

La carga de la prueba como elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de Responsabilidad Médica para la mujer gestante en Barranquilla desde Enero a Mayo de 2020.

Wendy Galván Consuegra

Hernán Oviedo Doria

**Proyecto de Grado para cumplir con el requisito de la Especialización Derecho
Procesal**

**Universidad Simón Bolívar
Facultad de Ciencias Sociales y Humanas
Especialización en Derecho Procesal
Barranquilla**

2020

1. Título

La carga de la prueba como elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de Responsabilidad Médica para la mujer gestante en Barranquilla desde Enero a Mayo de 2020.

2. Problema de investigación

2.1. Planteamiento del problema

La doctrina define la carga de la prueba, de acuerdo con lo planteado por Gómez Pomar (2001) como “regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente” (p. 5).

En lo que respecta al ámbito del Derecho Penal, el principio de presunción de inocencia que ha sido consagrado en el Derecho colombiano es fundamental porque supone una mayor carga probatoria, sin desconocer que, en los otros ámbitos del Derecho, la prueba sea desdeñada.

La carga de la prueba es una expresión latina, *onus probando*, del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales, es decir, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo.

La carga de la prueba se constituye en un elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia para la mujer gestante en Colombia; ha sido sujeto de varias demandas por inconstitucionalidad y se ha convertido en el elemento detonante para aquellas féminas en estado de gestación, por cuanto encuentran que son violados sus derechos fundamentales, ligados a la vida, pero también asociados con la responsabilidad médica, ya fuese del Estado o de particulares.

El principal elemento de prueba tanto para los médicos como para la persona que se encuentra en gestación, lo representa la Historia Clínica, que de acuerdo con lo establecido por Rojas Salgado (2010) se refiere de la siguiente manera:

Para los médicos no es sólo un deber, sino una conveniencia, consignar en la historia clínica las condiciones en que un paciente hospitalario o quirúrgico ingresa y egresa del establecimiento asistencial con letra legible, pues las actuaciones de los mismos no están pontificadas por el error humano, sino por la negligencia, imprudencia o impericia del galeno, que puede generar responsabilidad; sin embargo la diligencia y cuidado del paciente como ser humano dotado de una complejidad

fisiológica-morfológica impredecible en muchas situaciones que el servidor de la salud le es imposible precaver. Por lo tanto, se debe precisar en la historia los signos vitales, la medicación ordenada y la forma como se trató al paciente, así como las recomendaciones dadas por el médico (p. 14).

Al decir la mujer gestante ha tenido que recurrir a peticiones, tanto al Estado como a las instituciones prestadoras de servicio en salud como a los médicos en busca de lograr acceder a la justicia, se retoma el caso de una demanda por inconstitucionalidad contra el artículo 167 parcial de la Ley 1564 de 2012, presentada ante la Corte Constitucional Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio en la cual considera, entre otros aspectos

que la expresión “podrá”, contenida en la norma acusada, “otorga al juez discrecionalidad para la distribución de la carga de la prueba entre las partes, cuando en realidad, de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, tal proceder es una obligación (Corte Constitucional, Sentencia C-086/16 2016, p. 7).

En la citada Sentencia se hacen las explicaciones sobre los preceptos superiores vulnerados los cuales consagran, y al mismo tiempo establecen las obligaciones y el deber de los funcionarios judiciales, que no son otros que el impulsar la promoción del acceso a la justicia, para que todos la logren en igualdad de condiciones en forma “real y efectiva”, mediante la adopción de “las medidas necesarias para que las partes estén en condiciones de igualdad procesal, y asegurar que esa igualdad se refleje en el derecho a la prueba como garantía de la tutela judicial efectiva” (Sentencia C-086/16 p. 7).

Más adelante, continuando con la explicación sobre estos aspectos que la Sentencia incluye como elementos fundamentales, la expresión “*podrá*”, haciendo referencia al artículo parcialmente acusado, “inferir razonablemente que el juez, en lo referente a la distribución de la carga de la prueba, tiene una facultad, no un deber, y que tal proceder es contingente o posible, dependiendo de la consideración que en el caso concreto realice” (Sentencia C-086/16 p. 8), lo cual implica y da lugar a que se infiera que es decisión del juez el que esté interesado en hacer una distribución o no de la carga de la

prueba, y aunque no esté consignado en la Sentencia se puede prestar a tomarse como una inequidad en la posibilidad de acceso a la justicia en forma igualitaria por los ciudadanos colombianos.

