

Interpretación jurídica y carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil médica: un acto de construcción jurídica de la Corte Suprema de Justicia colombiana

Legal interpretation and the dynamics of the burden of proof within medical civil liability: the construction of a legal posture by the Colombian Supreme Court

Jaime Alberto Palomino Arias ¹, Diego León Gómez Martínez ²

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Fecha de recepción: 11 de enero de 2022.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2022.

¹ Magister en Derecho y Abogado de la Universidad Santiago de Cali.
Código ORCID:
0000-0005-6179-4283

² Doctor en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Università degli Studi di Genova (Italia). Abogado y Magister en Derecho de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Profesor investigador de Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali.
E-mail:
eclosion@hotmail.com
Código ORCID:
0000-0002-4681-6625

Resumen

La carga de la prueba es de suma importancia para el ejercicio del derecho desde el punto de vista de la realidad judicial cotidiana pues versa sobre la obligación procesal de probar las proposiciones sobre los hechos que se alegan, bien sea en la demanda o en la contestación de esta; aspecto también relevante en el ámbito de la responsabilidad médica. El presente trabajo investigativo tiene como propósito el análisis de los argumentos presentados y la técnica argumentativa empleada por parte de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en la sentencia de casación N° 12947 de 2016, en relación con la carga probatoria en los procesos civiles de responsabilidad médica, teniendo como punto de análisis la teoría argumentativa del autor italiano Riccardo Guastini.

Palabras Clave:

Responsabilidad médica, interpretación jurídica, carga dinámica de la prueba.

Abstract

The burden of proof is extremely important for the exercise of the law from the point of view of daily judicial reality, since it deals with the procedural obligation to prove the propositions about the facts that are claimed, either in the lawsuit or in the countersuit; this aspect is also relevant in the field of medical liability. The purpose of this investigative work is the analysis of the arguments presented and the argumentative technique used by the Colombian Supreme Court of Justice, in the cassation judgment No. 12947 of 2016, in relation to the burden of proof in civil liability proceedings. medical, taking as a point of analysis the argumentative theory of the Italian author Riccardo Guastini.

Keywords:

Medical liability, legal interpretation, dynamic burden of proof.

CITACIÓN: Palomino Arias, J.A. & Gómez Martínez, D.L. (2022). Interpretación jurídica y carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil médica: un acto de construcción jurídica de la Corte Suprema de Justicia colombiana. *Juees*, 3, 23–44.

Introducción

La carga de la prueba es de suma importancia para el ejercicio del derecho desde el punto de vista de la realidad judicial cotidiana, pues versa sobre la obligación procesal de probar las proposiciones sobre los hechos que se alegan, bien sea en la demanda o en la contestación de esta; aspecto también relevante en el ámbito de la responsabilidad médica. El presente trabajo investigativo tiene como propósito el análisis de los argumentos presentados y la técnica argumentativa empleada por parte de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de casación N° 12947 de 2016, en relación con la carga probatoria en los procesos civiles de responsabilidad médica, teniendo como punto de análisis la teoría argumentativa del autor italiano Riccardo Guastini.

En dicha sentencia se puede observar la discusión jurisprudencial que, desde hace muchos años, ha girado en torno a la referida carga procesal en asuntos de responsabilidad médica. Aquello conllevó a ulteriores discusiones en el órgano legislativo que como resultado tuvo la expedición del artículo 167 del Código Orgánico General del Procesos, por medio del cual se llevaría al plano de la ley la llamada carga dinámica de la prueba. Es decir, la carga dinámica de la prueba fue primero una creación normativa a partir de la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, y es precisamente en esa discusión jurisprudencial pretérita objeto de estudio para conocer a fondo su argumentación y, el proceso de creación

normativa por parte de la Corte.

1. De la interpretación jurídica a partir de la teoría de la argumentación jurídica de Riccardo Guastini

1.1. Aspectos generales de la interpretación jurídica

En un principio, se podría afirmar que la interpretación, como acto de alterar la voluntad del autor de una determinada disposición normativa, solo tiene lugar frente a textos que no gozan de claridad en relación con su significado. De tal suerte que, podría pensarse que solo respecto de los textos normativos ambiguos o poco claros en su significado es que tiene lugar la interpretación, mientras que, para textos aparentemente claros u obvios en su significado, no aplica interpretación alguna. Es así como, algunos sostienen que la labor del intérprete consiste precisamente en dar claridad a los textos que no la tengan, debido quizás a redacciones dubitativas o controversiales, de tal suerte que solo algunos textos requieren ser interpretados.³

Lo anterior es un concepto restringido de la interpretación. Tal y como lo señala Riccardo Guastini, la interpretación jurídica tiene lugar independientemente de la claridad u oscuridad del texto normativo, pues el hecho mismo de diferenciar los textos claros de aquellos que no lo son, *per se* constituye en un acto de interpretación. Si no, de qué otra

³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 338-339.

forma podría saberse si el texto goza de claridad o no. Aquello no significa que se predique un acto de objetividad en dicha actividad, por el contrario, se trata de un ejercicio subjetivo como lo es la interpretación misma.

1.2. Disposiciones y normas (producción, existencia y validez)

La producción de normas jurídicas es regulada a través de otras normas jurídicas que bien pueden ser vistas como normas de tipo permisivo, de mandamiento, de definiciones, condicionales o de competencia. Este tipo de normas conceden permisos al órgano legislador para tal producción normativa; ordenan el cumplimiento de las leyes expedidas por el órgano competente o como condición de existencia y validez para la norma; o conferir poderes al Congreso para que profiera las leyes.⁴

