



R.L. GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO
ABOGADO - ESPECIALISTA - CONCILIADOR

Honorable Magistrada

ASTRID VALENCIA MUÑOZ

Tribunal Superior de Distrito Judicial - Sala Civil Familia Unitaria

Ibagué – Tolima

ofmy02scrsctsupiba@cendoj.ramajudicial.gov.co

j02cctoiba@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. C. E.

REFERENCIA: AMPLIACIÓN REPAROS DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

RADICADO: 73-001-31-03-002-2019-00002-00

ACCIONANTE: LUIS CARLOS CUESTA ACOSTA Y OTROS

ACCIONADOS: CLINICA TOLIMA S.A., SOCIEDAD MEDICO QUIRURGICA DEL TOLIMA S.A.

CLASE DE PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL

PROVIDENCIA: FEBRERO, DIECISIETE (17) DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

NOTIFICADA: FEBRERO, DIECIOCHO (18) DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

EJECUTORIA: FEBRERO, VEITITRES (23) DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

TÉRMINO PARA AMPLIACIÓN: MARZO, DOS (2) DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO, mayor de edad, vecino y residente de Ibagué Tolima, Abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.381.597 expedida en Ibagué y Tarjeta Profesional No. 248.644 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en representación de **Jenifer Tau Mesa, Luis Carlos Cuesta Acosta, Martha Cecilia Acosta González y Luis Uriel Cuesta Álvarez**; con el debido respeto que me acostumbro, me permito interponer recurso de apelación dentro del proceso de RESPONSABILIDAD CIVIL, contra la **Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima Sociedad Anónima y/o Clínica Tolima S.A.**, atendiendo las nuevas disposiciones del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”* el cual rige a partir de su publicación, y dispone en su artículo 14, que el trámite tanto de la sustentación como de definición del recurso debe hacerse de manera escrita, en la forma y los términos allí previstos, reparos que me permito manifestar dentro el termino de Ley, el cual fue elaborado el día febrero diecisiete (17) de dos mil veintiuno (2021), y notificado por Estado, el día 18 de febrero de 2021, contra la sentencia de primera instancia, la cual me fue notificada el martes veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020), teniendo en cuenta los siguientes yerros de la providencia susceptible de alzada, conforme a los siguientes:

I. ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PARTE ACTORA, CONTRASTADA CON LA TEORIA DEL RIESGO Y DE LA SEGURIDAD DEL PACIENTE

Con respecto al elemento culpa de la Responsabilidad Civil por parte de la demandada, el Señor Juez de A Quo, manifestó lo siguiente:

Ibagué, Cra. 6ta A No. 11-60 Centro, oficina 101. - Teléfono No. (8) 2725978. - Celular No. 3024460104. - Correo electrónico: gfabogadosespecializados@gmail.com



R.L. GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO
ABOGADO - ESPECIALISTA - CONCILIADOR

“Los actores refieren que el fallecimiento del que estaba por nacer se produjo como consecuencia de una inadecuada atención médica, puntualmente, al presentar preeclampsia severa, la madre y al aplicarle a la paciente un medicamento que tenía contraindicaciones absolutas para ello como se indica en la prueba pericial, deviniendo entonces la muerte del feto por sufrimiento y falta de irrigación sanguínea dentro del útero.”

A lo anterior, es de indicar que, si bien es cierto se manifiesta en el libelo de la demanda y en los respectivos alegatos de conclusión, sobre la pertinencia del medicamento para la paciente Jenifer Tau Mesa, es un desatino por parte del juzgador, al indicarlo en estos términos, por lo que me permito aclarar lo alegado y debidamente acreditado, con el siguiente cuadro:

Condición de la paciente al ingreso a la institución de salud	Tratamiento que requería la paciente	Tratamiento que se le suministró	Riesgo al que fue expuesta la paciente por parte de la demandada
Primigestante, con sospecha de preeclampsia severa, quien ingresa a la institución de salud con embarazo a término y feto vivo.	Desembarazar por la vía más adecuada que <u>no pusiera en riesgo el bienestar del binomio madre e hija.</u>	Medicamento para producir contracciones uterinas para desembarazar por vía vaginal.	Paciente con enfermedad vascular de la placenta que al presentar contracciones, podría desencadenar en una muerte intrauterina.

Con lo anterior, me permito aclarar que este extremo procesal, no alega solamente la aplicación de un medicamento no indicado formalmente (según una guía internacional), pero que en realidad, la decisión por parte de los profesionales de la salud, produjo un resultado desfavorable, no se tuvo en cuenta que era una paciente de alto riesgo (“preeclampsia severa”), que no se podía exponer a un mayor riesgo, que a pesar de ello, la institución de salud lo asume, con la concreción del mismo, el cual no fue previsto, o si fue previsto por los profesionales, no lo pudieron evitar (teoría del riesgo); como tampoco extremaron las medidas con la paciente, para que estando en un proceso de trabajo de parto, poder determinar tempranamente el sufrimiento del producto de la gestación dentro del útero, y de este modo intentar salvaguardar la vida de la que estaba por nacer, el hecho generador indica que, la paciente ingresa con un embarazo de riesgo, con un manejo convencional para desembarazar, sin tomar precauciones por sus condiciones especiales, con el resultado de la muerte del feto dentro del útero, con el diagnostico tardío y ya irreversible.

II. ERROR DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA, INFIRIENDO DILIGENCIA DE LA DEMANDADA

El Señor Juez indica en su providencia los siguientes hallazgos en la historia clínica:

“-02:45 membranas integra, paciente con dinámica uterina regular, con bienestar fetal, con trabajo de parto fase latente, se decide continuar igual manejo medico con vigilancia de PCP y dinámica uterina.
*-05:30 membrana integral, paciente con dinámica uterina regular, con bienestar fetal, **sin condición de cambios cervicales, se decide continuar igual manejo medico** con vigilancia de PCP y dinámica uterina. -07:15 No audible.”*



Paciente a quien se le debía extremar las medidas de cuidado, por sus particularidades de salud, a quien no se le ausculta presencia cardiaca fetal motivo por el cual se remite de inmediato a ginecólogo de turno para revisión.

No es cierto como lo indica el fallador de primera instancia de la diligencia por parte de la demandada, porque es claro que en las anotaciones de las 02:45 y de las 05:30 son muy similares, no se evidencia que hubiesen extremado las medidas para determinar realmente el bienestar fetal, es decir, no hay evidencia de que se hubiese tomado la frecuencia fetal, como tampoco, si había alteración en los latidos fetales durante la contracción y después de la misma, situaciones que eran lo indicado en el caso en concreto, teniendo una paciente con unas características especiales, lo que conlleva a que NO SE PUDO DIAGNOSTICAR que el feto estaba sufriendo, sino mucho después, que este ya había fallecido dentro del útero.

Ahora con respecto al texto en negrilla, una paciente que desde las 02:45 a las 05:30, es decir pasadas dos horas y cuarenta y cinco minutos, no hay cambios cervicales, no sería admisible concluir que fueron los más diligentes al continuar igual manejo médico, contrastando con el resultado y la prueba pericial allegada, lo que se puede concluir es que ameritaba mayores cuidados por parte del personal médico y la realización de los exámenes y tratamientos adecuados para preservar el bienestar de la gestante y de su producto.

En contraposición de esas evidencias, el Juez insistió en restar credibilidad a los argumentos expresados por el Perito Dr. Norbey Ibáñez, para dar mayor valor probatorio a la declaración que rindió el ginecobstetra, sin que exista ningún criterio racional para adoptar esa determinación, pues la explicación del Dr. Norbey Ibáñez fue detallada y coherente. (Folio 33)

A lo cual se da la violación indirecta del artículo 2341 del Código Civil, por haber infringido el artículo 176 del Código de General del Proceso, a cuyo tenor «*las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba».

Manifestó que el error consistió en la apreciación desarticulada que hizo el Juez de las declaraciones técnicas rendidas por los médicos peritos Auxiliar de la Justicia Dr. Norbey Ibáñez y el Dr. Ricardo Baquero Torres Patólogo Forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional Tolima (Folio 80)

“INFORME PERICIAL DE NECROPSIA N°. 201410173001000343. FECHA REALIZACIÓN 18/09/2014: Hallazgos con feto sin vida de sexo femenino de 41 semanas de gestación, sin malformaciones, antecedente de historia clínica de pre- eclampsia, con hallazgos de sufrimiento fetal agudo por hallazgos. Manera de muerte natural y causa de muerte hipoxia neonatal debido a un sufrimiento fetal agudo, secundario a Preeclampsia.”

Lo que sería contradictorio a lo manifestado en audiencia por el especialista que tiene un vinculo contractual con la demandada, que la paciente tenía una



R.L. GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO
ABOGADO - ESPECIALISTA - CONCILIADOR

preeclampsia no severa, si la causa de la muerte fue una hipoxia fetal secundaria a un sufrimiento intrauterino secundaria a una preeclampsia, **no cabe duda de que la necropsia fue elaborada por un tercero, coincide con lo afirmado por el auxiliar de la justicia, Dr. Norbey Ibáñez, que por cierto no dispense ninguna atención a la paciente.**

III. CONTRADICCIÓN ENTRE LOS PRESUPUESTOS FACTICOS Y LA APLICACIÓN DE LAS TEORIAS DE RESPONSABILIDAD CORRESPONDIENTE

El Señor Juez en su providencia se destaca lo siguiente:

*“Es totalmente cierto que **a la señora Jenifer Tau Mesa se le encontrará con un estado de preeclampsia**, como se probó con la historia clínica y las demás pruebas allegadas al proceso, pero el actuar de la Clínica en su momento fue el correcto conforme se desprende de lo explicado por el Dr. Tovar como ya se dijo y con lo estatuido por la lex artis y el manual de Flasog, ya que se siguió el procedimiento correcto y fue el de ordenar desembarazar previa maduración cervical con misoprostol por bishop desfavorable, lo cual se produjo por las condiciones en que se encontraba la paciente las cuales eran Primigestante con embarazo a término, con reporte de proteinuria en 24h patológico, con cifras tensionales aisladas reportadas elevadas, sin premonitorios se clasifica como preeclampsia no severa por lo cual está indicado...”*

Es de indicar que, el fallador se equivoca de forma grosera al inferir que se cumplió con lo indicado en la lex artis, para lo cual me permito sintetizarlo en el siguiente cuadro:

Condición de la paciente	Que fue lo que hizo la demandada	Que fue lo que no hizo la demandada
Paciente embarazada con preeclampsia.	Aplicar medicamento para desembarazar de forma habitual.	Extremar las medidas de seguridad a la paciente, para evitar la muerte fetal, por su condición particular (PREECLAMPSIA).

Por lo anterior, me permito manifestar que, con el material probatorio allegado al proceso, se puede inferir que si **la paciente Jenifer Tau Mesa, tenía unas condiciones especiales, no se podía exponer a un tratamiento convencional y no tomar medidas especiales para evitar se concretará la muerte de su producto de gestación, contrario a lo manifestado por el Fallador de primera instancia.**

Dentro del plenario probatorio se encuentra los registros de la actividad uterina, la evolución en los cambios a nivel del cuello uterino, como las cifras tensionales durante la observación en la sala de partos de la demandada, donde se puede resaltar lo siguiente:

- Inicio de actividad uterina regular desde las 18:30 horas de septiembre 16 de 2014, según registro de enfermería, sin que existiese cambios sino hasta las 3 de la mañana de septiembre 17 de 2014.
- Durante la observación en sala de partos de la demandada, se encuentra cifras tensionales de la demandante por encima de los rangos normales para una mujer embarazada.



GANAS Y FIRMEZA

R.L GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO
ABOGADO - ESPECIALISTA - CONCILIADOR

- No existe algún signo de alteración en la fetocardia, siendo este usual en los paciente son sufrimiento fetal agudo, hasta las 07:30 del día siguiente a su observación en sala de partos, donde no le encuentran la fetocardia.

		SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD												COPIA CONTROLADA	
HOJA DE CONTROL DE TRABAJO DE PARTO Y ESTADO DE GESTANTE CON MME															
Código: GESS-PART-P002-F001															
Versión: 02															
Fecha de elaboración: 15/11/2013															
Página: 1 de 1															
NOMBRES Y APELLIDOS Jennifer TOLIMA															
IDENTIFICACIÓN															
GRAVIDEZ 1															
VIVOS 0															
EDAD GESTACIONAL 35 Sem															
SEROLOGIA (-)															
ABORTO 0															
MORTUATOS 0															
GRUPO SANGUINEO BCh															
HIV (-)															
FECHA Sep 14															
HORA 8:30															
TENSION ARTERIAL 135/85															
PULSO 85															
FRECUENCIA RESPIRATORIA 18															
FETOCARDIA 140															
TEMPERATURA 36.6															
OXIMETRIA 98															
ESTADO MENTAL															
REFLEJOS OSTEOENDINEOS															
DIAGNOSIS (REGISTRAR CADA HORA)															
ACTIVIDAD UTERINA FRECUENCIA 3-10															
ACTIVIDAD UTERINA DURACION 20"															
ACTIVIDAD UTERINA INTENSIDAD 2															
DILATACION 1															
BORRAMIENTO 1															
MEMBRANAS In															
SANGRADO VAGINAL 1															
MEDICACION 1															
NOMBRE DEL RESPONSABLE															

Ahora con la versión que la paciente no presentaba cifras tensionales elevadas, es evidente que en postparto inmediato (cesárea), la paciente estuvo hipertensa, lo que da cuenta que la paciente tenía una **preeclampsia grave**.

		SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD												COPIA CONTROLADA	
HOJA DE CONTROL DE POSPARTO CLINICA TOLIMA (control cada 15' durante las 2 primeras horas)															
NOMBRE Y APELLIDO Jennifer TOLIMA															
FECHA 14/09/14															
HISTORIA CLINICA 280034-1															
HORA 10:30															
PRESION ARTERIAL 138/85															
PULSO 85															
F.R. 18															
T 36.6															
GLOBO DE SEGURIDAD Inp															
LOQUIOS NO															
SANGRADO Escaso															
FIRMA															

Ahora con respecto al actuar del profesional encontramos las siguientes valoraciones:

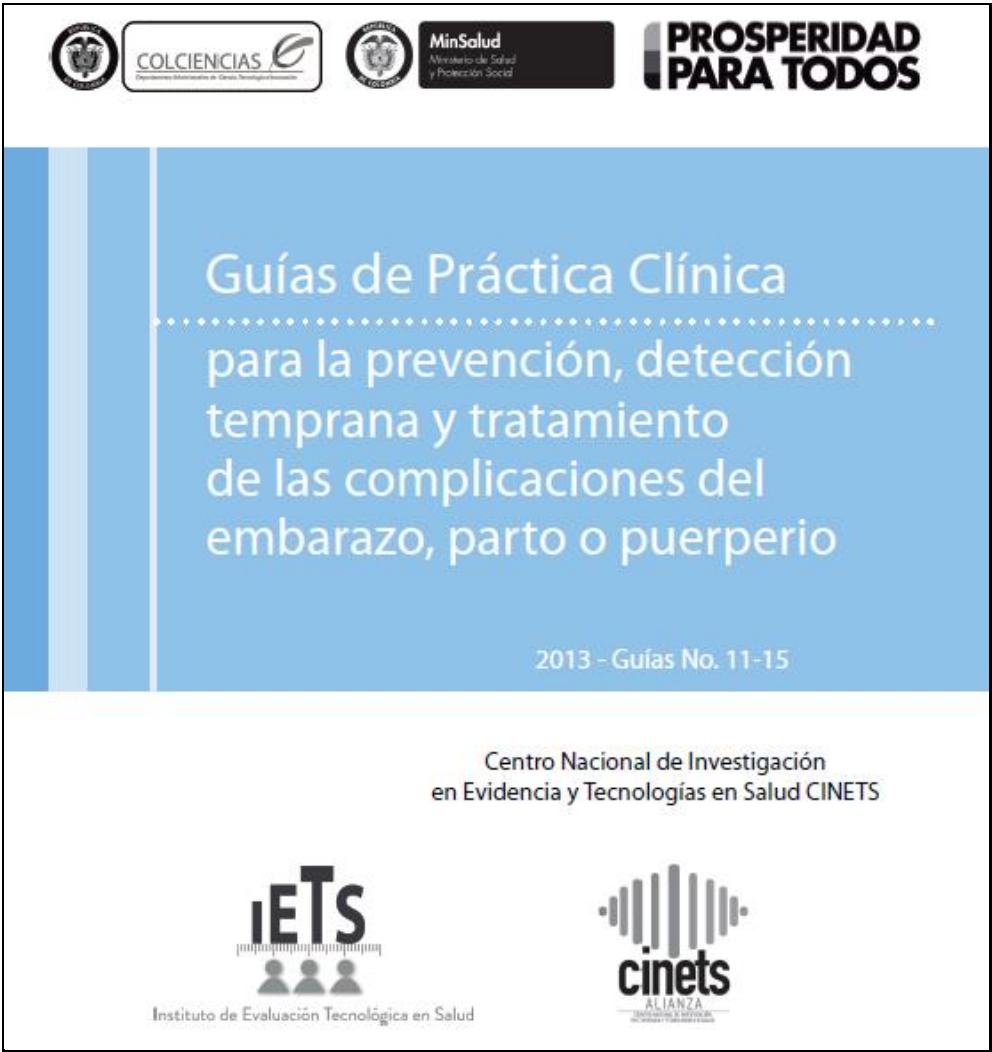


GANAS Y FIRMEZA

R.L GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO
ABOGADO - ESPECIALISTA - CONCILIADOR

17/09/14	FC: 90x' FR: 16x' T: 36°C TA: 131/71 mmHg SpO2: 98%
02:45	FCP: 128x' DV: 31/13/35" GL: 0:20 B: 60% Est: -2 membranas íntegras paciente con dinámica uterina regular, ca. sangría p/utero, ca. trabajo p/uto fase latente se decide continuar igual manejo medico ca vigilancia de FCP y dinamica uterina
	Jainer Mendez Hernández Medico General R.M. 19456 CURN
	Dr. JAIME A. MORA A. OBSTETRA R.M. 01994
17/09/14	FC: 81x' FR: 16x' T: 36°C TA: 116/66 mmHg SpO2: 99% FCP: 145x'
05:30	DV: 41/13/42" GL: 0:20 B: 60% Est: -1 membranas íntegras paciente con dinamica uterina regular y sangría p/utero, sin evidencia de cambios cervicales se decide continuar igual manejo medico ca vigilancia de FCP y dinamica uterina
	Jainer Mendez Hernández Medico General R.M. 19456 CURN

Con respecto a estas valoraciones, encontramos que en 2 horas y 45 minutos no existió ningún tipo de evolución, sin que se decidiera intervenir la paciente, la anterior con relación a la siguiente guía:



Según la mencionada guía se encuentra lo siguiente:

Ibagué, Cra. 6ta A No. 11-60 Centro, oficina 101. - Teléfono No. (8) 2725978. - Celular No. 3024460104. - Correo electrónico: gfabogadosespecializados@gmail.com



RECOMENDACIONES CLÍNICAS	
B	Se recomienda tener en cuenta que la prolongación del trabajo de parto se puede asociar con algunos desenlaces maternos y perinatales adversos.
D	Se recomienda adoptar las definiciones establecidas en la pregunta 6 sobre la duración de los diferentes periodos del trabajo de parto.
D	Se recomienda el uso de partograma para la identificación de las alteraciones de la duración del trabajo de parto.
✓	La detección de las alteraciones de la duración del trabajo de parto indica la aplicación de medidas terapéuticas de acuerdo con la capacidad resolutive del lugar de atención.
✓	La decisión de intervenir o remitir ante una supuesta prolongación de la primera etapa del parto, debe ser tomada en función del progreso de la dilatación y de otros factores (geográficos, obstétricos y fetales) y no exclusivamente con base en la duración del mismo.

En el caso en concreto encontramos que, **la paciente inicio actividad uterina regular 13 horas previas al diagnóstico de muerte fetal intrauterina, sin que, durante este tiempo, se haya percatado del sufrimiento fetal del que estaba por nacer, como tampoco la decisión de intervenir para evitar la muerte fetal.**

IV. PLENA CREDIBILIDAD AL EXPERTO QUE TRABAJA EN LA DEMANDA Y DESESTIMACIÓN DE LO INDICADO POR EL AUXILIAR DE LA JUSTICIA

Con relación a este acápite, es de indicar que el Juez de Primera Instancia manifestó en su providencia lo siguiente:

“...pero el actuar de la Clínica en su momento fue el correcto conforme se desprende de lo explicado por el Dr. Tovar como ya se dijo y con lo estatuido por la lex artis y el manual de Flasog...ni con la prueba pericial allegada se pudo concluir por el medico Norbey Darío Ibáñez Robayo que fue por negligencia o culpa de la Clínica la muerte del neonato...”

A pesar de que, en este misma decisión judicial indica lo manifestado por el auxiliar de la justicia debidamente inscrito, que dijo lo siguiente:

*“...siendo reiterativo y coherente con la respuesta anterior (si se hubiera desembarazado tan pronto llegó a la clínica la gestante) si hay una relación entre la muerte de la neonato y el manejo de la paciente Jenifer Tau Mesa, **porque tenía una enfermedad inherente al embarazo de la paciente, pero al iniciar la maduración del cérvix uterino aumenta el riesgo de muerte por la insuficiencia en la irrigación fetal, como se puede verificar en el estudio histológico de la placenta, por un lado, y por otro, si se hubiese advertido alteración en la frecuencia fetal tempranamente se podía haber evitado la muerte fetal...**”*

Es así que, contrariamente a lo manifestado por el Despacho, **no cabe duda de que se le dio plena credibilidad al galeno que atendió a la paciente, que tiene un vínculo contractual con la demandada, contrario a la credibilidad que se le dio al auxiliar de la justicia, que no solo lo indica en la sustentación del peritaje, sino también en el escrito que se allego con la demanda, lo cual reza lo siguiente con respecto a la causa de la muerte:**

“INFORME PERICIAL DE NECROPSIA N°. 201410173001000343. FECHA REALIZACIÓN 18/09/2014: Hallazgos con feto sin vida de sexo femenino de 41 semanas de gestación, sin malformaciones, antecedente de historia clínica de



pre- eclampsia, con hallazgos de sufrimiento fetal agudo por hallazgos. Manera de muerte natural y causa de muerte hipoxia neonatal debido a un sufrimiento fetal agudo, secundario a Preeclampsia.”

Lo que sería contradictorio a lo manifestado en audiencia por el especialista que tiene un vínculo contractual con la demandada, que la paciente tenía una preeclampsia no severa, **si la causa de la muerte fue una hipoxia fetal secundaria a un sufrimiento intrauterino secundaria a una preeclampsia, no cabe duda de que la necropsia fue elaborada por un tercero, coincide con lo afirmado por el auxiliar de la justicia, Dr. Norbey Ibáñez, por cierto, no dispense ninguna atención a la paciente.**

Aunado a lo anterior, me permito indicar que a la pregunta: Si la atención dispensada a Jenifer Tau Mesa en la Clínica Tolima S.A. estuvo ajustada al manejo de mujer gestante y si esta atención tiene relación con la muerte de la neonato hija de Jenifer Tau Mesa (QEPD), la respuesta del profesional en su pericia fue:

“La atención dispensada a Jenifer Tau Mesa no estuvo ajustada a la literatura médica revisada, porque tenía criterio para el diagnóstico de preeclampsia severa porque al ingreso con cifras tensionales elevadas, con proteinuria marcada, con embarazo a término y signos como cefalea y emesis para considerarla una preeclampsia severa Historia clínica de la paciente, sin actividad uterina, requería manejo de preeclampsia severa con buena hidratación, anticonvulsivante, antihipertensivo y desembrazar de la forma más acorde como lo indica la guía, como no tenía un cérvix favorable debería desembrazar por vía alta (cesárea), se inició maduración del cérvix uterino con misoprostol con contraindicación expresa para su utilización, presentando un riesgo de sufrimiento fetal agudo, el cual se concretó y su desenlace fue la muerte fetal intrauterina.” (Folio 42)

Por lo anterior, no concuerda lo manifestado por el Dr. Tovar, quien tiene vinculación con la demanda por lo que las aseveraciones del galeno en este respecto se muestran completamente infundadas, con lo manifestado por el profesional médico auxiliar de la justicia, ni con el reporte de la necropsia, realizada al cuerpo sin vida del producto de la gestación.