No solamente es en la Sentencia C-086/16 la única forma en que se ha pronunciado la ciudadanía sobre la carga dinámica de la prueba como modalidad probatoria, aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano y que ella hace referencia a la vulneración a la igualdad Constitucional. En efecto, mucho antes de la Sentencia a la cual se ha hecho referencia anteriormente, Díaz-Restrepo (2016), dice que la carga dinámica de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano se constituye en una regla de juicio en materia probatoria y se encuentra vigente. Esta carga dinámica consiste:

en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. Su implementación trae importantes y novedosas consecuencias prácticas que, analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, atentan contra la supremacía constitucional en materia de igualdad. Esta regla favorece a uno de los extremos procesales y se consagra como una medida de diferenciación instituida en virtud del mandato de trato diferencial equitativo incluido en la Constitución Política. Por ello se debe acreditar, para su válida procedencia, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte, como: la existencia de una justificación objetiva y razonable, una relación de proporcionalidad y racionalidad entre la justificación, los hechos y el fin perseguido (p. 202).

De ello se colige que al no cumplir la regla con el requisito de ser cimentada sobre una justificación que sea objetiva, se traduce en una diferenciación que contrario a materializar la igualdad real, termina por ocasionar su vulneración, y, desde ahí constituye una limitación y un obstáculo para el acceso a la justicia en igualdad de oportunidades.

Frente a esta situación que implica la importancia de la prueba como elemento fundamental y que esta sea presentada en forma equilibrada por ambas partes (demanda y demandado) existen objeciones que han puesto en tela de juicio al Código General del

Proceso, como bien lo anotan, Yáñez-Meza & Castellanos-Castellanos (2016) cuando dicen que la prueba, actualmente es uno de los “mandatos estructurales para la tutela efectiva de los derechos” (p. 562). La prueba, no solo es novedosa por el hecho de que actualmente haya alcanzado ribetes de novedad la “Constitucionalización del proceso, sino por casos concretos que han impulsado serias reformas” (p. 562).

Como quiera que la carga dinámica de la prueba tiene alcances cuando se suele utilizar en forma equilibrada, también tiene limitaciones que son las causantes del no acceder en igualdad de condiciones a la justicia colombiana y al debido proceso, como lo han propuesto en su trabajo de investigación Montilla Rosero & Jiménez Pascuaza (2016) al momento de hacer referencia a las limitaciones en el sentido de que es el juez quien tiene la potestad sobre la prueba, así mismo el hecho de que: “Según la constitución el juez aunque direcciona un proceso y puede ordenar la prueba de oficio no adquiere por ello la potestad supraconstitucional de vulnerar el debido proceso o cualquier otra garantía constitucional” (p. 47).

Como ha sido expresado antes en este planteamiento una de las limitaciones, la mayor de ellas se constituye en el acceso a la justicia en igualdad de condiciones y que encuentra en la carga dinámica de la prueba que ejercida por el principio de igualdad encontrará en quien se defiende, la oportunidad de aprovechar la influencia que tiene sobre el juez en detrimento de la parte reclamante de justicia. En tal sentido, el médico que es acusado por incumplimiento de sus funciones por la atención o intervención de un paciente debe tener presente que el consentimiento informado, tal como lo contempla Herrera Ramírez (2016), “constituye un presupuesto y elemento integrante para llevar a cabo la actividad médica. Es un hecho incontrovertible que el consentimiento informado es ajeno a la tradición médica, que lo ha desconocido a lo largo de su historia” (p. 25).

Sobre estos aspectos referentes a la connotación de la prueba como elemento coadyuvante de las demandas de la mujer gestante en Colombia es muy reciente la conceptualización sobre estos aspectos. La Corte Constitucional ante el no pronunciamiento del Ministerio de Salud al respecto, considero lo que había establecido Profamilia, en cuanto a que los derechos sexuales y reproductivos corresponden a los mismos derechos humanos interpretados desde la sexualidad y la reproducción.

En lo que respecta a la carga de la prueba como elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de responsabilidad médica para la mujer gestante en Barranquilla durante la vigencia Enero a Mayo de 2020, teniendo como antecedente lo que se está presentando en el país, se visualiza esta situación por el hecho de percibir que una gran cantidad de mujeres se encuentran impedidas por las decisiones tomadas por los jueces al momento de fallar, o establecer sentencia con respecto a los casos que han sido sujetos de demandas.