Para que una norma exista jurídicamente basta con que se profiera con apego a algunas normas de producción jurídica, pues se entendería que forma parte de un ordenamiento jurídico. Empero, otro tópico es el de la validez, la cual tiene lugar con el nacimiento de una norma jurídica apegada a la totalidad de las normas que determinan la producción jurídica. De suerte tal que, en términos jurídicos una norma puede ser considerada existente pero inválida, si no ha surgido a la vida jurídica de conformidad con la totalidad

de las normas que regulan su producción.⁵

1.2.1. Disposición y norma

La interpretación da lugar a la existencia de normas y contenido a los textos normativos, a través del “enunciado interpretativo” para lo cual requiere de la argumentación,⁶ es decir, dar contenido. De manera que cuando hablamos de interpretación, hacemos referencia también a la argumentación respecto del significado de una disposición, el cual será una norma aplicada a un supuesto de hecho. Una cosa es la disposición y otra la interpretación que se haga de ella, es decir, la norma. Esta es la diferencia entre las disposiciones, que son el enunciado, y las normas, que constituyen el significado de dicho enunciado. Es decir, la norma es la disposición ya interpretada. Esto es, que el texto que se encuentra en un documento determinado, por ejemplo, plasmado en un artículo, es lo que se entiende como disposición, frente a la cual se atribuye cierto significado, es decir que dicha disposición es interpretada, dando como resultado lo que se conoce como norma.⁷

Ciertamente, en el ámbito de las normas existen jerarquías que permiten identificar la dimensión de los efectos jurídicos de la norma y la relación entre las normas mismas. Verbigracia la jerarquía existente, en razón a las normas

⁴ GUASTINI, Riccardo. *En torno a las normas sobre la producción jurídica*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Traducción de Miguel Carbonell, 1995, p. 2-10.

⁵ *Ibid.*

⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 1era. Ed. México: Universidad Nacional Autónoma De México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 261.

⁷ GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, Op. Cit.

de producción jurídica y, aquellas producidas con fundamento en estas, lo que se entiende como jerarquía formal; o, aquellas producidas por el conflicto de dos normas en el que una tercera norma determina la validez de alguna de aquellas, conocida como jerarquía material; o, aquella en la cual, una norma que gire en torno a otra, conocida como jerarquía lógica. De igual manera, se reconoce la jerarquía de tipo axiológico o valorativa, la cual implica la mediación de un juicio de valor del intérprete en el que atribuye un valor mayor a una determinada norma sobre otra.⁸

1.3. Teorías de la interpretación según Riccardo Guastini

Frente a las posturas teóricas de la interpretación jurídica, Guastini reconoce la existencia de las teorías cognitiva y escéptica de la interpretación.⁹ Sin embargo, se inclina por una teoría intermedia que incluya ambas, estableciendo que la interpretación jurídica, en ocasiones, puede comprenderse como una actividad de conocimiento y en otras como una actividad de discrecionalidad decisoria.

1.3.1. Teoría cognoscitiva

La teoría cognoscitiva, también llamada cognoscitivista o formalista, está basada en los principios de la soberanía democrática del Estado, la división tripartita de los poderes públicos y en el

principio de legalidad. Estos principios conforman la estructura democrática, teniendo a la cabeza al órgano legislador que, como organismo de elección popular y facultado para crear las leyes, circunscribe el papel del juez a la aplicación de las leyes proferidas por el parlamento y, en consecuencia, se entiende que toda ley contiene un significado predefinido para el juez, quien solo debe aplicarlo.¹⁰

La interpretación, es un acto de descubrimiento del significado de las palabras. La interpretación cognitiva identifica los posibles significados de un texto normativo, sin escoger ninguno, pues se trata de la aprehensión de los significados que objetivamente se hallan en el contenido de la disposición interpretada. En cambio, en la interpretación decisoria se escoge uno de esos significados, es decir, de aquellos que han sido identificados por la interpretación cognitiva, tomando partido por uno u otro, y descartando los demás significados.¹¹

1.3.2. Teoría escéptica

La teoría escéptica va en contravía de la teoría cognitiva, pues, esta teoría establece que los textos normativos no gozan de una sola posibilidad de interpretación sino de una variedad de posibilidades, siendo decisión del intérprete escoger una de ellas. De ahí, que se haga referencia a una “interpretación decisoria” por parte de

⁸ *Ibíd.*

⁹ GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 13-18.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

Guastini, en sede de esta teoría, entre otras cosas porque resalta la equívocidad de los textos normativos, así como su indeterminación y la realidad innegable desde la experiencia respecto del fenómeno de la interpretación creativa que permita dar solución a los distintos problemas jurídicos que se presentan. De acuerdo con esta postura teórica, no existe un único significado contenido en la disposición a la espera de su hallazgo, pues la interpretación se constituye en últimas en una elección voluntaria y discrecional del intérprete frente a una variedad de posibilidades de significado, lo cual aplica ostensiblemente en la interpretación de los jueces.¹²

1.3.3. Teoría intermedia

En esta teoría se parte del reconocimiento de los denominados casos fáciles en los que la aplicación de un núcleo de significado resulta incontrovertible y frente a los cuales el juez se limita a descubrir el significado del texto normativo atribuido pretéritamente y sin discusión alguna. Es decir, la interpretación como un acto de conocimiento. Así también puede entenderse que esta teoría se refiera a textos normativos claros y unívocos.¹³

Ahora bien, frente a los casos denominados difíciles, en los que la aplicación normativa se encuentra en la penumbra del texto normativo y en el que el significado de aquel si resulta dudoso y controvertible, el juez no tiene otra

opción que decidir sobre las posibilidades interpretativas que tenga en el caso concreto. Así también puede entenderse que se refiera a textos oscuros y equívocos.

1.4. Técnicas interpretativas

Existen dos tipos fundamentales de interpretación, la interpretación literal o declarativa y la interpretación correctora.

1.4.1. Interpretación declarativa

La interpretación declarativa aquella que atribuye a un texto normativo su significado natural, propio o intrínseco sin corregirlo o modificarlo de forma alguna. Sin embargo, es necesario aclarar que tal significado puede ser objetivo o subjetivo/intencional.¹⁴ Así, se debe entender a la interpretación como una actividad discursiva que se sostiene a través de la argumentación. Uno de los principales argumentos que sustentan esta teoría gira en torno al argumento a contrario como interpretación, en el cual el legislador se ha pronunciado respecto de una determinada materia, de la manera y con el alcance jurídico que bajo su voluntad ha establecido: "... y es evidente que lo que no ha dicho no quería decirlo; si hubiese querido decirlo, lo habría dicho".¹⁵

1.4.2 Interpretación correctora

La interpretación correctora es aquella

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 28.

que asigna a una disposición o texto normativo un significado distinto del literal o un significado más restringido o más amplio que aquel.¹⁶ Todo esto tiene lugar, bien sea: 1. Argumento teleológico: En razón a la voluntad o los objetivos perseguidos por el legislador al proferir determinada norma; 2. Argumento apagógico: Debido a la razonabilidad del legislador que impida la formulación de normas absurdas, o; 3. En razón a la naturaleza de las cosas que permita determinar que cierto significado literal ya no se ajusta a la realidad.