También es de anotar que, **los otros dos especialistas hicieron caso omiso a los requerimientos realizados por el Señor Juez en más de dos ocasiones, los cuales fueron citados con antelación y pleno conocimiento de apoderado de la parte demandante que fue donde se presentó la negligencia médica como quedo plenamente demostrado en las pruebas aportadas, en los respectivos interrogatorios, y en los respectivos alegatos de conclusión, ante el despacho solo se presentó el medico Tovar, donde se observó la solidaridad frente a la entidad demandada que es donde labora, y también la amistad con los otros dos especialistas, que a la luz se observa que carece de objetividad, máxime que con estos argumentos fue que el Despacho sustentó la sentencia que es susceptible de alzada.**

Así las cosas, se encuentra infracción del artículo 187 del Código General del Proceso, *“Testimonios para fines judiciales Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá pedir que se le reciba declaración anticipada con o sin citación de la contraparte. La citación al testigo se hará por cualquier medio de*



comunicación expedito e idóneo, dejando constancia de ello en el expediente. Cuando este impedido para concurrir al despacho, se le prevendrá para que permanezca en el lugar donde se encuentre y allí se le recibirá la declaración”

Maxime que el lugar de trabajo de los 2 profesionales de la salud que siguen laborando en la Clínica Tolima queda a solo tres cuadras del Palacio de Justicia de Ibagué, los cuales fueron requeridos por el Juez por intermedio del apodera de la Clínica Tolima en mas de 2 ocasiones sin que se presentaran al respectivo interrogatorio por parte del Juez dejando claro la desobediencia frente a mandato judicial.

Reiteró que el error del Juez consistió en no haber valorado de manera articulada la historia clínica y los “testimonios técnicos” rendidos por los doctores Norbey Ibáñez “Perito Auxiliar de la Justicia Folio 46” y el Informe de Necropsia realizado por el Dr. Ricardo Baquero Torres Patólogo Forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional Tolima (Folio 80) “INFORME PERICIAL DE NECROPSIA N°. 201410173001000343. FECHA REALIZACIÓN 18/09/2014.

Indico que el Señor Juez apreció erradamente la historia clínica y los testimonios técnicos, los cuales prueban fehacientemente que no se atendió en su real dimensión la actividad uterina irregular presentada, que se concretó en la demora en la iniciación de los procedimientos médicos para desembarazar a la paciente, una paciente que desde las 02:45 a las 05:30, es decir pasadas dos horas y cuarenta y cinco minutos, no hay cambios cervicales, no sería admisible concluir que fueron los más diligentes al continuar igual manejo médico, contrastando con el resultado y la prueba pericial allegada. lo que ameritaba mayores cuidados por parte del personal médico y la realización de los exámenes y tratamientos adecuados para preservar el bienestar de la gestante y de su producto, **y esas no fueron apreciadas en su conjunto, las cuales demuestran además la relación de causalidad entre el retardo médico por no desembarazar de la forma más acorde como lo indica la LEX ARTIS,** como la paciente JENIFER TAU, no tenía una cérvix favorable debería desembarazar por vía alta - CESAREA presentándose un riesgo de sufrimiento fetal agudo, el cual se concretó a causa de esta negligencia médica se produce el daño irreparable “LA MUERTE FETAL INTRAUTERINA”. (Folio 42).

La función del proceso judicial como mecanismo para el descubrimiento de la verdad de los hechos que interesan al proceso no es un simple deseo o una postura doctrinal, **“sino que es parte de las exigencias normativas impuestas al debido proceso por el derecho a la defensa y, más en particular, por el denominado derecho a la prueba”.**¹ Jordi Ferrer Beltrán. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, 2007. p. 25.

El comportamiento del médico tratante sí desconoció los criterios de la *lex artis*, pues según ésta los factores de riesgo no se limitan a los descritos por el doctor TOVAR, sino que coinciden con los que presentaba la paciente y se encuentran consignados en la historia clínica, a pesar de lo cual no fueron detectados por los

¹ Jordi Ferrer Beltrán. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, 2007. p. 25.



médicos de la entidad demandada por no brindar a la usuaria la atención requerida según los estándares de la medicina.

En el mismo sentido apunta la literatura médica especializada:

*“Revisando la literatura, vemos que la cesárea es el procedimiento de elección **en casos en que se diagnostica sufrimiento fetal por monitoreo electrónico**”.*²

*“En este último grupo, conocido como Embarazo de Alto Riesgo Fetal, se concentra la mayor parte de los sufrimientos fetales. Estos embarazos pueden detectarse desde etapas precoces de la gestación, mediante una encuesta en la que se asigna un puntaje a diversas condiciones patológicas maternas, antecedentes gineco-obstétricos y condiciones nutritivas y socioeconómicas de la gestante. Los casos de alto riesgo seleccionados mediante este sistema, de fácil aplicación, requieren un control especial durante el embarazo y parto y preparación de las condiciones adecuadas para la atención de estos recién nacidos. (...) Cuando se determina que las condiciones de desarrollo y de sobrevida fetales se hacen críticas, debe indicarse la interrupción terapéutica del embarazo antes de su terminación normal. En estos casos es importante determinar en la forma más adecuada posible, el grado de madurez fetal y medir calculadamente el riesgo que está sufriendo el feto en su vida intrauterina, comparándolo con los riesgos potenciales que pueden derivarse de la prematurez o inmadurez del recién nacido. (...) **Diversas consideraciones se pueden plantear respecto a la responsabilidad que cabe al obstetra ante el sufrimiento fetal. De éste pueden derivar muertes perinatales o alteraciones neurológicas, sicomotoras o intelectuales que afectan al recién nacido durante toda su vida posterior. Debemos estar conscientes que no basta obtener niños vivos, sino que es además necesario que ellos estén en condiciones de desarrollarse normalmente**».*³

Con relación al síndrome de aspiración meconial, Norka Cabrera Beltrán, Marcos Alcántaro Montoya y Hamilton Lama Taía, concluyen:

*“Esta patología, **¡prevenible!**, muchas veces pasa desapercibida en nuestros hospitales, sin tomar las medidas precautelarias adecuadas para cada caso según la gravedad que presenten estos recién nacidos. Vemos que esta patología tiene un alto índice de complicaciones y de morbilidad cuando no se actúa oportunamente”.*⁴

*“La importancia de los factores de riesgo radica en que son identificables u observables antes de la ocurrencia del daño que predicen, por tanto, se pueden intervenir con el fin de intentar disminuir la frecuencia de aparición de ese daño. Los factores de riesgo son múltiples: biológicos, sociales, culturales, económicos e institucionales, entre otros”.*⁵

² Miren González y otros. Relación entre evaluación clínica del sufrimiento fetal agudo, tipo de parto y estado del recién nacido. Lima: Hospital Nacional Edgardo Rebagliati, p. 58.

³ José Espinoza. Sufrimiento fetal. Revista chilena de pediatría Vol.44 N°6, 1973. p. 523 y ss.

⁴ Síndrome de aspiración meconial. Revista “Medicina”. Vol. 11. N° 2, Guayaquil, 2005.

⁵ John Jairo Zuleta Tobón y Joaquín Guillermo Gómez Dávila. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 130.



*“En la medicina perinatal, las ayudas diagnósticas son indispensables para conocer la salud fetal y para tomar decisiones clínicas. El conteo de los movimientos fetales, el monitoreo electrónico fetal, la prueba sin estrés, la prueba con contracciones, la ecografía, el perfil biofísico, el Doppler fetal, la amniocentesis y/o la cordocentesis, y las pruebas de madurez pulmonar en el líquido amniótico son los diferentes métodos por los cuales podemos evaluar el estado de salud del feto. (...) **La incorporación del monitoreo electrónico fetal a los protocolos de vigilancia fetal en los embarazos de alto riesgo se asocian con una reducción en la muerte fetal**”.⁶*

“Los fetos sometidos a situaciones de hipoxia crónica posiblemente no tengan la fortaleza para resistir el parto y un expulsivo normales, sin presentar signos graves de sufrimiento. Con cada contracción uterina, disminuye o cesa en realidad el flujo de sangre al espacio intervelloso, lo cual puede ocasionar hipoxia o anoxia del feto. Además, el estrés mecánico por comprensión de la cabeza o el cordón del feto pueden agravar ese sufrimiento. La tocodinamometría externa, permite el registro continuo de la frecuencia y la duración de las contracciones. Este método no incluye unidades de medición y de este modo no refleja la intensidad ni el tono de las contracciones. Sin embargo por la forma y la altura de la onda contráctil, puede orientarse la conducción del trabajo de parto. (...) El manejo inteligente del parto depende del conocimiento que se tenga de su mecanismo, de saber diferenciar lo normal de lo anormal, para reconocer las limitaciones de su progreso. La mayoría de los autores está de acuerdo en aceptar que la mejor manera para seguir el proceso dinámico del trabajo de parto, es graficando el tiempo de la dilatación cervical y su relación con el descenso de la presentación. Sólo así, se puede determinar con seguridad el progreso del trabajo de parto. El diagnóstico de las anomalías es impreciso y erróneo hasta en la mitad de los casos, cuando no se utiliza el registro gráfico”.⁷

El conocimiento científico afianzado en la materia, así como las normas técnicas del Ministerio de Salud coinciden en que sí era posible detectar factores de riesgo indicativos de sufrimiento fetal agudo, y previniendo de esta manera la muerte fetal intrauterina, las conclusiones del doctor Norbey Ibáñez referidas a la ausencia de tales pruebas y exámenes no son en modo alguno sólidas o fundadas en la evidencia, sea por desconocimiento de la *lex artis*, o bien por su falta de espontaneidad del galeno que se encontraba de turno y de imparcialidad debido a su relación de dependencia laboral con la entidad demandada

La falta de consistencia de las explicaciones del ginecólogo; sus múltiples contradicciones; su falta de correspondencia con la historia clínica; la contrariedad de sus conclusiones frente al criterio del perito auxiliar de la justicia y del Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional Tolima; y su relación de dependencia con la entidad demandada, conllevan a colegir que la valoración que hizo el Juez de esta prueba estuvo completamente desprovista de la sana crítica, denotando más bien una confianza o creencia desmesurada, infundada e irreflexiva en su mera opinión. lo adecuado según los estándares de la medicina es la valoración del nivel de riesgo

⁶ José Enrique Sanín Blair y Ana María Cuartas Calle. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 135.

⁷ Juan Fernando Bojanini. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 305 y s.s.



del embarazo y del bienestar del feto, con el fin de evitar un sufrimiento por parto prolongado, para lo cual se debe proceder a la inmediata realización de la operación cesárea. Nada de lo anterior se siguió en la atención que recibió la señora Jenifer Tau Meza, pues no se hizo un análisis de sus antecedentes familiares, personales y sociales que habrían permitido establecer el grado de riesgo de su embarazo; como tampoco se tuvieron en cuenta los signos de alarma que estaba presentando desde hacía varios días, “Paciente con 40 semanas y 4 días de embarazo, cefalea, Dolor Epigástrico y emesis, Dolor abdominal tipo cólico, Hipertensión arterial...”, (Folio 40) los cuales indicaban sufrimiento fetal y la necesidad de practicar la cesárea.

El Juez no tuvo en cuenta que los síntomas descritos están catalogados como factores de riesgo, tal como lo confirmo el perito Auxiliar de la Justicia Dr. Norbey Ibáñez, quien declaro en el proceso; para concluir que la condición de la paciente era “estable” y no se requería la práctica de una cesárea.