En este caso, los referentes que se pueden situar como causas de esta situación de no acceso a la justicia son:

- La no utilización de la historia clínica como elemento fundamental de la prueba y los aspectos que le sirven de soporte, como el consentimiento informado, el estado de la paciente antes y después de la intervención;
- La inadecuada distribución de la prueba, es decir, el desequilibrio que se presenta en el acceso a la prueba;
- Deficiencia en la calidad de la prueba, por cuanto alguna de ellas no cumple con la técnica en la confección. Esto dificulta la toma de decisión frente a alguna demanda por negligencia, por descuido o por impericia del médico;
- El favoritismo que se presenta cuando se toman las decisiones o se fallan en favor del médico y/o la institución prestadora de los servicios de salud.

La reunión de estos factores causales o la relación de los mismos, hacen que se manifieste en la dificultad de acceso a la justicia en las mujeres, cuando pretenden utilizar como elemento de prueba contundente la historia clínica, que es lo que les garantiza desde el punto de vista constitucional el acceso a la justicia en calidad de gestante.

Alrededor de asignar la carga de la prueba como elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de responsabilidad médica para la mujer gestante en Barranquilla, son evidentes las siguientes consecuencias:

- Las deficiencias en cuanto a la búsqueda de la prueba, para llegar a establecer la tutela efectiva del derecho y para el encuentro de la justicia, la carga de la prueba se vuelve

insuficiente, ejemplo, por no tener la prueba el demandante que alega el hecho por circunstancias técnicas especiales o por su lejanía con el material probatorio, o por no tener en su poder el objeto de prueba, o simplemente porque no lo puede utilizar en forma adecuada.

- En muchas ocasiones, se ha olvidado que el proceso es de las partes y del juez, no de los abogados, de tal forma que la pretensión y su resistencia son de las partes y el poder de decisión es del juez, más no de los abogados, que en algunos momentos lo asumen como propio.

- Esta circunstancia anotada antes es la que también termina desvirtuando la oportunidad de acceder a la justicia en igualdad de condiciones.

2.2. Formulación del problema

De lo anteriormente descrito en esta investigación se plantea el siguiente interrogante:
¿De qué manera la carga de la prueba se constituye como una garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de Responsabilidad Médica para la mujer gestante en Barranquilla desde Enero a Mayo de 2020?

3. Justificación

La propuesta que se está planteando con respecto al desarrollo de una investigación, que haga referencia a la carga de la prueba como elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de responsabilidad médica para la mujer gestante en Barranquilla durante la vigencia Enero a Mayo de 2020, tiene una relevancia e importancia, por cuanto no se tiene claridad al momento de utilizar esta figura jurídica de gran valor, tanto para los médicos y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando incurren en hechos de negligencia o impericia y son sujetos de demanda, como para las mujeres que se encuentran en gestación.

En sintonía con lo que plantea Bernal, quien dice que “toda investigación está orientada a la resolución de algún problema; por consiguiente, es necesario justificar, o exponer, los motivos que merecen la investigación” (p. 106), en esta propuesta se hace la justificación desde el punto de vista teórico, al cual hizo referencia Méndez (1995) para el caso de investigaciones en el área de la administración, “encontrar explicaciones a situaciones internas” (p. 198).

Es necesario también hacer alusión a lo que había mencionado Popper (1980) cuando puso de manifiesto que la teoría se valida o se sigue manteniendo como tal en la medida que, al ser confrontada con la práctica, ésta permita mediante la hipótesis planteada en un proyecto de investigación que los resultados sean observables y confrontados con los postulados que la teoría formuló. En tal sentido es ese el criterio establecido para considerar que la justificación es teórica y sustentada en el principio de la falsación al cual hace referencia Popper quien sostiene “que no se empieza por observaciones sino, siempre a partir de problemas o a partir de una teoría que ha pasado por serias dificultades, es decir, una teoría que ha creado y decepcionado determinadas expectativas” (Jiménez Garnica, 2018).

En Popper (1980) el principio de la falsabilidad se expresa en todo el contenido de su obra “La lógica de la investigación científica”, concretamente en los aspectos relacionados con la corroboración o refutación de la teoría (que es lo que él considera válido para que siga conservando su estatus de teoría científica).

Pero si, por el contrario, cabe idear un experimento crucial con el fin indicado, el sistema contendrá —al menos como primera aproximación— alguna teoría bien corroborada y, además, alguna otra cosa que quepa contrastar: no será «metafísico», naturalmente, y cabrá considerarle como un nuevo paso en la evolución casi inductiva de la ciencia. Esto explica por qué, por regla general, sólo las teorías que se proponen con una pretensión de resolver los problemas a la vista en el momento —esto es: Las dificultades, contradicciones y falsaciones con que se está enfrentado en el momento— establecen un contacto con la ciencia de la época: al proponer una solución para tales dificultades, tales teorías pueden indicar el camino hacia un experimento crucial (p. 258).