1.4.2.1. Argumento teleológico

Sobre la base del argumento precedente se apela a la intención, voluntad o finalidad buscada por el legislador al momento de proferir las leyes. El argumento teleológico se presenta como aquel según el cual la disposición X tiene el significado Z, debido a que ese es su finalidad a su letra o según el legislador o el ordenamiento mirado en su conjunto. No obstante, de acuerdo con Guastini, no se trata de la finalidad según la letra, ni según el legislador, se trata más bien de una finalidad “objetiva” de ley que es producto de la voluntad interpretativa de quien decide o propone un nuevo significado de la disposición. Por tanto, mediante este argumento se encripta esa voluntad y el intérprete termina aplicando una norma decidida o creada por él. En palabras de Gómez Martínez:

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Casación de lo Civil, sentencia No. 12947-2026, 15 de septiembre de 2016.

“Este argumento no toma en cuenta, propiamente, la finalidad perseguida por el constituyente o el legislador, como lo hace el argumento psicológico o de la intención del legislador. El argumento teleológico observa la finalidad que persigue objetivamente la norma y, por esta razón, se dice que está a favor de una interpretación evolutiva, en detrimento de una interpretación originalista. En este caso se trata de un argumento productivo de nuevas normas (...).”¹⁷

1.4.2.2. Argumento apagógico o de la razonabilidad

El argumento apagógico es aquel de acuerdo con el cual se restringe o niega una determinada interpretación frente a una disposición jurídica en particular, al considerarse que dicha interpretación daría origen a una norma jurídica que carece de racionalidad, al punto tal de resultar a todas luces absurda en su aplicabilidad. A partir de este argumento se parte del hecho que el legislador es un sujeto racional y que, en consecuencia, no plantearía la creación de una norma que fuese absurda, sin dejar de lado el aspecto subjetivo existente en dicha consideración, de ahí que puede ser algo controvertible.¹⁸

Por ejemplo, en Colombia, cuando el Código de Procedimiento Civil (hoy

¹⁷ GÓMEZ MARTÍNEZ, Diego. *El principio de inmediatez en la acción de tutela. Los argumentos de la interpretación*. 2da. Ed. Medellín: Universidad Santiago de Cali y Diké, 2018, p. 84. ISBN-13: 9789585980877.

¹⁸ GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, Op. Cit., p. 298-299.

Código General del Proceso) señalaba en el artículo 167 que: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”,¹⁹ debe concluirse que la parte demandante debe probar las manifestaciones presentadas sobre hechos. Sin embargo, para algunos, en casos de evidente dificultad probatoria para la parte demandante, como en la responsabilidad médica por razones técnicas, entre otras, resultaría absurdo establecer dicha obligación probatoria a partir de una interpretación literal.²⁰

1.4.2.3. Interpretación restrictiva

Si bien puede hablarse de interpretación extensiva, como especie de la interpretación correctora²¹, nos ocuparemos de la otra especie de la interpretación correctora como es la interpretación restrictiva. Esta interpretación es el segundo tipo de la interpretación correctora, y, contrario a la interpretación extensiva, ésta acoge el significado literal o inmediato, pero con la particularidad de excluir de sus efectos jurídicos determinados.²²

Por otra parte, la interpretación restrictiva puede reducir la indeterminación normativa a partir de la restricción del

campo de aplicación de la norma a aquellos casos en los que haya claridad. No obstante, también puede introducir excepciones dando cabida a una nueva norma, teniendo como consecuencia el fenómeno de la construcción normativa.

1.4.2.4. Argumentos de los principios generales

El argumento de los principios generales plantea que una determinada disposición debe ser entendida a la luz de los principios generales del derecho, por ejemplo: los principios de equidad y de justicia, de acuerdo con los cuales obligan a que el derecho deba ser justo e igualitario. Por tanto, el artículo X debe entenderse en sentido Z. Recuerda que este argumento es para colmar las supuestas “lagunas del ordenamiento”. Por tanto:

“(…) un argumento jurídico productivo e interpretativo que consistiría en el recurso a los <<principios generales del derecho>>: argumento productivo, en cuanto utilizado para colmar las así llamadas <<lagunas>> del derecho, y argumento interpretativo, en cuanto utilizado para decidir atribuir, o para motivar la atribución, o para proponer atribuir, significados a los enunciados normativos. Se trata de un argumento que se asocia al analógico sea bajo el perfil de la (o de una) función - esto es, de colmar <<lagunas>> - sea bajo el perfil del nombre - el argumento analógico es llamado analogía

¹⁹ Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012 (Diario Oficial 48.489 del 12 de julio de 2012). Artículo 167.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Casación de lo Civil, sentencia No. 12947-2026, 15 de septiembre de 2016.

²¹ Que se entiende como aquella que permite extender el significado inicial o literal de un texto normativo para ampliar así su aplicación a supuestos fácticos que no entrarían en una interpretación literal.

²² GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p.

legis y el argumento a partir de los principios generales del derecho es llamado analogía iuris.”²³

1.4.3. De otras técnicas interpretativas

1.4.3.1. Interpretación sistemática

La interpretación sistemática es otra técnica o estrategia argumentativa que deviene de la interpretación correctora, pero que no se rige bajo la lógica de las interpretaciones extensiva o restrictiva, aunque puede servir de justificación para una u otra. La interpretación sistemática es aquella que deduce el significado de una disposición a partir de su ubicación en el sistema jurídico que regula la materia específica, entendiendo dicho sistema como un conjunto de normas coherentes y completas.²⁴ De esta manera, este tipo de interpretación tiene lugar de las siguientes formas:

- a) La combinación de disposiciones que consiste en llevar a cabo la combinación de determinadas normas o fragmentos de ellas, que permitan sustentar la existencia de una norma completa.
- b) La interpretación jurídica de una determinada norma a partir de su ubicación en el discurso legislativo, ej.: títulos, capítulos.
- c) La constancia terminológica que permite la interpretación jurídica a partir del significado que el legislador ha

empleado constantemente para un determinado concepto o terminología.