En contra de la apreciación del sentenciador, para quien el parto natural era el procedimiento a seguir, el conocimiento científico muestra que en el caso que se examina los antecedentes que presentó **la paciente hacían necesaria la práctica de una cesárea con el fin de evitar un mayor grado de sufrimiento fetal y la muerte fetal intrauterina:**

*“El sufrimiento fetal ha sido asociado con asfixia fetal severa, complicaciones médicas, obstétricas o del trabajo de parto. Es importante, por consiguiente, su diagnóstico precoz, para así evitar que sea del tipo descompensado, el cual es de peor pronóstico. Obviamente, debe realizarse un adecuado control del embarazo, con especial atención a aquellas gestantes que, por antecedentes, se incluye en el grupo de alto riesgo, cuyas posibilidades de presentar complicaciones durante la gestación y trabajo de parto son mayores. (...) Revisada la literatura, vemos que la cesárea es el procedimiento de elección en casos en que se diagnostica sufrimiento fetal por monitoreo electrónico. (...) La patología más frecuente en los grupos de sufrimiento fetal, fue la hipoxia y, en segundo lugar, el síndrome de dificultad respiratoria. (...) Finalmente, deseamos señalar, ante los hallazgos del presente estudio, que resulta imperativo contar con medios de control más precisos, tanto en el anteparto como en el intraparto, para disminuir la incidencia de sufrimiento fetal”.*⁸

“Cuando se determina que las condiciones de desarrollo y de sobrevivencia fetales se hacen críticas, debe indicarse la interrupción terapéutica del embarazo antes de su término normal. En estos casos, es especialmente importante determinar en la forma más adecuada posible el grado de madurez fetal y medir calculadamente el riesgo que está sufriendo el feto en su vida intrauterina, comparándolo con los riesgos potenciales que pueden derivarse de la prematurez o inmadurez del recién nacido. (...) Esquemáticamente, las acciones obstétricas pueden resumirse de la siguiente manera: 1. Detección precoz de embarazos de alto riesgo fetal. Como se ha expresado, esto es posible de lograr en un alto número de casos desde etapas precoces de gestación o incluso antes que ella comience. Este

⁸ Miren González y otros. Relación entre evaluación clínica del sufrimiento fetal agudo, tipo de parto y estado del recién nacido.



grupo concentra la mayor parte de sufrimientos fetales, tanto agudos como crónicos. 2. Vigilancia intensiva a través de un control obstétrico apropiado y usando las metódicas de estudio que se han señalado, en todos los casos de alto riesgo potencial para el feto. 3. Interrupción del embarazo. En aquellos fetos en que se pesquisa que están sobreviviendo en condiciones críticas dentro del útero materno, habiendo alcanzado un grado de madurez satisfactoria, debe plantearse la interrupción oportuna del embarazo antes de su término espontáneo, ya sea por vía vaginal o por operación cesárea”.⁹

“Los fetos sometidos a situaciones de hipoxia crónica posiblemente no tengan la fortaleza para resistir el parto y un expulsivo normales, sin presentar signos graves de sufrimiento. (...) Si después de un período de observación de 2 a 3 horas no tiene lugar el progreso del trabajo de parto o si antes de ese tiempo aparecen signos de sufrimiento fetal o de hipertoniá uterina, debe suspenderse la prueba del trabajo de parto y recurrirse a la cesárea segmentaria”.¹⁰

No obstante, la ausencia de prescripción de los exámenes clínicos de rigor por parte de los médicos que atendieron el parto de la señora Jenifer Tau Meza, lo cierto es que para la tarde del 16 de septiembre de 2014 ya existían suficientes síntomas de pérdida de bienestar fetal, lo que hacía necesaria la práctica de mayores controles e, incluso, de una operación cesárea, dada la falta de fortaleza del feto para resistir un expulsivo natural, *la salud de la persona por nacer una obligación de medio.*

El Señor Juez en suma, creyó irreflexivamente en el dicho del médico de la entidad demandada, sin advertir que sus inconsistencias, incoherencias, inexactitudes y falta de rigor demostraban que no era una prueba confiable ni mucho menos concluyente, creyó en la versión del profesional sin hacer una apreciación razonada de la información que suministró, pasando por alto que los criterios de los expertos deben ser tomados en cuenta cuando amplían, explican, corroboran, detallan o traducen a un lenguaje sencillo o cotidiano los conocimientos alcanzados por la ciencia, pero no cuando expresan opiniones infundadas que contradicen el saber afianzado y verificado por la comunidad científica.

Finalmente, en lo que respecta a la valoración del “nexo causal”, el argumento probatorio del Juez incurrió en graves imprecisiones y confusiones:

El argumento del juzgador *ad quo*, además de confuso, **fue incompleto, porque lo que debió analizar fue los hechos probados en el proceso, con la tardanza en la atención del parto que debió ser clasificado como riesgoso debido a los síntomas que presentó la paciente, toda vez que la parte actora logra probar en interrogatorio realizado al Dr. Norbey Ibáñez los siguientes hechos más relevantes de acuerdo al historial clínico de la parte actora, historia clínica que fue aportado por la parte demandada CLINICA TOLIMA S.A así:**

1. A la señora Jenifer Tau Mesa le realizan una ecografía en IDIME el doce (12) de septiembre de dos mil catorce (2014) donde la opinión fue de un embarazo de 37 semanas por biometría fetal combinada, feto único vivo y bienestar fetal al momento del estudio, como se prueba en la copia del respectivo examen ecográfico.

⁹ José Espinoza. Sufrimiento fetal. Revista chilena de pediatría. Vol. 44, N° 6

¹⁰ Obstetricia y ginecología. Universidad de Antioquia, 6ª ed. 2001.



2. El trece (13) de septiembre de dos mil catorce (2014) le reportan un examen de proteínas en orina de 24 horas del laboratorio Bioanálisis con un reporte de 1.754,65, como se acredita con el reporte del examen.
3. El embarazo de la señora Jenifer Tau Mesa estuvo dentro límites normales, hasta el ingreso al servicio de urgencias de la Clínica Tolima el quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014) a las 19 horas, con embarazo a término, o sea 40 semanas de gestación, vivo, consultó por dolor en región epigastrio, dolor de cabeza y vómito, encontrándole cifra tensional de 140/90, ella le manifestó desde el ingreso el examen de proteinuria en orina de 24 horas, quedando con un diagnóstico de preeclampsia, dejándola en observación para toma de paraclínicos y valoración por especialista, como se puede probar con la copia de historia clínica de ingreso a la Clínica Tolima.
4. La señora Jenifer Tau Mesa es valorada con paraclínicos por médico especialista en obstetricia hasta el dieciséis (16) de septiembre de dos mil catorce (2014) a las 14:46 horas, encontrándole proteinuria como hallazgo sugestivo de complicación de hipertensión inducida por el embarazo, sin existir registro de cifras tensionales, el especialista considera que el cuello del útero no permite la inducción para iniciar trabajo de parto y le ordena un medicamento denominado misoprostol intravaginal para que el cuello del útero fuera apto para el parto vaginal e inicio de contracciones uterinas, como se puede probar con la copia de historia clínica de la Clínica Tolima.
5. Según el médico perito NORBEY DARIO IBAÑEZ ROBAYO la paciente Jenifer Tau Mesa tenía como diagnóstico definitivo los siguientes:
 1. Embarazo a término
 2. Preeclampsia severa
 3. Trabajo de parto complicado por sufrimiento fetal agudo
 4. Fracaso inducción trabajo de parto
 5. Muerte fetal intrauterina
 6. Post operatorio de cesárea

En el mismo estudio el profesional de la medicina refiere las contraindicaciones del uso del medicamento misoprostol:

Contraindicaciones absolutas de uso de Prostaglandinas:

- ☐ Preeclampsia grave, eclampsia
- ☐ Cesárea previa
- ☐ Edad gestacional < 34 semanas

Lo anterior prueba que a la paciente Jenifer Tau Mesa le aplicaron un medicamento que tenía una contraindicación absoluta, como se prueba en la prueba pericial realizada por el auxiliar de la justicia.

6. Durante la hospitalización en sala de parto de la Clínica Tolima Jenifer Tau Mesa presento actividad uterina durante aproximadamente por doce (12), nunca se diagnosticó que el feto empezó a presentar sufrimiento por falta de irrigación sanguínea dentro del útero, sino hasta cuando no le encuentran la frecuencia fetal, como se acredita en la historia clínica



obstétrica, como las anotaciones de enfermería que fueron entregadas por la Clínica Tolima.

7. A la pregunta al auxiliar de la Justicia Norbey Darío Ibáñez Robayo en su calidad de médico si la atención dispensada a Jenifer Tau Mesa estuvo acorde y si existe o no una relación entre esta y la muerte del producto de la gestación, responde lo siguiente:

RESPUESTA: La atención dispensada a Jenifer Tau Mesa no estuvo ajustada a la literatura médica revisada, porque tenía criterio para el diagnóstico de preeclampsia severa porque al ingreso con cifras tensionales elevadas, con proteinuria marcada, con embarazo a término y signos como cefalea y emesis para considerarla una preeclampsia severa, sin actividad uterina, requería manejo de preeclampsia severa con buena hidratación, anticonvulsivante, antihipertensivo y desembarazar de la forma más acorde como lo indica la guía, como no tenía un cérvix favorable debería desembarazar por vía alta (cesárea), se inició maduración del cérvix uterino con misoprostol con contraindicación expresa para su utilización, presentando un riesgo de sufrimiento fetal agudo, el cual se concretó y su desenlace fue la muerte fetal intrauterina.

Como se puede probar con la experticia rendido por el Auxiliar de la Justicia.

8. Al corroborar la muerte fetal y evidenciar que no hubo progresión en los cambios del cuello uterino a pesar de las contracciones uterinas, deciden realizar cesárea para sacar el feto ya sin vida, como se prueba en la historia clínica obstétrica, como las anotaciones de enfermería que fueron entregadas por la Clínica Tolima.
9. Durante la hospitalización les informaron a mis poderdantes que el producto de la gestación había fallecido intrauterino, siendo hasta el día diecisiete (17) de septiembre de dos mil catorce (2014) a las 09:48 horas la extracción del óbito por medio de cesárea, llenando el certificado de defunción de Número 70830947-5, como se prueba con copia del mismo certificado.
10. La señora Jenifer Tau Mesa estuvo hospitalizada hasta el diecinueve (19) de septiembre de dos mil catorce (2014) en la Clínica Tolima, donde fue valorada por psicología por la pérdida del fruto de la gestación, como se acredita con la historia clínica de enfermería.
11. El informe pericial de necropsia No. 2014010173001000343, el informe de anatomía patológica del estudio de la placenta y el estudio histopatológico coincidieron que la muerte fue producto de hipoxia intrauterina secundaria a preeclampsia, como se puede probar con los respectivos informes post mortem.
12. La muerte del producto de la gestación de la señora Jenifer Tau Mesa produjo perjuicios del orden inmaterial a Jenifer Tau Mesa y Luis Carlos Cuesta Acosta en calidad de padres como se prueba con la valoración psicológica realizada por la auxiliar de la justicia Dra. CARMEN LILIANA RUSSI; como también a los señores Martha Cecilia Acosta González y Luis Uriel Cuesta Álvarez en calidad de abuelos paternos.



De la afirmación el Juez se infiere que echó de menos la causa física exclusiva y excluyente (no acumulativa) de los daños, limitando el objeto de la prueba a una causalidad material ya superada por la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada.

El argumento fue deficiente porque partió de una errónea identificación del objeto de la prueba y de una desacertada noción sobre la inexistencia del “nexo de causalidad”.

En efecto, el objeto que el fallador pretendía encontrar probado (nexo causal) no es una propiedad de las cosas ni un objeto físico susceptible de demostración por pruebas directas, sino una categoría lógica que permite inferir que entre un hecho antecedente y un hecho consecuente existe una relación de probabilidad porque la experiencia así lo ha mostrado repetidas veces. La observación de regularidades en los acontecimientos cotidianos permite establecer una teoría o hipótesis que, a su vez, sirve de pauta o trasfondo de significado para la valoración de nuevos hechos y para la selección –de entre el flujo infinito de causas– de aquellas ‘condiciones’ que se estiman relevantes en un contexto determinado (en este caso jurídico).¹¹

En casos de omisiones, el criterio de imputación sólo lo dan las normas jurídicas que establecen deberes de actuación, posición de garante, guardián de la cosa, etc., porque entre una omisión y un resultado no se produce ninguna relación de implicación material. Esta conclusión sólo se extrae por hipótesis indiciarias que el Juez jamás tomó en consideración.