Con ello, la justificación desde lo teórico, permite establecer lineamientos para dimensionar que tanta viabilidad tiene la investigación tanto en el tiempo como en el área geográfica donde ocurren los fenómenos, pero al mismo tiempo, plantea una responsabilidad moral del investigador que entra a formar parte fundamental, de devolver a las personas que participaron directa e indirectamente en el proceso la información, en forma de postulados teóricos que de alguna forma le representan información, que puede ser utilizada en la orientación y en la comprensión del fenómeno, es decir, en la planeación de algunas acciones y/o actividades a seguir en el futuro.

Algunos de los criterios que fueron tenidos en cuenta al momento de diseñar esta investigación y fundamentalmente para establecer desde el punto de vista teórico su justificación son, entre otros, los siguientes:

- Se enmarca esta justificación desde lo teórico porque la pretensión que tiene el estudio es generar reflexión, pero al mismo tiempo propiciar un debate académico sobre el conocimiento existente alrededor del tema.
- Confrontar los elementos teóricos que se utilizan en la investigación con lo que está ocurriendo en la práctica, lo cual permitirá refutar la teoría o confirmarla para seguir utilizándola como aspecto válido de las decisiones que se han tomado y que han sido consignadas en forma de sentencias por la Corte Constitucional Colombiana.

- Además, y como lo ha expresado Bernal (2010), “la justificación teórica es la base de los programas de doctorado y algunos programas de maestría donde se tiene como objetivo la reflexión académica” (p. 106), los resultados de este estudio pueden ampliarse en una investigación pertinente con los estudios de una Maestría en esta misma área del conocimiento.

Estos elementos que se enuncian y que hacen referencia a los argumentos, que sustentan la relevancia y la importancia de la investigación escogida, son los que permiten justificar en términos teóricos los constructos, por cuanto si bien es cierto no existen estudios que se refieran a la prueba como elemento que garantiza el acceso a la justicia en los procesos de responsabilidad médica para las mujeres en gestación, concretamente en la ciudad de Barranquilla, este estudio, después de hacer una revisión del estado del arte sobre el tema, permitió tomar la decisión en cuanto a la necesidad de hacer un abordaje y socialización posterior.

En cuanto al enfoque que se utilizará en el estudio, es pertinente hacer alusión a la necesidad de proveer y disponer de información cualitativa que surja de los análisis de la legislación, y la normativa existente sobre el tema en términos universales y locales, ligados a la interpretación lograda por los autores del estudio, con lo que se fomentará debates académicos pertinentes, con los temas que necesitan ser conocidos y fundamentados desde lo jurídico y lo social, para el conocimiento de la comunidad de investigadores y también de la población sobre aspectos que en apariencia son cotidianos (por la ocurrencia en la práctica), pero que necesitan ser conocidos teóricamente.

3.1. Delimitación de la investigación

Una vez justificado el estudio corresponde ahora delimitarlo. La delimitación consiste en que los investigadores tienen la oportunidad de plantear limitaciones al estudio o la investigación, teniendo en cuenta que no todos los estudios tienen que plantearse las mismas limitaciones, ya que cada uno de ellos guarda particularidades que le son inherentes a su naturaleza: la información que se va a recolectar, las fuentes de obtención, el acceso a la información, el procesamiento de la información y el diseño para el análisis.

En lo que respecta a esta investigación se fijarán cuatro formas de delimitación, las cuales son:

3.1.1. En cuanto al tiempo

El periodo de tiempo que se utilizará en este estudio es de cinco meses, contados a partir a partir del mes de Enero a Mayo de 2020. Es el tiempo en que permanecen las actividades académicas en la Especialización. Sin embargo, este tiempo se podría extender en un mes más, por cuanto quedan algunos aspectos de carácter administrativos pendientes por cumplir. En todo caso es un tiempo de carácter prospectivo.

La investigación culmina en su parte operativa en el instante en que sean abordadas las sugerencias (en caso de haberlas) y subida al sistema de Repositorios de la institución el documento, en calidad de trabajo de grado de la respectiva Especialización.