- d) El significado dependiendo del contexto que, en contraste con la forma anterior, señala que al cambiar el contexto no es posible que se mantenga el mismo significado.
- e) Los dogmas preconstituidos.
- f) La interpretación adecuada. (una de las más importantes).
- g) Analogías y principios.

1.4.3.2. Interpretación evolutiva

Por otro lado, existen otros modos de interpretación que no se ciñen a la dicotomía de la interpretación declarativa y correctora. Desde el punto de vista del autor, la interpretación puede ser también entendida como: i. Histórica, al reconocer un determinado significado atribuido en una época específica; o ii. Evolutiva, al recibir un significado distinto del histórico. De tal suerte que, la interpretación evolutiva a la vez es una interpretación “correctora” en la medida en que corrige no el significado literal sino el histórico de las palabras, dando un significado no de acuerdo a la voluntad del legislador sino a la “naturaleza de las cosas”. La interpretación evolutiva se aparta de interpretaciones tradicionales o ya constituidas endilgando un nuevo significado al texto normativo, sobre la base de cambios de concepción de determinadas circunstancias históricas, intentando adaptar leyes viejas a circunstancias nuevas no previstas.²⁵

²³ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra Editores, Traducción y nota introductoria de Diego Dei Vecchi, 2013. ISBN: 9786123250294.

²⁴ GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 43-46.

²⁵ *Ibid.* p. 50-51.

1.4.3.3. Normas implícitas

Cuando se habla de construcción del derecho a partir de la interpretación creadora, en realidad se está haciendo referencia a estructurar normas no formuladas de forma expresa a partir de normas explícitas. Las normas implícitas surgen de aquellas normas que se encuentran formuladas en el ordenamiento jurídico de manera literal a partir de un razonamiento compuesto de premisas y conclusiones fundamentadas por aquellas. “Pues bien, los razonamientos mediante los cuales los juristas elaboran una norma implícita presentan la siguiente estructura: por lo general (pero no siempre, como veremos) una o más normas explícitas constituyen premisas del razonamiento, mientras la norma implícita constituye su conclusión”.²⁶

1.4.3.4. Derechos implícitos

A través de la normatividad se reconocen los derechos subjetivos de manera explícita o concreta. En tal sentido, al existir normas implícitas debe mencionarse que, al conferir o reconocer derechos, estos tienen naturaleza de derecho implícito. Así, las normas implícitas son aquellas que no están expresadas en el sistema jurídico, pero si tienen su origen a partir de la “construcción jurídica”. Por tanto, un derecho implícito puede inferirse de un derecho expreso, pero también un derecho implícito puede llegar a inferirse

²⁶ GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, Op. Cit., p. 165-166.

bien sea de un principio expreso o de un principio también implícito. Se trata entonces de un método de concretizar un principio, para hacerlo susceptible de aplicación jurisdiccional.

2. La construcción jurídica de la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica civil a partir de la argumentación de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en la Sentencia SC-12947-2016

En el presente apartado se busca trasegar por la senda argumentativa de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica civil abordada en la sentencia SC-12947-2016, con la finalidad de evidenciar el uso de las técnicas de interpretación, descritas en el capítulo anterior, durante el ejercicio argumentativo del alto tribunal.

2.1. Breve descripción fáctica de la sentencia

En la Sentencia SC-12947-2016, la Corte Suprema de Justicia conoció de un asunto en el que los demandantes acusaban a los galenos de los daños sufridos por su hijo menor, durante el control prenatal de la madre, que provocó una eclampsia (convulsiones de mujer embarazada no asociadas a daño cerebral) que devino en el daño visual del menor. En primera instancia, el juzgado condenó, por los daños endilgados, a una profesional de la salud y su compañía aseguradora, absolviendo a los demás demandados. Esta decisión que fue recurrida por ambas partes, la cual fue

revocada por el tribunal en segunda instancia, absolviendo de responsabilidad a la totalidad de los encartados.

El Tribunal, en cuanto a la responsabilidad acusada contra el médico S, señala que los demandantes no probaron la culpa en el comportamiento del galeno, ni que dicho comportamiento determinara los daños endilgados. Este pronunciamiento se basa en declaraciones de médicos y la pericia de autos que coincidieron con el diagnóstico del galeno acusado, así como, en la experticia rendida por la Federación Colombiana de Asociaciones de Obstetricia y Ginecología que señaló que la presencia del médico obstetra no es necesaria en situaciones como las del caso en marras, dejando sin evidenciar el nexo causal entre el comportamiento del profesional de la salud y el daño acusado.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad señalada contra las médicas A y B sustentada en la negligencia frente al diagnóstico de la enfermedad “*retinopatía de la prematuridad*” del menor, el Tribunal desestimó la acusación contra la médica A y la Fundación Cardio Infantil solidariamente. Aquello sustentado en que no se logró probar por los demandantes que la pérdida de la visión del menor fuera consecuencia de la conducta de la accionada, pues, al momento de valorar al menor, la enfermedad se encontraba latente, apenas en su primera etapa, sin que el demandado probara la necesidad de intervención de especialista en ese momento. En cuanto a la médica B,

desestimó su responsabilidad por cuanto se evidenció en la historia clínica del paciente que la profesional ordenó llevar a cabo controles en determinadas fechas y que los padres del menor no cumplieron con la obligación de llevar al menor a dichos controles. Lo cual, sumado a declaraciones de dos profesionales expertos en la materia, llevó al Tribunal a concluir que la tardanza en la asistencia a los controles médicos fue determinante en la evolución de la enfermedad que conllevó a la pérdida de la visión del menor.