Desde luego que si el juzgador no valoró los hechos probados en el proceso para corroborar o descartar la presencia del factor objetivo de atribución de responsabilidad (imputación del hecho a un agente), no le era posible encontrar la prueba del “nexo de causalidad”; mucho menos cuando se trata de abstenciones o negligencias, pues un axioma de la lógica consagra que las omisiones o inactividades, al no ser objetos de la experiencia sino categorías jurídicas, no son ni pueden ser “causa” de nada en sentido naturalista.¹²

Ante la ausencia absoluta de las hipótesis indiciarias que habrían permitido concluir con probabilidad prevalente la existencia del juicio de atribución del daño al agente demandado, el argumento del Juez sobre el “nexo de causalidad” se muestra desacertado.

Quedó demostrado en la valoración del acervo probatorio que el menoscabo a la salud de la parte actora como la muerte fetal intrauterina, no fue un hecho imprevisible, pues los criterios de la medicina basada en la evidencia señalan que los síntomas que presentó la gestante en el parto indicaban con gran probabilidad un estado de sufrimiento fetal que ameritaba unos procedimientos de prevención de resultados adversos claramente descritos en los estándares científicos y en las reglamentaciones administrativas sobre

¹¹ Holismo confirmacional o epistemológico, o Tesis de Duhem-Quine, según la cual toda observación de un hecho depende de una teoría de trasfondo que explique suficientemente las relaciones entre los hechos observados, es decir que todo análisis causal es un juicio atributivo a partir de un marco de sentido.

¹² Michael S. Moore. Causalidad y responsabilidad. Madrid: Marcial Pons, 2011. pp. 203 ss. y 449. || Jules COLEMAN. Riesgos y daños. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 279.

Ibagué, Cra. 6ta A No. 11-60 Centro, oficina 101. - Teléfono No. (8) 2725978. - Celular No. 3024460104. - Correo electrónico: gfabogadosespecializados@gmail.com

atención al parto, los cuales fueron incumplidos por la entidad demandada.

En consecuencia, al estar probada la culpa de la CLINICA TOLIMA S.A y su correlación de imputación con el daño sufrido por los pacientes, no es posible afirmar que los perjuicios se debieron a una causa extraña o al infortunio.

Ausencia de carga probatoria de la demandante.

Afirmó que “*no se encuentra probado en la demanda*” que los daños sufridos por la parte actora y la muerte fetal intrauterina fueron ocasionados por la atención médica retardada y defectuosa que le brindó la Clínica Tolima S.A demandada; por lo que los actores pretenden eximirse de la carga probatoria que les asiste según el artículo 167 del Código General del Proceso.

Al respecto, vale la pena aclarar que la carga probatoria es una regla de juicio dirigida al sentenciador al momento de motivar la decisión de fondo del litigio, por lo que no es posible que “*en la demanda*” existan elementos de conocimiento suficientes para sustentar el enunciado sobre los hechos probados en el proceso.

En el caso *sub judice*, el análisis individual y en conjunto de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, demostró la presencia de todos los supuestos de hecho que exige la norma sustancial que consagra la declaración de responsabilidad civil, tal como se explicó líneas arriba; lo que se estima suficiente para negar la excepción.

No obstante, con el fin aclarar el concepto de ‘*carga de la prueba*’ y su diferencia con el ‘*deber de aportar pruebas*’, es necesario realizar la siguiente precisión doctrinal.

La carga de la prueba y el deber obligación de aportar pruebas.

La *carga de la prueba* es una de las instituciones del derecho probatorio que ha alcanzado mayor estatus de universalidad debido a su presencia en casi todos los ordenamientos de los países occidentales. Sin embargo, al estudiar la función que esta figura ha desempeñado en los diferentes sistemas jurídicos, se puede constatar que se le han atribuido distintos significados, dependiendo de las particularidades del contexto histórico, social y político que se analice.

Una investigación histórico–nominal permite encontrar el rastro del término *onus probationis* en un fragmento de las institutas de Paulo citado en el Digesto de Justiniano (533 d.C.), con relación al tema específico de la prueba del pago de lo no debido;¹³ mas no como principio general, sino como explicación de un caso concreto, pues en el derecho romano las reglas jamás tuvieron la condición de postulados generales.¹⁴

Lejos de instaurar una regla general de carga de la prueba en cabeza del actor, durante todo el derecho romano clásico y bizantino perduró la costumbre de atribuir a ambas partes el *peso de aportar* las pruebas según las circunstancias particulares de cada situación, es decir al libre arbitrio del juez, quien además podía proferir un

¹³ Libro XXII, Título III, 25, § 3

¹⁴ Digesto, 50.17.1



non liquet por falta de claridad sobre los hechos, si así lo estimaba pertinente.

En el derecho romano-visigótico que marcó fuertemente la tradición jurídica hispana y francesa, tampoco existió algo parecido a la regla de la carga de la prueba. En el *Codex Visigothorum* (654 d.C.) se recogió una ley atribuida a Chindasvinto (563-653) en la que se dice que corresponde probar tanto al *petente* como a quien éste hace la petición según las necesidades del caso y el criterio del juez;¹⁵ regla que en materia de aportación de pruebas es mucho más general y expresiva que cualquiera de las alusiones probatorias contenidas en el Código de Justiniano.

En las Siete Partidas se consagró como regla general que al demandante le corresponde aportar las pruebas de sus afirmaciones, y que las negaciones no se prueban porque las cosas que no son no se pueden probar ni mostrar: *«Prueba es averiguamiento que se face en juicio en razon de alguna cosa que es dubdosa: et naturalmente pertenesce la prueba al demandador quando la otra parte le negare la demanda, ó la cosa ó el fecho sobre que le face la pregunta; ca si lo non probase deben dar por quito al demandado de aquella cosa que non fue probada contra él, et non es tenuta la parte de probar lo que niega porque non lo podrie facer, bien asi como la cosa que non es, non se puede probar nin mostrar segunt natura: otrosi las cosas que non son negadas en juicio non las deben nin las pueden probar aquellos que las niegan sinon en auquella manera que diremos adelante en las leyes deste título»*.¹⁶

En el derecho premoderno, en fin, jamás existió un concepto de carga de la prueba similar al que se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento procesal como axioma de conformación de la decisión judicial, pues antes del surgimiento del estado-nación las normas no estaban organizadas bajo el concepto de sistema,¹⁷ ni existía la noción de jerarquía normativa, ni eran proposiciones jurídicas (formadas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica),¹⁸ en virtud de las cuales los jueces tienen que ceñirse al modo racionalista de motivar las sentencias, esto es atendiendo únicamente a si encuentran o no probados los presupuestos fácticos contenidos en las leyes sustanciales.

Es más, ni siquiera el Código Civil francés de 1804, con sus pretensiones de racionalidad y sistematización, contiene una definición de carga de la prueba como principio general dirigido al juez para la definición del fondo del litigio, dado que ese ordenamiento sólo concibió una norma de aportación de pruebas circunscrita al derecho de las obligaciones: *«El que pide el cumplimiento de una obligación, debe probarla. Viceversa el que pretende librarse de ella debe justificar la paga o el hecho que produjo la extinción de su obligación»*. (Art. 1315)

Una idea similar se incorporó en el artículo 1757 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor: *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*.

¹⁵ Liber Iudiciorum, Liber II, Titulus II, VI

¹⁶ Partida III, Título XIV, Ley 1ª

¹⁷ «La ciencia jurídica como conocimiento sistemático del derecho positivo existe a partir de la revolución copernicana de Kant y es obra de Savigny». En: Luis NÚÑEZ LADEVÉZE. Lenguaje jurídico y ciencia social. Madrid: Akal, 1977. p. 126.

¹⁸ Para la distinción entre norma y proposición normativa ver: Juan Carlos BAYÓN. Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. En: Problemas lógicos en la teoría práctica del Derecho. Madrid: Fontamara, 2011. p. 27.



La anterior expresión de la ley sustantiva es absolutamente distinta al concepto de carga de la prueba que consagró nuestro ordenamiento adjetivo, según el cual lo que incumbe probar no son las obligaciones o su extinción, sino los hechos descritos en el supuesto fáctico de la norma sustancial, por cuya virtud esta última determina el efecto jurídico o la existencia del vínculo jurídico que no se precisa por vía probatoria sino mediante una operación lógica que, eso sí, parte de un hecho probado.¹⁹

Esta idea se incorporó al artículo 593 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), en los siguientes términos:

«Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de uno y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas».

No hay, por tanto, ninguna razón para considerar que la noción contenida en el artículo 1757 del Código Civil es errónea o incompleta en comparación con la que consagra el derecho adjetivo, o que ésta es una 'superación' o 'perfección de aquélla', dado que entre ambas instituciones no puede establecerse una relación de evolución, continuidad o progreso, porque obedecen a distintas finalidades y pertenecen a diferentes niveles de sentido.

La concepción contemporánea de la carga de la prueba como regla de conformación de la decisión judicial a menudo ha sido confundida con las locuciones latinas '*onus probandi incumbit actori*', '*incumbit probatio qui dicit, non qui negat*', y otras similares, en las cuales se ha querido ver el germen de la teoría de la carga de la prueba, cuando lo cierto es que los romanos jamás idearon algo semejante, ni siquiera remotamente, porque sus múltiples máximas sobre quién y cómo se prueba (*loci ex auctoritate*) siempre fueron técnicas concretas (*ars inveniendi*) para elaborar sus *argumenta in iudicio*.²⁰

2. La regla de la carga de la prueba de nuestro sistema jurídico tuvo su origen histórico-conceptual en el derecho moderno, como expresión de la máxima: «*veritas non auctoritas facit iudicium*», atribuida a Edward Coke y explicada por Giambattista Vico en la frase «*lo cierto proviene de la autoridad así como lo verdadero proviene de la razón*».²¹

El postulado racionalista que afirma que es la verdad y no la autoridad la que fundamenta la decisión judicial instauró el principio supremo del derecho procesal contemporáneo, según el cual el fin institucional del proceso es la averiguación de la verdad de los hechos en que se funda la controversia, como presupuesto necesario para poder acceder a la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial que rige el caso.

¹⁹ Jean CARBONNIER. Derecho civil. t. I, vol. I. Barcelona: Bosch, 1960. p. 206.

²⁰ Los *loci* (*topoi* en griego) eran instrumentos para hallar o inventar razonamientos probatorios. En: M.T. CICERÓN. Tópicos a Cayo Trebacio.

²¹ Luigi FERRAJOLI, Principia Iuris. t. I, pp. 15, 111, 113.



El Código de Procedimiento Civil adoptó esa fórmula en los siguientes términos: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. (Art. 177)

Tal disposición instituyó una regla de conformación de la decisión judicial que ordena al juez cómo motivar sus conclusiones sobre el fondo del litigio, según encuentre o no probados los supuestos de hecho previstos en la proposición normativa de carácter sustancial que es la base esencial del fallo. Al mismo tiempo y de manera indirecta, señala a las partes la consecuencia que han de soportar si no quedan demostrados en el proceso todos los elementos estructurales del instituto jurídico que rige su controversia, que se traducirá indefectiblemente en la frustración de sus pretensiones.

A partir de los postulados de coherencia, integralidad y plenitud del sistema jurídico se deduce que el ordenamiento positivo prevé todas las soluciones de los casos que lleguen a presentarse en la práctica, por lo que no es factible que los jueces rehúsen juzgar pretextando ausencia, oscuridad o insuficiencia de la ley. De igual modo, salvo en contados casos, está proscrito proferir un *non liquet* o fallo inhibitorio por falta de elementos materiales, dado que en virtud de la regla sustancial de la carga de la prueba, ante la falta de demostración de la *causa petendi* el juez debe resolver definitivamente la controversia mediante sentencia absolutoria.

Entre los tratadistas de habla hispana sobresale la definición de DEVIS ECHANDÍA, para quien *«quizá el aspecto más importante de este concepto es el reconocimiento de que esencialmente es una regla de juicio dirigida al juez, que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones en cada proceso; (...) simultánea e indirectamente, dicha regla determina qué hechos debe probar cada parte para no resultar perjudicada cuando el juez la aplique (...), puesto que, conforme a ella, la decisión debe ser adversa a quien debía suministrarla, y, por tanto, le interesa aducirla para evitar consecuencias desfavorables. (...) La carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción, sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso»*.²²

La carga de la prueba, en palabras del citado jurista, *«viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos»*, lo que significa que es un reemplazo o sustituto de la prueba de los hechos, es decir que el juez decide *como si* existiera prueba de la falsedad de los hechos invocados, cuando en realidad lo que ocurre es que no hay prueba de los mismos: ni de su falsedad ni de su veracidad.

