva en razón de que el parto, y el embarazo son fenómenos naturales y no patologías, y por lo tanto, siempre que el embarazo no fuera de alto riesgo y ocurrieran daños, la falla del servicio y el nexo causal se presumían, de tal forma que la entidad pública demandada sólo se exoneraba de responsabilidad probando una causa extraña. Pero la responsabilidad objetiva en estos procesos fue recogida por el Consejo de Estado, en el 2005⁴², y a partir de ahí a estos litigios se les da un tratamiento de responsabilidad subjetiva con falla probada, equiparándose así al régimen probatorio general de la falla del servicio público de salud.

Lo anterior por cuanto el Consejo de Estado en providencia⁴³ de dicha anualidad señaló que las particularidades de las intervenciones obstétricas no son razón suficiente para determinar que en los procesos atinentes a dichos procedimientos médicos la responsabilidad sea objetiva, y paso seguido afirma que lo que sí se puede aceptar es **“facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente**, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. [...] Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia del 17 de agosto de 2000. Exp. 12123.

42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de 14 de julio de 2005 Exp. 15.332. Providencia reiterada en la misma corporación por la M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 26 de marzo de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01. Exp. 16085. Y por el M. P. Enrique Gil Botero. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364.

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de 14 de julio de 2005 Exp. 15.332

de alguna patología”.⁴⁴ Este mismo planteamiento es reiterado, tal y como se puede observar en las consideraciones de una Sentencia del año 2008 en donde se reitera que “la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño”⁴⁵.

Se aprecia como el Consejo de Estado construye un indicio de la existencia de la falla del servicio y de la causa del daño sufrido, con la sola exigencia de que el actor pruebe el daño obstétrico y demuestre que el embarazo no tenía ningún diagnóstico de riesgo. En consecuencia, al demandante le bastará probar lo antedicho para que se tenga por probada la falla del servicio y el nexo causal, y de contera, se traslada a la entidad demandada el deber de contraprobar tal indicio, pues de lo contrario, se fallará condenándola. Se erige así un indicio en contra de la entidad demandada y se le asigna un valor probatorio al mismo consistente en otorgar una certeza suficiente para que el Juez falle condenando ante la carencia de prueba en contrario.

Con todo, se preestablece jurisprudencialmente la fuerza probatoria del indicio del que se hace mención, lo que se puede interpretar más concretamente como la creación de una presunción judicial que admite prueba en contrario. Empero, frente a la anterior creación de tipo jurisprudencial hay que refutar que, según la doctrina, la fiabilidad probatoria del indicio debe ser otorgada por el Juez en cada caso concreto. Valga mencionar de la mano con DEVIS ECHANDÍA⁴⁶ que a excepción de los indicios que otorguen certeza en razón de su alta probabilidad como ocurre con la prueba de ADN, no es procedente fijar previamente el valor probatorio de los indicios y menos judicialmente, además de que ello en este tipo de casos le daría una categoría de plena prueba, lo cual iría en contra del principio del libre convencimiento del juez consistente en que “la convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con la sana crítica”⁴⁷.

44 *Ibíd.*

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 26 de marzo de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01. Exp. 16085.

46 DEVIS ECHANDÍA. *Op. cit.*, p. 670.

47 IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Op. cit.*

Conclusiones

Primera. En la comprobación de la relación causal por medio del indicio, como ocurre con todos los medios de prueba, el máximo nivel de convicción judicial al que se puede arribar es el de una verdad relativa o probabilística. A pesar de ello, el Consejo de Estado entendió por un tiempo que el indicio tenía un estándar disminuido en cuanto a su capacidad demostrativa, lo que lo hacía ver como una prueba de menor categoría. No obstante, en la actualidad se evidencia una tendencia de la misma corporación judicial a reconocer una mayor importancia en el mismo para efectos de la verificación del elemento causal en la imputación de la responsabilidad médica estatal.

Segunda. También, se puede observar que para probar la falla del servicio médico se prescinde de la teoría de la carga dinámica, ya que el juez puede construir indicios de la conducta procesal de la parte que contraría los principios de lealtad y moralidad procesal.