3.1.2. En cuanto al espacio

Se ha determinado que el estudio tiene como escenario geográfico la ciudad de Barranquilla, Colombia. Se ha planteado la alternativa de la búsqueda de información a través de informantes calificados previamente identificados o a través de la internet con el acceso a los procesos de demandas realizadas por mujeres gestantes.

3.1.3. En cuanto a las fuentes

Las principales fuentes de información son textos, consultas en internet, entrevistas de quienes se obtendrá los datos relacionados con las demandas de mujeres en gestación hechas a médico y/o a instituciones públicas o privadas de la ciudad de Barranquilla.

3.1.4. Delimitación teórica.

Como ya se había expresado anteriormente desde el planteamiento del problema, el estudio está delimitado teóricamente a los aspectos que hacen referencia a la carga de la prueba como elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de responsabilidad médica para la mujer gestante en Barranquilla.

4. Objetivos

4.1. Objetivo General

Analizar la carga de la prueba como elemento para la garantía Constitucional de acceso a la justicia en los procesos de Responsabilidad Médica para la mujer gestante en Barranquilla desde Enero a Mayo de 2020.

4.2. Objetivos Específicos

- Analizar las Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana generadas en materia de Responsabilidad Médica relacionadas con la carga de la prueba para la mujer gestante desde Enero a Mayo de 2020.
- Establecer la concepción desde la doctrina Colombiana sobre la carga de la prueba en los procesos de Responsabilidad Médica para las mujeres gestantes.
- Identificar las deficiencias en la utilización de la prueba cuando esta es vinculada como elemento probatorio de las actuaciones médicas o de las instituciones prestadoras de salud en contra de la mujer gestante en Barranquilla desde Enero a Mayo de 2020.

5. Marco de Referencia

5.1. Estado del Arte

El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el Derecho Sustancial y Procesal (2016) forma parte del resultado de una investigación realizada en el país con el propósito de garantizar el debido proceso de los sujetos procesales que, habiendo presentado pruebas obligaban al juez a tenerlas en cuenta y valorarlas, aunque el término de presentación estuviese vencido. Otro aspecto interesante de este estudio está relacionado con la carga de la prueba u ordenar de manera oficiosa la prueba de un hecho, o asignar la carga de probar a alguna de las partes, o por medio de una medida cautelar probatoria, por parte del juez. Concluye esta investigación con algo que hasta ese momento se podía considerar como algo novedoso:

La inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba describen realidades distintas. Son dos conceptos diferentes y por eso se describen como “insumos” independientes, aunque se asemejen en la lógica de asignar la carga a quien le quede más fácil o para proteger a la parte más débil de la relación procesal (Yáñez-Meza y Castellanos-Castellanos, 2016, p. 98).

Ruiz Jaramillo (2017) en su tesis doctoral con el título El Derecho Constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del proceso colombiano hace un abordaje a las garantías o mecanismos de efectividad constitucionales y las del orden legislativo, en especial, los del Código General del Proceso. Plantea que por esta razón se mencionan las fases del proceso judicial, los medios de prueba, la valoración y las reglas que hacen exclusión para establecer en qué sentido contribuyen en la efectividad de este derecho constitucional. Por este motivo se deben estudiar los recursos, los mecanismos de aseguramiento probatorio (que constituyen las pruebas anticipadas o extraprocesales y el derecho de petición), los deberes y las cargas procesales.

En cuanto a la carga dinámica de la prueba Díaz-Restrepo (2016) plantea que “es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano”, la cual consiste en asignar el gravamen de mostrar a la parte que se encuentre tenga las mejores condiciones para probar que lo que se está asegurando resulta ser incontrovertibles. Tales aseveraciones las presenta en un artículo con el título La carga

dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional, en el cual afirma que, su implementación traería “importantes y novedosas consecuencias prácticas que, analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, atentan contra la supremacía constitucional en materia de igualdad” (p. 202). Esta situación presentada en la forma de una regla, favorece a uno de los extremos procesales y se consagra como una medida de diferenciación instituida con respecto al mandato de trato diferencial equitativo que fue incluido en la Constitución Política Colombiana de 1991. Así las cosas y el panorama legislativo que se vislumbra en el país, constituyen una diferenciación que contrario a materializar la igualdad real, termina por ocasionar su vulneración. Admite que lo que se debe hacer es la regulación de la norma, para que se asegure que su aplicación solo ocurra cuando exista una justificación objetiva y razonable.