Este axioma de cierre cumple una labor lógico-sustancial en la medida que ordena al juez, al momento de realizar el razonamiento decisorio, que sólo declare la consecuencia jurídica prevista en la norma si encuentra probado el supuesto de hecho que ella consagra. De ahí que la disposición sobre la carga de la prueba es una norma sobre el mérito de la decisión, más que una regla de tipo instrumental.²³

²² Teoría general de la prueba judicial, t. I. Bogotá: Temis, 6ª ed., 2012. p. 405

²³ Eduardo PALLARES. Derecho procesal civil. México: Porrúa, 1961. p. 378.



La funcionalidad de la carga de la prueba –explica ROSENBERG– se evidencia siempre *«que no se aclare en todos sus detalles el acontecimiento que motiva el pleito, o que no puedan comprobarse ni como verdaderas ni como falsas, ciertas circunstancias que son importantes para la decisión judicial»*.²⁴

En realidad, la ausencia de prueba sobre la verdad o falsedad de los hechos indica que el juez no tiene elementos de juicio para fallar, lo que debería aparejar una decisión inhibitoria. Sin embargo, el querer del legislador es que esa circunstancia no obste para adoptar una decisión definitiva sobre el mérito del litigio, y en virtud de la invocación de la regla de cierre de la carga de la prueba el juez puede emitir la siguiente declaración: *“se niegan las pretensiones porque no se probó lo que debió quedar probado”* (criterio racionalista); que no es lo mismo que decirle a una de las partes: *“perdiste porque no probaste”* (criterio adversarial puro, persuasivo o de ventaja competitiva).

“De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o – dicho más brevemente– soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable”.²⁵

La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su *distribución* únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.

“La primera y única condición de una distribución acertada de la carga de la certeza y de la prueba es, por lo tanto, el análisis y la descomposición de los preceptos jurídicos y de sus características”.²⁶

Si el derecho sigue siendo derecho, entonces la solución del caso concreto tiene que sustentarse –sin excepciones– en la demostración de los presupuestos fácticos requeridos por la ley general, impersonal y abstracta, sin importar a quién corresponde aducir las pruebas de tales supuestos en virtud del principio de la comunidad de la prueba.

No es posible variar o distribuir la carga de la prueba de los elementos fácticos descritos en las distintas normas sustanciales sin que se viole el sentido original de las mismas, por lo que dicha infracción ameritaría el quiebre del fallo que haya

²⁴ Leo ROSENBERG. La carga de la prueba. Buenos Aires, 1956. p. 1.

²⁵ Ibid. p. 11.

²⁶ Leo Rosenberg. Op. cit. p. 107.

incurrido en tal error.

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

Condenar al demandado sin que esté probada la culpa significaría resolver la controversia a la luz de la responsabilidad objetiva, o convertir la responsabilidad por culpa probada (2341) en responsabilidad por culpa presunta (2356). De igual modo, fallar en contra del convocado a juicio sin prueba de la imputación del hecho al agente equivaldría, ni más ni menos, que a hacerlo responder por algo que no le es jurídicamente atribuible.

Distribuir judicialmente la carga de la prueba de los supuestos fácticos que contienen las proposiciones normativas implicaría al mismo tiempo alterar la prueba de los hechos en que se soportan las excepciones, pues no es posible que se cambie la carga de la prueba de los supuestos fácticos de la pretensión sin que al mismo tiempo se afecte la carga de la prueba de los hechos en que se basa la excepción; tergiversando todo el sentido de la ley sustancial y socavando las bases del derecho.

Por ejemplo, en los casos de restitución de tierras, en los que el demandante está amparado por unas presunciones que lo eximen de probar el requisito del despojo (art. 77, Ley 1448 de 2011), una eventual distribución de la carga de la prueba que asiste al demandado para desvirtuar tales presunciones, atribuyéndosela judicialmente al demandante, supondría necesariamente acabar con el mandato legal, creando un régimen absolutamente distinto al que consagró el legislador.

De modo similar, en los casos de responsabilidad objetiva en los que el demandado soporta las consecuencias de no probar las causales eximentes de responsabilidad en que haya fundado sus excepciones, una distribución judicial de esa carga probatoria sería tanto como imponerle al demandante la carga de probar el supuesto de hecho que la ley sustancial no exige (la culpa), lo que comportaría una completa suplantación de la norma positiva que rige el caso.

Lo que es predicable para estos ejemplos es válido para todo tipo de controversia judicial, pues la única consecuencia que se deriva de acceder a las pretensiones o excepciones sin que estén demostrados los supuestos de hecho en que se fundan unas y otras, sería fallar sin pruebas; lo que resulta contrario a nuestro sistema de derecho probatorio, que se sustenta en el principio de la necesidad de la prueba.

Esta es, precisamente, la consecuencia que se obtiene de confundir el concepto de ‘carga de la prueba’ con el ‘deber de aportación de pruebas’, atribuyéndole a aquél una función que no está llamado a desempeñar.



La distribución de la carga de prueba, en suma, no depende de las particularidades de cada caso concreto, ni de la actuación de las partes dentro del proceso, ni de su mayor o menor cercanía con las evidencias, sino que se deduce exclusivamente de la estructura de la relación jurídica material que ha de decidirse, y por tanto siempre está prefigurada por la norma sustancial de carácter general, impersonal y abstracto, es decir que está dada de manera *a priori* y el juez no puede desconocerla o variarla sin que altere el mandato de la ley sustancial. Una cosa es la conformación de los enunciados fácticos a partir de los 'esquemas de problemas' (*tópicos*) que plantean los casos específicos, y otra bien distinta es crear y aplicar una norma jurídica nueva para cada situación particular, lo cual nunca ha sido, no es, ni puede ser derecho.

Permitir que el juez decida en cada caso concreto qué elementos estructurales de la ley sustancial han de quedar demostrados en el proceso y cuáles no (casuismo jurídico), supondría una completa incoherencia del derecho como sistema que garantiza expectativas fiables y estables; pues ello sería tanto como regresar a los tiempos en que imperaba la arbitrariedad por desconocimiento del principio de legalidad.

Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: *tertium non datur*.

3. Algo muy distinto ocurre con otra regla que, aunque tiene tanta importancia como la anterior, no es un mandato legal dirigido al sentenciador al momento de aplicar el derecho al caso concreto, **sino una orden que el juez da a una de las partes en la fase de recopilación del acervo probatorio, para que suministre las pruebas que se necesitan al interior del proceso a fin de demostrar las hipótesis fácticas previstas en las normas sustanciales en que se ha de fundamentar la decisión. La anterior distinción ha sido establecida por la ciencia del derecho procesal, al diferenciar entre los actos que incumben al órgano judicial y los actos que corresponden a las partes.**²⁷

El *deber-obligación de ministración o aportación de pruebas* es funcionalmente distinto de la regla de clausura de la carga de la prueba, pues no es un mandato dirigido al juez para que se abstenga de declarar la consecuencia jurídica que la ley positiva tiene prevista ante la falta de demostración de los supuestos de hecho que ella consagra, **sino que está orientado a reglar la actividad probatoria de las partes con sujeción a razones de justicia, equidad, lealtad procesal, buena fe,**

²⁷ F. CARNELUTTI. Instituciones del proceso civil. t. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1956. p. 438. || Giuseppe CHIOVENDA. Instituciones de derecho procesal civil. Vol. I. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1948. p. 52. || Manuel DE LA PLAZA. Derecho procesal civil español, Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1942. p. 392.

cooperación, solidaridad y consecución de la verdad material.

“los otros dos especialistas hicieron caso omiso a los requerimientos realizados por el Señor Juez en más de dos ocasiones, los cuales fueron citados con antelación y pleno conocimiento de apoderado de la parte demandante que fue donde se presentó la negligencia médica como quedó plenamente demostrado en las pruebas aportadas, en los respectivos interrogatorios, y en los respectivos alegatos de conclusión, ante el despacho solo se presentó el médico Tovar, donde se observó la solidaridad frente a la entidad demandada que es donde labora, y también la amistad con los otros dos especialistas, que a la luz se observa que carece de objetividad, máxime que con estos argumentos fue que el Despacho sustentó la sentencia que es susceptible de alzada. ” La parte demandada tampoco presentó informe Pericial pese a tener conocimiento desde el año Demostrando la negligencia frente al actuar y lealtad procesal. Se limitó a la contestación de la demanda y a un único testimonio rendido por el Dr. Tovar lo que pone en duda la prueba presentada por la parte demandada careciendo de objetividad el testimonio del Dr. Tovar, por tener intereses directos el galeno ya que labora con la entidad demandada.

La parte actora, aportó:

Dictamen Pericial, Dr. Norbey Ibáñez, médico Auxiliar de la Justicia.

Dictamen Pericial, Dra. Psicóloga Auxiliar de la Justicia (Folios 88 – 100)

Copia de historia clínica de ingreso y egreso en 13 folios PDF.

Copia de historia clínica hospitalización en 39 folios PDF.

Copia de anotaciones servicio de enfermería.

Copia de informe pericial de necropsia e historia clínica de ingreso y egreso en 20 folios en PDF.

Guía de Práctica Clínica: para la prevención, detección temprana y tratamiento de las complicaciones del embarazo, parto o puerperio. 2013 guías No. 11-15

Certificado de existencia y representación de la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima Sociedad Anónima y/o Clínica Tolima S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué.

Registro civil de nacimiento de Luis Carlos Cuesta Acosta, para acreditar el hecho SEGUNDO.

Carné materno de Jenifer Tau Mesa para probar los hechos TERCERO Y CUARTO.

Copia de ecografía obstétrica realizada a Jenifer Tau Mesa el 12 de septiembre de 2014, para probar el hecho QUINTO.

Copia del reporte de proteínas en orina de 24 horas realizado por el laboratorio Bioanálisis, para acreditar el hecho SEXTO.

Copia de la historia clínica de ingreso y de hospitalización en piso en la Clínica Tolima en 13 folios, para probar hechos SÉPTIMO Y OCTAVO.

Análisis físico a la historia clínica de Jenifer Tau Mesa realizado por el médico auxiliar de la justicia Dr. Norbey Darío Ibáñez Robayo, para probar los hechos NOVENO y DÉCIMO PRIMERO.

Copia de historia clínica en el servicio de sala de partos en la Clínica Tolima para acreditar los hechos DÉCIMO y DÉCIMO SEGUNDO.

Copia de la historia clínica del servicio de enfermería de sala de partos de la Clínica Tolima para probar los hechos DÉCIMO y DÉCIMO SEGUNDO.

Copia del certificado de defunción No. 70830947-5, para acreditar el hecho DÉCIMO TERCERO.

Copia de historia clínica de enfermería en el servicio de urgencias y hospitalización en la Clínica Tolima, para probar el hecho DÉCIMO CUARTO.



Copia del Informe Pericial de Necropsia No. 2014010173001000343, para probar el hecho DÉCIMO QUINTO.

Copia de Informe de Anatomía Patológica Examen No. Q14-6032, para acreditar el hecho DÉCIMO QUINTO.

Copia del Estudio Histopatológico RAD: LHis 002-15, para probar el hecho DÉCIMO QUINTO.

Valoración psicológica a Jenifer Tau Mesa y Luis Carlos Cuesta Acosta, para probar el hecho DÉCIMO SEXTO.

Copia del Certificado de Tradición del bien inmueble de No. de Matrícula 350-103391, para acreditar el hecho DÉCIMO SÉPTIMO.

Copia de recibido de Reclamación de Perjuicios radicada el 28 de agosto de 2017, para probar el hecho DÉCIMO OCTAVO.