Tercera. En cuanto a las teorías foráneas de aligeramiento probatorio tales como la culpa virtual, *res ipsa loquitur*, y la prueba *prima facie* se tiene que están constituidas a partir de indicios, por lo que se deja ver una vez más la tendencia jurisprudencial de no reconocerle a la prueba indiciaria el papel preponderante que desempeña en la demostración de la falla del servicio y del nexo causal.

Cuarta. También se observa en las providencias que resuelven casos sobre responsabilidad médica estatal por intervenciones obstétricas la tendencia a preestablecer el valor probatorio de los indicios, otorgándoles un carácter de presunciones judiciales que se traducen en plena prueba ante la ausencia de prueba en contrario por parte del demandado en aquellos eventos de daño médico en los que la gestación y el embarazo han sido normales. Como consecuencia de dicho uso inadecuado del indicio se violan principios probatorios como el de libre apreciación de la prueba, la valoración de la prueba, el de publicidad y consecuentemente el de contradicción,

Quinta. Se aprecia además que un uso adecuado del indicio permite suplir, en un gran número de casos, algunos esfuerzos jurisprudenciales tendientes a invertir la carga de la prueba, a disminuir el estándar probatorio, o a implementar las denominadas teorías de aligeramiento probatorio.

Sexta. Por último, se considera que un manejo riguroso de la prueba indiciaria conforme a la doctrina y la ley tiene la virtud de llevar al juez al convencimiento judicial sobre los hechos, incluso de aquellos hechos que no son directamente perceptibles por los sentidos, tales como el nexo de causalidad.

Bibliografía

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba Judicial. Tomo I y II. Temis. Bogotá. 2002. 490 p.
- DÖHRING, Erich. La Prueba, práctica y apreciación. Bogotá: Leyer, 2008. 490 p.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Bogotá: Temis, 1964. 377 p.
- GASCÓNABELLÁN, Marina. La argumentación de en la prueba de los hechos. En Temas Procesales. Medellín: Universidad de Medellín. Orión Álvarez. 2002, N. 26, paginas. 39 a 67.
- GORPHE, Francois. Apreciación judicial de las pruebas. Bogotá: Temis, 2004. 399 p.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Los indicios tomados en serio. En Filosofía y Teoría del Derecho, Interpretación y Razonamiento Jurídico. Ara Editore : Perú. 2009.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones el Profesional, 2007. 893 p.
- _____. Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones. Librería Ediciones el Profesional, Bogotá: 2005. 415 p.
- RUIZ JARAMILLO, Luís Bernardo y VELÁSQUEZ HERRERA, Rosmery. Valoración de la Prueba en la Responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y las garantías Procesales. En Revista Estudios de Derecho. Medellín: Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia. Vol. LXIII, No 142. páginas: 152 a 184.
- TAMAYO JARAMILLO. Javier. Sobre la prueba de la culpa médica, en derecho civil y administrativo. Medellín: Dike, 2003. 266 p.
- _____. La Responsabilidad del Estado. Bogotá: Temis, 2008. 182 p.

Jurisprudencia

Se analizaron las siguientes Sentencias del Consejo de Estado todas de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera:

- M. P. Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897.
- M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 13 de julio de 2005, Rad: 05001-23-26-000-1992-01243-01 Exp. 13542.
- M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 10 de febrero de 2000. Exp. 11878.
- M. P: Ruth Stella Correa Palacio. 31 de agosto de 2006 Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772.
- M. P: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 3 mayo de 1999. Exp. 11169.
- M. P: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.

- M. P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 14 de junio de 2001. Rad. 13001-23-31-000-1990-7392-01. Exp. 11901.
- M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia del 11 de abril de 2002 Rad. 23001-23-31-000-1996-6729-01. Exp. 13330.
- Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia 1º de julio de 2004. Rad. 08001-23-31-000-1993-7649-01. Exp. 14696.
- M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia del 17 de agosto de 2000. Exp. 12123.
- M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 26 de marzo de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01. Exp. 16085.
- M. P. Gil Botero Enrique. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364.
- M. P: Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del 15 de octubre de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1994-00061-01 Exp. 16350.