Pérez Restrepo (2011) hace alusión a la carga de la prueba al momento de presentar los resultados de su estudio con el título La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad, en la que le atribuye formar parte de una teoría del derecho probatorio la cual asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. La modalidad de carga procesal había sido utilizada por el Consejo de Estado para resolver casos de responsabilidad administrativa en la que estaba comprometida la actividad y responsabilidad médica, durante un período que fue establecido entre los años 1990 y 2006, teniendo en cuenta que existían dificultades de los pacientes para probar los hechos que constituían fallas del servicio médico estatal. Empero, esta modalidad de carga procesal fue abandonada por ser considerada estática para retornar a la falla probada, en la cual el accionante debe probar todos los supuestos fácticos de la demanda. A partir del año 2006 ha tomado “gran vuelo la prueba indiciaria” (p. 202). La Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio (2011), es un texto de la autoría de Cárdenas Villarreal y Moreno Molinet, jurisconsultos chilenos que se debe tener en cuenta con relación a los postulados que en documento se consagran. Aunque son exclusivamente tratados para el caso de Chile, es importante considerarlos ya que revisten aspectos universales que de alguna forma inciden en el caso colombiano en lo que respecta a la responsabilidad médica y la fallas en los

servicios sanitarios por parte de la administración estatal, que difiere de la colombiana por cuanto en este país el servicio y la atención en salud es ofrecido mediante una combinación y articulación de los sectores público y privado.

Rojas Salgado (2015) al hacer referencia a la responsabilidad civil médica en cuanto a considerar el valor que tiene la prueba y la causalidad que implica el acto médico, está subrayando y destacando que se debe realizar un “análisis legal, doctrinal y jurisprudencial sobre la valoración probatoria en los casos de responsabilidad médica” (p. 15) al mismo tiempo que, observar (porque van de la mano) el arraigo de la norma en la problemática jurídica que se presenta entre pacientes e instituciones prestadoras de salud. Esta situación – la responsabilidad médica- cuando no se asume con rigurosidad y regularidad ética-jurídica, genera consecuencias legales que son establecidas como daño, perjuicio u obligación resarcitoria, al interior y amparadas por la Teoría General del Daño, se convierte en dilatoria de las fronteras de la culpa y culminan en mostrar que aunque el daño se produce por negligencia, impericia, imprudencia, inobservancia, la causa es debida a error, impericia, lasciva, que impiden el logro de la humanización del derecho en cuanto al debido proceso para admitir la prueba.

Palacio Palacio (2016) que habría sido ponente con la que la Corte Constitucional en Sentencia C-086/16 estableció que puede “otorgar al juez discrecionalidad para la distribución de la carga de la prueba entre las partes” (Corte Constitucional, 2016, p. 7), cuando en realidad, de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, tal proceder es una obligación. La Sentencia a la cual se alude consagra entre otras explicaciones, sobre los preceptos superiores vulnerados los cuales establecen al mismo tiempo, las obligaciones y el deber de los funcionarios judiciales, que no son otros que el impulsar la promoción del acceso a la justicia, para que todos la logren en igualdad de condiciones de manera efectiva y real, con la adopción de “las medidas necesarias para que las partes estén en condiciones de igualdad procesal, y asegurar que esa igualdad se refleje en el derecho a la prueba como garantía de la tutela judicial efectiva” (p. 7).

La prueba dinámica tiene alcances cuando se suele utilizar en forma equilibrada, pero también tiene limitaciones que son las causantes del no acceso al debido proceso en igualdad de condiciones a la justicia colombiana, tal como lo proponen Montilla Rosero y

Jiménez Pascuaza (2016) en su trabajo de investigación en el que hacen referencia a las limitaciones que esta entraña (el acceso a la justicia), en el sentido de que es el juez quien tiene la potestad sobre la prueba. De similar forma se refieren al hecho de que: “según la Constitución el juez, aunque direcciona un proceso y puede ordenar la prueba de oficio no adquiere por ello la potestad supraconstitucional de vulnerar el debido proceso o cualquier otra garantía constitucional” (p. 47).

5.2. Marco Teórico

Los aspectos explicativos en este estudio serán orientados por los supuestos de la Carga dinámica de la prueba que, es una teoría del derecho probatorio, específicamente en lo que hace referencia a la prueba indiciaria que como lo anota Pérez Restrepo (2011), “cobra particular importancia, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño” (p. 212), con lo que se aduce que este criterio se ajusta a la normatividad vigente, y resulta más equitativo en cuanto al acceso a la justicia.