El requerimiento que el juez hace a una de las partes para que aporte el material probatorio que está a su disposición no es ni puede ser una carga, pues las cargas son actos de mera liberalidad que los sujetos procesales pueden realizar o no como a bien lo tengan, y que han de ejercitar para su propia conveniencia si quieren obtener éxito en el proceso. La figura de la carga se distingue del deber en que su cumplimiento es de interés exclusivo del sujeto que de ella está investido, mientras que el interés en el cumplimiento del deber lo tiene el acreedor o derechohabiente. De ahí que la principal característica de la carga frente al deber es su incoercibilidad.

El deber-obligación de aducir pruebas, por el contrario, es una verdadera constricción que el juez impone a una de las partes según ciertas condiciones que justifican tal proceder (señaladas en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso), **cuyo resultado no está dirigido a beneficiar al obligado sino que se establece en interés de la contraparte que se halla en una enorme desventaja probatoria por encontrarse en estado de indefensión, incapacidad u otras circunstancias similares.**

Este deber-obligación concretiza un ideal de justicia distributiva cuando autoriza al juez a ordenar el suministro de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de proveerlas; **no está dirigido al sentenciador al momento de decidir el litigio sino a las partes en las etapas en las que es posible y necesario incorporar al proceso los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad; y su inobservancia por renuencia de la parte obligada a colaborar con la práctica de las pruebas no apareja la declaración de la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial, sino un indicio de conducta que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas (arts. 71-6, 249 CPC; y 78-8, 241 CGP); sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el juez por incumplimiento de sus órdenes (art. 39-1 CPC y 44-3 CGP).**

La carga de la prueba responde a las preguntas *‘qué debe probarse y quién soporta las consecuencias de la ausencia de prueba’*, y ya se dijo que lo que se debe probar son los supuestos de hecho consagrados en la norma sustancial, de suerte que en ausencia de su demostración, el juez deberá negar la declaración del efecto jurídico previsto en la ley. El deber de administración de las pruebas, en cambio, obedece a la cuestión de *‘quién está obligado a aportar ciertas pruebas por estar en mejores condiciones de hacerlo’*, es decir cuál de las partes está compelida a allegar los



elementos materiales de conocimiento sobre los hechos en razón de su mejor posición o cercanía con los mismos.

En adelante –previene ROSENBERG– será imposible combatir el concepto de la carga de la certeza y las consecuencias que resultan de él, con argumentos sacados del concepto de la carga subjetiva de la prueba, y a la inversa oponerse a esta última con razones sólo comprensibles desde el punto de vista de la carga objetiva de la prueba, o bien luchar contra uno de los dos conceptos por la única razón de que se es partidario del otro.²⁸

Aquello que el citado jurista denominó “carga subjetiva de la prueba” (de manera inapropiada, como él mismo lo reconoció, a falta de habersele ocurrido un término más atinado), no es más que el deber-obligación de aportación de pruebas; dando lugar esa imprecisión nominal a una confusión conceptual de mayores proporciones que apenas en la actualidad comienza a despejarse.

No es acertado, entonces, tratar de aprehender el concepto de carga de la prueba y su exclusiva distribución legal con argumentos dirigidos a explicar el deber que asiste a las partes (o la obligación que se les impone) de suministrar las pruebas según se encuentren en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos; ni mucho menos intentar solucionar un problema práctico de aportación de pruebas por medio de una figura que desempeña una función absolutamente distinta en el sistema jurídico, esto es servir de presupuesto lógico-normativo para la correcta formación de la decisión judicial.

La confusión conceptual de ambas reglas; de su origen histórico; de la función que desempeñan en el sistema jurídico; de su respectiva calidad sustancial o procesal; de su naturaleza facultativa u obligatoria; de los momentos procesales en los que tienen aplicación; de sus destinatarios finales (según sean actos de la jurisdicción o de las partes); de a quién beneficia; y de las consecuencias que se derivan de una u otra, ha desdibujado la importancia que cada una de ellas cumple en el proceso; llegándose a creer que la una es la negación, la excepción, la inversión, la flexibilización, la atenuación, la distribución o la dinamización de la otra, cuando en verdad se trata de figuras funcionalmente distintas y autónomas pero compatibles, cuya mutua complementación otorga coherencia y eficacia al subsistema del derecho probatorio.

Desde luego que si en el proceso no están demostrados los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial, el juez no puede en ningún caso declarar la consecuencia jurídica que ella consagra, independientemente de a quién se le imponga la obligación de aportar las pruebas que se requieren para la averiguación de la verdad. Lo contrario, por muy buenas intenciones que se esgriman mediante argumentos convincentes, implicaría necesariamente la desfiguración de la ley sustancial y la toma de partido del juez a favor de una de las partes, lo cual no es admisible bajo ningún pretexto.

La buena voluntad en que se funda la teoría de la distribución judicial de la carga de la prueba sería de estimar si no fuese por los resultados devastadores que se

²⁸ Leo Rosenberg. La carga de la prueba. Buenos Aires, 1956. p. 16.



derivan de su sugestiva inconcreción. En efecto, una deficiente actividad probatoria de las partes y del juez siempre puede evitarse mediante el empleo de las reglas de aportación y valoración de pruebas; y sus errores son corregibles mediante los recursos y mecanismos que ofrece el proceso civil, de suerte que las consecuencias adversas que acarrea su uso indebido son siempre humanas y, por tanto, enmendables. En cambio, la desmembración de los presupuestos de las normas sustanciales por medio de la distribución judicial de la carga de la prueba es una circunstancia irremediable, pues una vez que el juez crea estar autorizado para resolver el litigio con base en los supuestos de hecho que estime pertinentes según las circunstancias particulares de cada caso, no habrá posibilidad de hacer un análisis crítico de tal decisión, toda vez que se habrá dejado sin efecto el tenor literal de la norma sustancial, es decir que habrá desaparecido el parámetro objetivo de corrección y derrotabilidad de la sentencia civil.

Por ello es de sumo interés destacar la importancia del correcto entendimiento, ejercicio, alcance y limitaciones de la facultad que tiene el juez de tomar todas las medidas que estén a su disposición para la materialización de la justicia a partir de la consecución de la verdad (art. 37-4 CPC y art. 42-4 CGP), entre las cuales se halla, a no dudarlo, la imposición a una de las partes de la obligación de aportar pruebas si está en mejores condiciones de hacerlo, lo cual fue una medida que tuvo su origen en la jurisprudencia y actualmente está consagrada en el segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso.

De todo lo expresado se concluye que la única interpretación jurídicamente admisible del mencionado párrafo consiste en entenderlo como una *'regla de aportación o suministro de pruebas'* que se aplica hasta antes de dictar sentencia; siendo absolutamente distinta de *'la regla de cierre de la carga de la prueba'*, pues esta última es un imperativo sobre la correcta conformación de la decisión judicial y no admite excepciones, variaciones ni distribuciones de ninguna índole. Un entendimiento distinto supondría, de modo inexorable e inútil, el germen de la autodestrucción del principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico.

Sería inexorable porque es la única consecuencia que se deduciría de una interpretación que otorgue al juez la facultad de descomponer a su antojo los elementos estructurales de las normas sustanciales y exigir la demostración de los que considere pertinentes según las circunstancias particulares de cada caso, convirtiendo la sentencia en una decisión no susceptible de corrección objetiva mediante los recursos que los usuarios sustentan en la exigencia de aplicación de la ley. A fuerza de relajar las normas jurídicas y ablandar los procedimientos probatorios, el derecho derivaría en una mera ideología caracterizada por el deseo, la creencia subjetiva y la pérdida de neutralidad e imparcialidad del juez.

Sería inútil porque la materialización de la justicia por medio del descubrimiento de la verdad con relevancia jurídica no se logra con un aligeramiento de los requerimientos probatorios, en la medida que una hipotética distribución judicial de la carga de la prueba presupondría siempre la desfiguración del precepto sustancial al fingir probados los supuestos de hecho que no pudieron demostrarse en el proceso, lo que lejos de significar un acercamiento a la verdad implicaría un ocultamiento de la misma.



El descubrimiento de la verdad que interesa al proceso no se logra haciendo caso omiso del principio de necesidad de la prueba, sino con la correcta identificación del tema y el objeto de la prueba; con el cumplimiento de las partes del deber-obligación de aportar los elementos de conocimiento que están dentro de sus posibilidades reales; y, obviamente, con la inteligente, acuciosa y esmerada valoración racional de las evidencias por parte del juez.

Aunque en algunas oportunidades esta Sala ha aludido tangencialmente a una supuesta “*distribución judicial de la carga de la prueba*”, lo cierto es que tal conjetura jamás ha sido aplicada para la solución de un caso concreto; y, finalmente, las sentencias en las que se la ha mencionado se han resuelto –como todas las demás–, dependiendo de si en el proceso quedaron o no demostrados todos los supuestos de hecho que exigen las normas sustanciales en que se sustentaron los respectivos litigios.

La distinción funcional de los institutos de ‘*la carga de la prueba*’ y del ‘*deber-obligación de aportar pruebas*’ permite comprender la razón de ser de cada uno de ellos en el proceso, evitando confusiones innecesarias; y, sobre todo, cumpliendo el objetivo deseado de imponer deberes probatorios a la parte que está en mejores posibilidades materiales de hacerlo, sin afectar en lo más mínimo el principio de legalidad al que sirve la regla inamovible de la carga de la prueba.

4. La carga de la prueba no sólo se ha confundido con el deber-obligación de aportación de pruebas, sino que a menudo se invoca una supuesta “*distribución o dinamización de la carga de la prueba*” en casos en los que simplemente se trata de demostrar los enunciados fácticos mediante hipótesis indiciarias.

La construcción, valoración y contradicción de pruebas circunstanciales, indirectas o inferenciales se rige por las reglas específicas que para esos medios probatorios consagra el estatuto procesal, sin que sea admisible confundir tales operaciones del entendimiento con una especie de flexibilización o atenuación del principio de la necesidad de la prueba, pues siempre que existan hechos probados a partir de los cuales se pueda inferir la presencia de una presunción de hombre o de un indicio para demostrar la existencia de otros hechos que no pueden probarse directamente, las partes podrán sugerir o postular las hipótesis circunstanciales en sus alegaciones finales, y el juez tendrá que elaborar en la sentencia el respectivo razonamiento indiciario o presuntivo, según el caso, para evitar incurrir en un vicio de motivación por deficiencias en la valoración material de las evidencias.

Lo anterior, lejos de aliviar las exigencias probatorias, significa un estricto cumplimiento de las mismas en aras de la consecución de la verdad que resulta relevante para la solución del problema jurídico que ha de resolver la sentencia.

5. Finalmente, hay que recalcar que estas precisiones valen para toda clase de controversias judiciales, incluidos los procesos de responsabilidad común por los delitos y las culpas, en general, y los de responsabilidad médica, en particular; por lo que no existe ninguna razón para sostener que la regla contenida en el segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso es una excepción al principio de la carga de la prueba, o una incorporación de doctrinas foráneas sobre



“distribuciones *ad hoc* de cargas probatorias dinámicas”, cuyo resultado práctico conduciría a una usurpación por parte de los jueces de las competencias propias del legislador, al distorsionar el significado objetivo de las normas sustanciales.

El criterio de valoración racional de las pruebas impone a los jueces la obligación de motivar razonadamente su decisión sobre los hechos. Así lo estableció el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, según el cual «*la motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones (...)*». Lo anterior fue reiterado por el artículo 280 del Código General del Proceso, en los siguientes términos: «*La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones (...)*».

La motivación razonada de la decisión significa que las sentencias deben estar constituidas por un razonamiento lógico cuya conclusión sea el resultado de la demostración de los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial que contiene las consecuencias jurídicas que se reclaman en las pretensiones de la demanda. De ahí que las normas procesales en materia probatoria están concebidas para la finalidad de la averiguación de la verdad en el proceso; y, aunque tales reglas no garantizan estados de “certeza” ni “verdades absolutas” -porque no las hay, ni dentro ni fuera del proceso-, sí ofrecen la posibilidad de corregir la decisión sobre los hechos con relevancia jurídica a partir de su correspondencia con la base fáctica del litigio.

Por esa misma razón, el artículo 187 impone al juez la obligación de sustentar razonadamente sus conclusiones sobre los hechos: «*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de la solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*». Este mandato fue íntegramente reiterado por el artículo 176 del Código General de Proceso.