En ese sentido, la Corte resuelve el recurso de casación presentado por los demandantes, en el que señalan en sus primeros cargos los yerros del Tribunal respecto de la aplicación de la carga probatoria, así como la valoración irregular de algunos elementos probatorios y la omisión en la valoración de otros. Se estableció entonces, que no hay discusión procesal en cuanto al cumplimiento del deber de los galenos de procurar la mejoría de la salud del paciente, así como, tampoco hay discusión respecto de la pérdida de la vista del menor, generada a partir del padecimiento de la enfermedad ‘retinopatía de la prematuridad’. Así, la Corte resolvió no casar la sentencia del Tribunal Superior, en atención a los diferentes tipos de errores de técnica jurídica respecto de las reglas del recurso extraordinario de casación y la discusión de circunstancias no alegadas en las instancias anteriores.²⁷

²⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia No. 12947-2016, Op. Cit.

2.2. Antecedente jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica civil

En materia de responsabilidad médica civil rigen los mismos elementos de todo tipo de responsabilidad. De manera que, al causar daño a una persona, nace la obligación de reparar, a partir de un comportamiento activo o pasivo que signifiquen atentar contra los deberes de cuidado de su profesión, imputable como una conducta dolosa o culposa, sumado al daño (patrimonial o extrapatrimonial) y el nexo causal;²⁸ entendiendo la actividad médica a partir de las fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.²⁹ Asimismo, la Corte ha señalado que dicha responsabilidad médica también se endilga a los centros clínicos y hospitalarios en razón a faltas culposas de su personal.³⁰

Desde la sentencia del 5 de marzo de 1940, la Corporación ha dejado sentado que la actividad médica no puede considerarse como empresa riesgosa. Aunado a esto, dejó establecida no solo la obligación de probar la culpa del médico sino además probar también el nivel de gravedad de dicha culpa, estructurando así la doctrina denominada “culpa probada”. Posteriormente, en sentencia del 12 de septiembre de 1985, la Corte

acclaró que no basta con probar la falta de curación del paciente para alegar la eventual responsabilidad médica de los galenos demandados, toda vez que la obligación del médico no gira en torno al resultado <curación> sino a “...poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo”. Luego, en sentencia del 26 de noviembre de 1986, la Corte anotó que en cuanto a la responsabilidad contractual en el que se ha asegurado un resultado específico, de no obtenerse éste, habrá culpabilidad del galeno y la consecuente obligación de indemnizar, a menos que el demandado pruebe fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima, consolidando así la tesis de la culpa probada aunado a pronunciamientos de los años 1990, 1994 y 1998.³¹

Ahora bien, con relación a la responsabilidad civil extracontractual médica, en la sentencia del 30 de enero 2001,³² la Corte Suprema de Justicia afianzó lo señalado en la sentencia del 5 de marzo de 1940 respecto de la carga probatoria de la culpa médica, sustentado legalmente en el artículo 2341 del Código Civil. Es decir, aquella tesis según la cual el demandante tiene la carga probatoria de la culpa médica.³³ Esta Corporación en Sentencia de Casación del 22 de julio 2010,³⁴ reseña su posición jurisprudencial acogiendo los pronunciamientos precedentes.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Casación de lo Civil y Agraria, sentencia No. 5507, 30 de enero de 2001.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Casación de lo Civil y Agraria, sentencia No. 6199, 30 de enero de 2002.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Casación de lo Civil, sentencia No. 15746-2014, 14 de noviembre de 2014.

³¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia No. 12947-2016, Op. Cit. p. 45.

³² Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia No. 5507, Op. Cit. p. 45.

³³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia No. 12947-2016, Op. Cit. p. 46.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Casación de lo Civil, sentencia No. 41001-3103-004-2000-00042-01, 22 de julio de 2010.

Señala que, a pesar de la variabilidad de la responsabilidad médica civil al ser generada dependiendo de las obligaciones adquiridas por el galeno, frente al acto médico propiamente dicho, si es claro que el médico demandado deberá indemnizar los daños ocasionados mediante culpa profesional o comportamiento doloso, eso sí, estableciéndose la carga probatoria en el demandante.³⁵

2.3. Del argumento teleológico o finalista

El argumento teleológico o finalista, hace referencia directa a la finalidad que busca alcanzar determinada ley, o mejor, lo que busca alcanzar el legislador al proferirla por lo que también se puede conocer como el argumento de la intención del legislador. Es así, como puede entenderse dicha finalidad desde la perspectiva del legislador como sujeto creador de determinada disposición jurídica (legislador histórico) o desde la óptica de una finalidad u objetivo intrínseco en la disposición misma. Es decir, la razón que origina dicha disposición.

Tengamos como ejemplo la lectura del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que al tenor literal reza: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.³⁶ Frente a esta disposición, la Corte Suprema de Justicia citando la Sentencia del 22 de

julio 2010, aseveró que, no obstante la tradicional postura jurisprudencial respecto de la carga probatoria en materia de responsabilidad civil médica, el juez puede atender los mandatos de la sana crítica y con procedimientos racionales que suavizan las reglas de la carga probatoria, pueda deducir de manera lógica el elemento culpa en la responsabilidad médica civil.³⁷ Esto, por cuanto, la aplicación literal de la norma contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en situaciones de dificultad probatoria para la víctima, puede llegar a atentar contra la finalidad con la que fue creado el régimen de responsabilidad civil. La Corte señala además ser sensible frente a estas dificultades de tipo probatorio para el demandante (víctima) y atendiendo a ese criterio de justicia, afirma la facultad de los jueces para atenuar la carga probatoria, mediante la aplicación de instrumentos jurídicos.³⁸

Por ello, en dicha providencia se llevó a cabo una interpretación correctora con la utilización del argumento teleológico, al advertir el riesgo de transgredir la finalidad reparadora del régimen de responsabilidad civil y aplicar de manera general y absoluta el criterio normativo tradicional de la carga probatoria por parte de la Corte Suprema de Justicia:

“En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición

³⁵ Sala Casación de lo Civil, 12947-2016. Op. Cit., p. 46.

³⁶ Código General del Procesos - Ley 1564 de 2012, Op. Cit., artículo 177.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia No. 41001-3103-004-2000-00042-01, Op. Cit. p. 45.