Frente a la pretendida utilización de La carga dinámica de la prueba en lo atinente a la prueba indiciaria, se ha de tener en cuenta lo expresado en la Sentencia 2000-09610 de 31 de agosto de 2006, emanada del Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo en la que profirió la siguiente afirmación:

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

Otros autores como Yáñez-Meza y Castellanos-Castellanos (2016); Díaz-Restrepo (2016); Pérez, et al (2011) quienes consideran que ante el hecho de que cuando una persona se siente impedida para el cumplimiento de algo, esta negación indefinida “no tengo capacidad económica” se toma entonces como prueba indiciaria que invierte la

carga de la prueba hacia el demandado, ante la presunción de la existencia de la buena fe en términos de la referida jurisprudencia.

En tal sentido, y de acuerdo con lo manifestado por Pérez (2011) y citado por Montilla Rosero y Jiménez Pascuaza (2016), “la prueba indiciaría cobra particular importancia, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se aduce que, con este criterio, además de ajustarse a la normatividad vigente, el proceso resulta más equitativo” (p. 42).

El otro aporte que reviste especial significado para este estudio que está encausado por los supuestos de la Carga dinámica de la prueba, con énfasis marcado hacia la prueba indiciaria está representado por los desarrollos logrados por el investigador Cabrales de la Pava (2013), quien los presentó en forma de ponencia en el XIV Concurso Internacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la ciudad de Medellín (Colombia) en el mes de septiembre de 2013. Textualmente hace referencia a la prueba indiciaria en los siguientes términos: “El desarrollo científico ha dado especial relevancia probatoria a la prueba indiciaria, en toda clase de procesos, civiles, penales, administrativos, laborales, comerciales, los cuales, en su mayoría, cuando son esencialmente de carácter científico, se traducen en experticias o pruebas periciales” (p. 67).

En este estudio se estarán desarrollando tres capítulos que orientados por la Teoría de la carga dinámica de la prueba con énfasis en la prueba indiciaria tienen la pretensión de lograr explicaciones a cada uno de los siguientes aspectos:

En el primer capítulo se tratarán temáticas con relación a:

La carga de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano

- Concepto, Reglamentación (marco legal y jurisprudencial).
- Evolución histórica de la carga de la prueba.
- La carga frente al acceso a la justicia. Garantía Constitucional.

En el segundo capítulo, aspectos como:

- Proceso jurisdiccional, cómo tiene aplicabilidad la carga de la prueba.
- Mujer gestante, concepto, protección Constitucional a la mujer gestante.
- Derechos vulnerados, mecanismos de protección.

En el tercer capítulo se tratan los temas relacionados con:

- La mujer gestante y el acceso a la justicia.

- La carga de la prueba en casos de mujer gestante.
- Las deficiencias en la utilización de la prueba cuando esta es vinculada como elemento probatorio de las actuaciones médicas
- Las deficiencias de las instituciones prestadoras de salud en contra de la mujer gestante en Barranquilla.

6. Metodología

La metodología que se implementará en esta investigación está sustentada por el método inductivo y es de tipo bibliográfica analítica con la utilización de las siguientes técnicas: Rastreo o una búsqueda de información con respecto a cada uno de los temas que forman parte de los contenidos de la investigación; Interpretación de las lecturas que fueron sujeto de la búsqueda; Análisis de la información tanto de fuente primaria como secundaria recolectada. Teniendo en cuenta que se hará revisión de las sentencias relacionadas con las mujeres gestantes en Barranquilla dentro de los procesos de Responsabilidad Médica. Todo ello se hará por la vía virtual (internet).

7. Avances en el desarrollo de los Resultados

7.1. Capítulo 1. La carga de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano

En términos generales se asimila la carga dinámica de la prueba como una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo (Pérez Restrepo, 2011).

El Consejo de Estado como instancia de la nación colombiana presentó sus razones y los argumentos pertinentes para suprimir la carga dinámica de la prueba al interior del ordenamiento jurídico. Retoma información aportada por Devis Echandía¹, y la vincula a las teorizaciones del tema en torno a los argumentos del Consejo de Estado. Las que aquí se señalan son las que en mayor medida guardan relación con el presente estudio. Entre estas han sido consideradas las siguientes:

1. Se retira la carga dinámica de la prueba y se acoge de nuevo el régimen de la falla probada, por cuanto el Consejo de Estado considera que éste último resulta más equitativo.
2. Se aduce que el régimen de la falla probada se ajusta a la normatividad vigente, mientras que la carga dinámica de la prueba ha sido una creación de índole jurisprudencial que debe replantearse.
3. Cuando hay lugar a presumir la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos muy relevantes, tales como la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente.
4. Cuando la falla se presume, se traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción, en una materia tan compleja, donde el área constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones impersonales en las que se presta el servicio en las instituciones públicas, hacen muy difícil la demostración de todos los actos en los que dicho servicio se materializa.