³⁸ Sala Casación de lo Civil, 12947-2016. Op. Cit., p. 47.

contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o ‘dulcifican’ (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto”.³⁹

2.4. Argumento a contrario

La interpretación correctora, puede ser de tipo extensiva o de tipo restrictiva, entendiéndose esta última como aquella que busca limitar o alinderar el significado de lo expresado en determinada disposición jurídica a algunos supuestos de hecho, de la totalidad que pudiesen identificarse en dicha disposición, bajo la lógica de la interpretación literal.⁴⁰ A título de ejemplo pensemos en el enunciado normativo procesal del artículo 177 como el siguiente: “Incumbe a las partes probar

el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.⁴¹ Este enunciado fue interpretado por la Corte Suprema de Justicia en la mencionada sentencia CSJ SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042-01 (extraído de la sentencia SC-12947 de 2016) (CSJ SC, rad. 12947, 2016) de la siguiente manera:

*“Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto.”*⁴²

Nótese que aunque el artículo 177 mencionado dispone que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.⁴³ Sin embargo, la Corte señala que esto no se opone a que el juzgador dulcifique o suavice la referida carga probatoria, lo que se entiende como un razonamiento a contrario debido a que la Corte, a partir de un norma prohibitiva que no permite, prima facie, invertir la carga de la prueba, y que regula el deber probatorio de la parte que alega la responsabilidad, extrae una norma implícita permisiva que termina por regular la carga dinámica de la prueba,

³⁹ Ibid.

⁴⁰ GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 28-29.

⁴¹ Código General de Procesos - Ley 1564 de 2012. Op.Cit., Artículo 177.

⁴² Sala Casación de lo Civil, 12947-2016. Op. Cit., p. 47.

⁴³ Código General de Procesos - Ley 1564 de 2012. Op.Cit., Artículo 177.

permitiendo flexibilidad al juez de invertir esa carga cuando observe que el demandado no está en condición de probar.

2.5. Argumento apagógico o de lo absurdo

El argumento de lo absurdo, también conocido como apagógico, hace referencia a la hipótesis del legislador racional al momento de expedir o proferir las leyes. Esto quiere decir, que el legislador no produce normas absurdas, debido precisamente a su razonabilidad, de manera que si la interpretación literal o declarativa de una disposición conlleva a un resultado absurdo entonces no es procedente dicha interpretación, sino una que resulte racional.⁴⁴ Ahora bien, es preciso resaltar que el concepto de lo que es racional puede ser objeto de controversia en cada caso concreto, pues aquel hace parte del mundo de lo subjetivo y en ese sentido, no es absoluto.

Se toma como ejemplo nuevamente el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que señala que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Dicho enunciado normativo fue objeto de interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 5 de noviembre 2013, en la que se expuso:

“Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como

también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el *onus probandi*, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la reglars *ipsa loquitur*, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros.”⁴⁵

Posteriormente, en la misma sentencia se continúa aseverando lo siguiente:

“Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que ‘es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el *onus probandi* permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba

⁴⁴ GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 298-299.

⁴⁵ Sala Casación de lo Civil, 12947-2016. Op. Cit., p. 48.

de los supuestos configurantes del tema de decisión(...).”⁴⁶

La Corte dijo también que la carga de la prueba no puede regir de manera rigurosa o absoluta, en la medida en que, de acuerdo con las circunstancias, podrá variar tal obligación procesal, para exigir la prueba que se encuentre en poder de cada parte. De esta manera, con esta interpretación la Corte evidencia lo absurdo que pudiera ser la aplicación literal de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, frente a situaciones de dificultad probatoria de la víctima (demandante). Al hacer referencia a la facultad del juzgador frente a la aplicación de reglas de racionalización probatoria, respecto de la carga de la prueba, la Corte utiliza el argumento apagógico, en la medida evidencia el absurdo que constituye la aplicación generalizada y absoluta de la regla tradicional de la carga probatoria (art. 177 CPC) y, en consecuencia, la corporación apela al legislador racional para la flexibilización de dicha carga procesal a partir de la razón.

2.6. Argumento de tipo evolutivo

Las circunstancias o condiciones de tipo social, cultural, económico, entre otras, en las que tiene lugar cierta disposición jurídica y la norma contenida en ella, suelen sufrir cambios con el paso del tiempo. De tal suerte que, al haber cambios en las circunstancias históricas en la aplicación de una ley, también exige

cambios en la forma en la que es interpretada de acuerdo con el contexto histórico en el que se aplique.

Como ejemplo, de la lectura del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que al tenor literal reza: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.⁴⁷ Este enunciado, que hace referencia a lo que se conoce como la carga de la prueba, al ser interpretado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia objeto de análisis, afirmó que el juzgador, de forma excepcional, es decir, sin que sea un criterio general probatorio, puede llegar a deducir presunciones de culpa del médico a partir de: (i) Del uso de la sana crítica, tales como reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica y las normas jurídicas, o; (ii) A partir de los indicios procesales de que hablar el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil -en este punto también se percibe una interpretación sistemática que será abordada en líneas inmediatamente posteriores-, o; (iii) A partir de teorías foráneas como el principio *res ipsa loquitur*, o la culpa virtual o el daño desproporcionado.⁴⁸ Así, se puede evidenciar una interpretación de tipo evolutivo en los términos del profesor Guastini, en la medida en que la Corte acude a teorías del derecho comparado que permiten dar respuesta a una necesidad de tipo procesal, respecto de la dinamización de la carga probatoria que

⁴⁶ *Ibid.* p.49.

⁴⁷ Código General de Procesos - Ley 1564 de 2012. Op.Cit., Artículo 177.

⁴⁸ Sala Casación de lo Civil, 12947-2016. Op. Cit., p. 47.

está presente en el contexto actual del derecho colombiano.