¹ Devis Echandía, H. Teoría General de la Prueba Judicial, p. 587.

5. La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o por su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, en materia de responsabilidad estatal encuentran su solución con una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso (en particular de la prueba indiciaria), con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias, y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes (p.p. 215-216).

7.1.1. Concepto, Reglamentación (marco legal y jurisprudencial).

Con lo planteado por Pérez Restrepo (2011, p. 204); Ruiz Jaramillo (2017, p. 184) se tiene, los elementos conceptuales con los que se hace una aproximación a la representación que esta tiene en el ordenamiento jurídico colombiano; al decir de Ruiz Uribe este tema al que se hace referencia reviste importancia para el derecho puesto que la mención que se hace es a la prueba judicial. Por ello,

es imprescindible expresar el concepto del cual se parte para efectos de delimitar de mejor manera el objeto de este derecho. La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos (p. 184).

Bajo este concepto se pueden reunir tres acepciones sobre la forma como puede ser entendida la prueba judicial: la primera como argumentos sobre la existencia de los hechos; la segunda se puede entender como instrumentos que contienen tales argumentos, y, la tercera como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de estos argumentos.

Los otros elementos del concepto son los que ha elaborado Pérez Restrepo quien ha asimilado que para construir un concepto sobre la prueba se tiene que partir de un enfoque originario, esto es, la carga de la prueba y que establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso que señala que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...” (p. 204).

Como ella misma lo dijera con palabras simples, ya que con esta norma se señala que las partes, si aspiran sacar adelante cada una de sus pretensiones y excepciones, o su defensa en general, pueden aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma. Esta norma, es la que constituye el fundamento legal de la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico de Colombia.

7.1.2. Evolución histórica de la carga de la prueba.

7.1.3. La carga frente al acceso a la justicia. Garantía Constitucional.

7.2. Segundo capítulo. El Proceso jurisdiccional de la carga de la prueba

7.2.1. La aplicabilidad de la carga de la prueba.

7.2.2. Mujer gestante, concepto, protección Constitucional a la mujer gestante.

7.2.3. Derechos vulnerados, mecanismos de protección.

7.3. Tercer capítulo. La mujer gestante y el acceso a la justicia.

7.3.1. La carga de la prueba en casos de mujer gestante.

7.3.2. Las deficiencias en la utilización de la prueba cuando esta es vinculada como elemento probatorio de las actuaciones médicas

7.3.3. Las deficiencias de las instituciones prestadoras de salud en contra de la mujer gestante en Barranquilla.

Referencias Bibliográficas

- Cabrales de la Pava, C. (2013). La carga de la prueba y el derecho a probar en el Código General del proceso.
- Cárdenas Villarreal, H. y Moreno Molinet, J. (2011). *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*. Santiago de Chile (Chile): Thomson Reuters.
- Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. (2016). *Sentencia 2000-09610 de 31 de agosto de 2006*.
- Corte Constitucional. M. P. Jorge Iván Palacio, Palacio. (2016). Sentencia C-086/16.
- Díaz-Restrepo, J. C. (2016). *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional*. En: *Entramado*, vol. 12, no. 1 (enero - julio, 2016), pp. 202-221.
- Montilla Rosero, C. A. y Jiménez Pascuaza, J. M. (2016). *Alcance y limitaciones de la carga dinámica de la prueba en el proceso judicial*. Trabajo de Grado. Medellín: Universidad de Medellín (Sede Pasto). Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo.
- Pérez Restrepo, J. (2011). *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica. Decaimiento de su aplicabilidad*. En: *Estudios de Derecho*, Vol. LXVIII, no. 152 (diciembre 2011), pp. 201-225.
- Rojas Salgado, M. J. (2015). *Responsabilidad civil médica. La valoración de la prueba, la causalidad en el acto médico*. 3ª. Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2017). *El Derecho Constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del proceso colombiano*. En: *Vniversitat Rovira I Virgili*
- Yáñez-Meza, D. A. y Castellanos-Castellanos, Y. A. (2016). *El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el Derecho Sustancial y Procesal*. En: *Vniversitas*, no. 132 (enero-junio de 2016), pp. 561-610.