3. De la creación de normas jurídicas por la Corte Suprema de Justicia respecto de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica

En este apartado del trabajo se ahonda más en el punto de las técnicas de interpretación jurídica y la argumentación esgrimida, analizando cómo la Corte Suprema de Justicia llega a la creación normativa de la carga dinámica de la prueba. Para dicho propósito se observarán las técnicas y los argumentos creadores de normas implícitas. En tal sentido, se dará un breve repaso del concepto de prueba y carga probatoria, para posteriormente mostrar las técnicas de interpretación jurídica usadas por la Corte Suprema y los argumentos creadores de norma.

3.1. De la prueba y la carga probatoria

La prueba es el medio procesal a través del cual una de las partes o, incluso el mismo director judicial, puede conocer la veracidad o falsedad de las aseveraciones respecto de los hechos acontecidos. Es decir, que lo que se prueba durante un determinado proceso judicial no es el hecho como tal, sino más bien la afirmación de la existencia de tal hecho. Ahora bien, en cuanto a lo que se entiende por carga procesal, estas son circunstancias determinadas por la legislación, significando una conducta no impositiva sino más bien potestativo, lo

que implica que se encuentra en el agente la voluntad de hacer o no hacer. Eso sí, en caso de omisión de dicha carga, suele conllevar a consecuencias jurídicas normalmente desfavorables para el mismo agente como la pérdida del derecho debatido.

Así, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones. En el caso de no acatar una obligación, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa.⁴⁹

En el ordenamiento jurídico colombiano, antes de entrar en vigencia el artículo 167 del Código General del Proceso - La Ley 1564 de 2012, esto es, de acuerdo al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”.⁵⁰ De conformidad a lo expuesto, la persona que inicia un proceso judicial, por ejemplo, para buscar una indemnización como consecuencia de lo que considera una mala práctica médica, deberá aportar la prueba de sus afirmaciones en los hechos de la demanda. Que en términos

⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana [SCCC], Sentencia C-086/16 (24 de febrero de 2016, Ponente: Palacio, Jorge).

⁵⁰ Código General de Procesos - Ley 1564 de 2012. Op.Cit., artículo 177.

prácticos se conoce como la carga de la prueba, es decir, la obligación procesal que recae sobre una de las partes del proceso respecto del aporte de la prueba.

En ese sentido, el médico se encuentra en la obligación de poner en práctica los medios adecuados para lograr la recuperación de la salud del paciente. Aquello no significa que el médico esté obligado a lograr un resultado favorable como tal, de manera que, el resultado logrado dependerá de una serie de variables que no están en control de los galenos, sumadas al ejercicio de la medicina. Esto es, una obligación de medios mas no de resultados. Por ello, es tradicionalmente admitido que el paciente, cuando demanda a un médico, tenga que probar que el daño que alega fue producido por el facultativo.⁵¹

De hecho, puede parecer que es plenamente lógico e incluso justo que la persona que ha iniciado un proceso judicial contra un médico, en razón al ejercicio de su profesión, tenga que aportar desde el inicio del proceso las pruebas que sustentarán los hechos presentados en el libelo, pues, en palabras de Blas Orbán: “Así, tradicionalmente, se establece un principio de justicia que impone a cada parte la carga de la prueba de sus afirmaciones. De esta forma, el demandante debe demostrar los hechos normalmente constitutivos del derecho reclamado y, una vez establecidos en el proceso, al sujeto pasivo incumbe la

acreditación de aquellos otros que han impedido la constitución válida del derecho (hechos impositivos) o la han paralizado o extinguido (hechos extintivos)”.⁵² Sin embargo, como se verá más adelante, las cosas no son definitivamente así.

3.2. Técnicas de creación de normas implícitas

En el marco de la responsabilidad civil médica, para la Corte Suprema de Justicia ha sido importante determinar su alcance jurídico y estructura compositiva. De ahí que la Corte Suprema de Justicia en 2016, trayendo a colación sentencias como la del 30 de enero de 2001 (Rad. n.º. 5507) y la del 13 de septiembre de 2002 (Rad. n.º. 6199), señalaran lo siguiente:

“(…) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)”.⁵³

“Justamente, la civil médica, es

⁵¹ BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico*. Enfoque para el Siglo XXI. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004, p.212. ISBN 13: 9788476986851.

⁵² *Ibid.* p.216.

⁵³ Sala Casación de lo Civil, 12947-2016. *Op. Cit.*, p. 38.

una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, *in solidum* si fueren varios los autores, pues ‘el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas’.⁵⁴

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia realiza una interpretación en abstracto del enunciado: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las*

normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.⁵⁵ La Corporación lleva a cabo su interpretación por medio de la sentencia SC 12947-2016, anotando que:

“En lo que hace al error de derecho denunciado, vinculado a la inversión de la carga de la prueba (art. 177 C. de P.C.), es decir, como en el caso presente, a quien le corresponde asumir la acreditación del daño, la culpa y el nexo causal. Al demandante quien se declara víctima y, por ende, acreedor; o, al demandado, tildado de victimario y, por tanto, deudor. Particularmente la culpa como fundamento de la responsabilidad, situación que constituye el meollo del asunto analizado. Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia no han sido constantes, aunque, en las últimas décadas se ha afianzado la tendencia de establecer ese compromiso según las circunstancias particulares del caso.”⁵⁶

La Corte Suprema de Justicia comienza dejando por sentado la discusión jurisprudencial que se ha llevado a cabo respecto de la carga probatoria, particularmente en materia de responsabilidad médica, trasegando por diferentes regímenes probatorios. Por cuanto, durante una época, la postura jurisprudencial de la Corte en estos

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Código General de Procesos - Ley 1564 de 2012. Op.Cit., artículo 177.

⁵⁶ Sala Casación de lo Civil, 12947-2016. Op. Cit., p. 44.

asuntos giraba en torno al criterio tradicional de la carga probatoria únicamente en cabeza del accionante, para luego inclinarse por la inversión de la carga probatoria y retornando, en años siguientes, a la postura inicial, con algunos matices y excepciones. Por ello, la corporación anotó que, actualmente, la carga probatoria en materia de responsabilidad se establece según las circunstancias específicas, lo que, en otras palabras, se denomina carga dinámica de la prueba, dando entrada, desde el punto de vista argumentativo, a la creación de normas jurídicas.

3.3. Argumentos creadores de normas

La Corte Suprema de Justicia lleva a cabo una interpretación en abstracto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que señala: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. En ese orden, la corporación interpretó que:

“Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo,

cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras).”⁵⁷

De acuerdo con este argumento, la Corte sostiene la interpretación que podríamos llamar tradicional de la carga de la prueba, respecto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual el demandante debe probar lo que afirma en su demanda. Es decir, que “en línea de principio” esa puede ser la comprensión de la norma contenida en dicha disposición, a partir de una interpretación declarativa o literal. Sin embargo, esa interpretación no es excluyente de la posibilidad de entender que frente a ciertas situaciones puede darse una dinámica distinta, de ahí que la Corte Suprema de Justicia en 2016 continuó diciendo que:

“«Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto”.⁵⁸

⁵⁷ Ibid. p.46.

⁵⁸ Ibid. p. 46-47.

Nótese que la Corte Suprema utiliza en esas líneas un argumento de tipo “*A contrario*” en una dimensión constructiva, como parte de una interpretación de tipo extensivo, en la medida en que se reconoce el sentido literal del artículo 177, según el cual le corresponde al demandante probar aquellas afirmaciones que alega. No obstante, aquello no se opone a que se reconozca la existencia de algunos casos que por la dificultad probatoria del demandante generen un dinamismo o inversión en la carga de la prueba.

3.4. Hipótesis del legislador racional y argumento a partir de los principios generales del derecho

Recordemos que la hipótesis del legislador racional hace referencia al argumento apagógico, según el cual el legislador no puede proferir leyes absurdas o irracionales, toda vez que se parte del punto que el legislador es un ser racional y por ende las leyes que profiere son igualmente razonables. Así pues, la Corte Suprema de Justicia en 2016, en la sentencia objeto de análisis enunció:

*“Igualmente, es menester recordar al respecto que ya esta corporación, en el mencionado fallo de 30 de enero de 2001, destacó que ‘es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, **donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi***

*permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)”.*⁵⁹

En este argumento se evidencia la presencia de la hipótesis del legislador racional en la medida en que señala la imposibilidad de sentar reglas absolutas en sede de la culpa, puesto que se hace necesario observar el caso concreto a resolver. Es en este punto, donde el argumento apagógico conspira con el argumento de los principios generales, el cual es utilizado para colmar eventuales lagunas del ordenamiento jurídico, para indicar que, la interpretación literal de la

⁵⁹ Ibid. p.48-49.

disposición sería contraria con los principios generales tan importantes como la justicia y la equidad, pues señala la aplicabilidad procesal del artículo 177 en su dimensión tradicional de la carga de la prueba. Empero, también propone extender la interpretación de dicha disposición a situaciones en las que cambie la carga probatoria, en razón a la dificultad probatoria de la parte demandante, haciendo dinámica dicha carga procesal, planteando para ello que los principios en abstracto definen el sentido de una disposición.

Conclusiones

Habiendo realizado el análisis del discurso de la Corte Suprema de Justicia colombiana, se puede concluir que las discusiones llevadas a cabo a nivel jurisprudencial pueden terminar en reformas tangibles de leyes de la República, pues frente a la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica es menester señalar que dicha figura jurídico-procesal, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia, dando lugar a conceptos diferentes como la carga dinámica de la prueba, figura jurídico-procesal que ya en la actualidad se encuentra plasmada en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

Aunado a lo anterior, se puede evidenciar igualmente el carácter evolutivo del derecho, en la medida en que la sentencia SC 12947-2016 de la Corte Suprema de Justicia, deja ver una postura jurisprudencial que es producto

de la discusión jurídica en años anteriores, consolidando la figura de la carga dinámica de la prueba, a partir de las necesidades sociales de la época en un contexto determinado. El análisis jurisprudencial realizado es una muestra que plantea una plena coincidencia con teorías como la del derecho viviente⁶⁰ expresada por Norberto Bobbio o la de los sistemas jurídicos dinámicos⁶¹ de Hans Kelsen, en la medida en que el ordenamiento jurídico no está petrificado en las fuentes formales del derecho, en este caso la ley, sino que el intérprete va haciendo que los sistemas jurídicos vayan cambiando, al realizar interpretaciones de construcción jurídica que conllevan a generar normas en la aplicación frente a casos concretos.

Referencias

BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico*. Enfoque para el Siglo XXI. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. ISBN 13: 9788476986851.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. Madrid: Editorial Debate S.A, 1992.

Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012 (Diario Oficial 48.489 del 12 de julio de 2012).

GÓMEZ MARTÍNEZ, Diego. El principio de inmediatez en la acción de tutela. Los argumentos de la interpretación. 2da. Ed. Medellín: Universidad Santiago de Cali y Diké, 2018. ISBN-13: 9789585980877.

GUASTINI, Riccardo. *En torno a las normas*

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. Madrid: Editorial Debate S.A, 1992.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura Del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. ISBN 968-58-0032-4.

sobre la producción jurídica, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Traducción de Miguel Carbonell, 1995.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 1era. Ed. México: Universidad Nacional Autónoma De México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura Del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. ISBN 968-58-0032-4.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana [SCCC], Sentencia C-086/16 (24 de febrero de 2016, Ponente: Palacio, Jorge).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia [SCSJC], Sala Casación de lo Civil, 12947-2016 (15 de septiembre de 2016, Ponente: Cabello, Margarita).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia [SCSJC], Sala de Casación de lo Civil y Agraria, 5507 (30 de enero de 2001, Ponente: Ramírez, José).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia [SCSJC], Sala Casación de lo Civil y Agraria, 6199, (13 de septiembre de 2002, Ponente: Bechara, Nicolás).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia [SCSJC], Sala de Casación de lo Civil, 15746-2014, Rad. 2008-00469-01 (14 de noviembre de 2014, Ponente: Giraldo, Fernando).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia [SCSJC], Sala de Casación de lo Civil, 41001-3103-004-2000-00042-01 (22 de julio de 2010, Ponente: Munar, Pedro).

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra Editores, Traducción y nota introductoria de Diego Dei Vecchi, 2013. ISBN: 9786123250294.