Bajo el sistema de la sana crítica, no es la mera autoridad del órgano judicial lo que otorga validez a la sentencia, porque el acierto de ésta no deriva de su legitimidad formal sino de la debida aplicación de la norma sustancial que rige el caso y de la correspondencia de sus enunciados fácticos con los hechos probados en el proceso (*veritas non auctoritas facit iudicium*); es decir que la autoridad del juez tiene que estar acompañada por la efectividad que la decisión alcanza cuando se adecua a la demostración de la verdad de la *causa petendi*, y esa racionalidad es controlable mediante los recursos a los que está sometida la providencia.

Tal es la función específica que cumple la vía indirecta, al ser la herramienta que permite la corrección de las conclusiones probatorias equivocadas en que se haya fundamentado la sentencia, para cuyo propósito el impugnante deberá satisfacer una carga argumentativa que será más o menos exigente, dependiendo de si la valoración de las pruebas por parte del sentenciador ha cumplido en mayor o menor medida con los criterios de racionalidad que la ley le ordena seguir.



Las incoherencias en los argumentos probatorios; su falta de correspondencia con los hechos; sus errores inferenciales; su inconsistencia con el marco valorativo metajurídico presente en el lenguaje expresado en la sentencia; la ausencia de confirmación del significado o contenido de las pruebas a partir de los conceptos de la disciplina jurídica, de la ciencia no jurídica, o de las reglas de la experiencia que se derivan del conocimiento del hombre común; y la improbabilidad de las hipótesis probatorias a la luz del análisis contextual de la información contenida en el conjunto de los medios de prueba, constituyen la materia de la argumentación del recurso que se cimienta en errores sobre la conformación de las premisas fácticas.

La carga argumentativa del recurso que denuncia errores probatorios consiste, entonces, en la demostración de la hipótesis fáctica más plausible a partir de la teoría de la probabilidad prevalente;²⁹ es decir que frente a la imposibilidad material de deducir certezas -por un lado-, y la inadmisibilidad de decisiones inmotivadas o sustentadas en la mera fuerza de la autoridad -por el otro-, han de preferirse las hipótesis que alcanzan un mayor grado de confirmación, plausibilidad, coherencia y consistencia a la luz del análisis contextual de los hechos probados en el proceso.

Ahora bien, el juez toma sus decisiones en materia probatoria en varios momentos procesales, que se pueden clasificar en los siguientes: i) cuando conforma el conjunto de medios o elementos que recogen la prueba desde su fuente y la llevan al proceso; ii) cuando valora la prueba individualmente y en conjunto, es decir que interpreta la información contenida en los medios de prueba; y, iii) cuando elabora el enunciado o premisa fáctica que ha de corresponder a los hechos que se invocan como sustento de las pretensiones, o sea cuando el juzgador expone sus conclusiones sobre los hechos a partir de la confirmación de sus hipótesis probadas.

El primer momento dice relación a la valoración de los requisitos formales o legales de la prueba. Estos requisitos son extrínsecos cuando corresponden al cumplimiento de las normas jurídicas que regulan la licitud del medio de prueba, las oportunidades procesales y las demás ritualidades que deben cumplir las partes para su petición, ordenación, aducción y práctica (legalidad). A su vez, los requisitos intrínsecos atañen a la correspondencia que debe haber entre la información aportada por el medio de prueba y los hechos que constituyen el *thema probandum*.

Estos requisitos son la conducencia, la pertinencia notoria y la utilidad manifiesta. (Art. 178 del C.P.C. y 168 del C.G.P.)

Los requisitos legales que deben cumplir los medios de prueba –tanto extrínsecos (decreto, incorporación y práctica) como intrínsecos (conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta)– sirven al juez para elaborar el juicio formal de admisibilidad y relevancia de la prueba, y su quebranto genera lo que la ley denomina “*error de derecho por violación de una norma probatoria*” (art. 368-1).

²⁹ No se trata de una probabilidad estadística o cuantitativa de tipo bayesiano porque ésta sólo informa sobre las frecuencias relativas en que ocurre un evento en una sucesión dada, sino de una probabilidad lógica o razonamiento abductivo que permite elaborar hipótesis. En: Jordi FERRER BELTRÁN. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 98, 120. || Michele TARUFFO. Teoría de la prueba. Lima: Ara Editores, 2012. pp. 33, 133, 276.



Las pautas formales para elaborar el juicio de admisibilidad y relevancia de la prueba están dadas de antemano por la ley, de manera que el juez debe verificar el cumplimiento estricto de tales requisitos, so pena de violar el debido proceso de las partes. En este punto no le es dable al juzgador entrar a discutir el mandato legal con la excusa de aplicar su '*sana crítica*', pues -se reitera- las exigencias formales que deben cumplir los medios de prueba son establecidas por la ley y el sentenciador debe limitarse a obedecer estrictamente tales mandatos.

Por otra parte, la valoración individual y en conjunto del contenido de las pruebas, y la elaboración de las conclusiones sobre los hechos probados corresponden –en sentido estricto– a la fase de apreciación material de las pruebas (art. 187 - 188 C.G.P.), es decir al desentrañamiento, develación o interpretación de su significado; o, lo que es lo mismo, a lo que la prueba dice respecto de su objeto, o a su correspondencia con los hechos, que es lo que determina la *calidad de la prueba* y el contenido de verdad de la decisión judicial.

Este es, finalmente, el momento en que la ley impone al juzgador la obligación de valorar razonadamente las pruebas "*de acuerdo con las reglas de la sana crítica*".

La valoración de las pruebas, en suma, se da en dos momentos procesales, a saber:

- i) al hacer el juez el juicio de admisibilidad de los medios de prueba mediante la verificación de los requisitos extrínsecos de licitud y legalidad (decreto, incorporación y práctica), y el juicio de relevancia a través de la comprobación de los requisitos intrínsecos (conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta); en cuyo caso las pautas de valoración formal están dadas de antemano por la ley y el sentenciador se limita a su aplicación, pues si llegare a separarse del mandato legal incurriría en violación del debido proceso.
- ii) al apreciar la prueba en su materialidad, mediante la asignación del valor que cada una de ellas posee según su contenido de verdad, y al estimarlas en conjunto y contexto según las reglas de la '*sana crítica*'. En este caso la valoración no está dada de manera *a priori* por la ley, sino que se determina a partir de la justificación (externa e interna) o motivación razonada que el juez hace de las decisiones que toma sobre los hechos con base en su recto raciocinio, experiencia, habilidades perceptivas e interpretativas, y preconcepciones hermenéuticas que le permiten contar con un trasfondo de referencia o contexto que imprime sentido a los datos arrojados por los medios de prueba.

El término "*sana crítica*" fue introducido a la teoría probatoria luego de su consagración en la legislación española de mediados del siglo XIX (artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855) para referirse "*al recto juicio de los jueces y tribunales en la apreciación de la prueba testifical*."³⁰ El concepto fue adoptado por el Código Judicial colombiano bajo las expresiones "*principios generales de la sana crítica*" y "*reglas de la sana crítica*" (Ley 105 de 1931, artículos 702 y 723) para referirse a la fuerza probatoria de los testimonios y el dictamen pericial,

³⁰ José de VICENTE Y CARAVANTES. Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento. Madrid: 1858, t. IV, p. 136.



respectivamente.

Hoy en día la sana crítica constituye el parámetro de valoración racional de todas las pruebas (arts. 187 C.P.C. y 176 C.G.P.) y alude a las reglas de la lógica (formal y no formal); las máximas de la experiencia; las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados; y los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos, a las que está sujeta la actividad probatoria de los jueces y sus respectivas conclusiones sobre los hechos que interesan al proceso.

La demostración lógica requiere *axiomas* y *reglas de inferencia*. Los axiomas son proposiciones básicas tan obvias que pueden afirmarse sin demostración. Las reglas de inferencia son los principios lógicos que justifican la obtención de verdades a partir de otras verdades. Entre las reglas de inferencia más comunes está el principio de identidad, que asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra. De éste deriva el principio de no contradicción, según el cual una cosa no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo y en el mismo sentido, como cuando un testigo declara haber visto a una persona en un lugar y tiempo determinados, entonces del mismo testimonio no se puede inferir que esta persona se encontraba en otro lugar al mismo tiempo. El principio de tercero excluido afirma que entre dos enunciados contradictorios uno de ellos tiene que ser verdadero, necesariamente; como cuando un experto afirma que un procedimiento médico siguió la *lex artis* y otro sostiene que la trasgredió, entre cuyas opciones una tiene que ser valorada como verdadera y la otra falsa. La otra gran regla de inferencia involucra la relación lógica de implicación (si...entonces), y está sustentada en el principio de razón suficiente, que indica que toda afirmación referida a la ocurrencia de un hecho tiene que estar sustentada en una hipótesis que la explique de manera consistente.

Estas son algunas de las reglas de la lógica que se estiman necesarias para elaborar argumentos probatorios de tipo deductivo, inductivo, o abductivo (hipótesis).

Las “máximas de la experiencia” son postulados obtenidos de la regularidad de los acontecimientos cotidianos, es decir que se inducen a partir de lo que generalmente ocurre en un contexto social específico.

El conocimiento científico afianzado, por su parte, son las teorías, hipótesis o explicaciones formuladas por la comunidad científica o ilustrada, respaldadas por la evidencia de sus investigaciones o experimentos. Generalmente se encuentran publicadas en textos académicos, revistas indexadas, artículos especializados, memorias de conferencias o simposios, etc.

También conforman las reglas de la sana crítica los conocimientos de humanistas, eruditos, expertos o técnicos (aunque no sean titulados) de reconocida solvencia artística, cultural, intelectual o práctica.

Las reglas de la experiencia son cambiantes porque el comportamiento humano también lo es. De igual modo, el conocimiento científico avanza sin ser infalible ni estático. Por ello, estos criterios son mutables y circunscriben las decisiones judiciales que en ellos se sustentan al ámbito de la probabilidad, es decir que no



otorgan plena seguridad o certeza, pero sí ofrecen razones objetivas para la elaboración de hipótesis altamente plausibles.

La sana crítica no es ni puede ser medio de prueba, pues su función radica en servir de marco de referencia (hermenéutico) para la valoración razonada de las pruebas, es decir que contribuye a la conformación del contexto de significado que permite al juez interpretar la información contenida en los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso. Por ello no se producen, practican, valoran o controvierten como se hace con los medios de prueba; aunque las partes tienen la posibilidad de aportar todos los elementos de prueba legalmente admisibles para aclararlas, explicarlas, ampliarlas o limitar su aplicación.

Al respecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha explicado:

*“Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo”.*³¹

Cabe recalcar que el conocimiento científico afianzado, como parte de las reglas de la sana crítica, tiene la misma implicación que consultar una enciclopedia, un libro de texto especializado, o un diccionario con el fin de desentrañar el significado de los conceptos generales que permiten comprender y valorar la información suministrada por los medios de prueba. De hecho, si la técnica probatoria permite y exige valorar las pruebas de acuerdo con las máximas de la experiencia común, con mucha más razón es posible analizar las probanzas según los dictados del conocimiento científico afianzado, sin el cual muchas veces no será posible saber si el órgano de prueba brinda o no una información que corresponde a la realidad.

La apreciación individual y conjunta de las pruebas según las reglas de la sana crítica no es un concepto vacío, ni una válvula de escape de la que el juez puede echar mano para dar la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, tabúes, posturas ideológicas, emociones, prejuicios culturales, políticos, sociales o religiosos, o a sus sesgos cognitivos o de “sentido común”. Es, por el contrario, un método de valoración de las pruebas que impone a los jueces reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez. Demandado: Hospital San Vicente de Paúl de Lorica y otro.



interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

La valoración del significado individual de la prueba es un proceso hermenéutico, pues consiste en interpretar la información suministrada por el medio de prueba a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para realizar tal labor, el juez debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba, es decir su adecuación o correspondencia con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, a partir de las cuales infiere la coherencia del relato, es decir su ausencia de contradicciones y su mérito objetivo.

La apreciación racional de la prueba en su singularidad se establece a partir de su consistencia y coherencia: una prueba es valiosa si la información que suministra explica la realidad a la que se refiere y no contiene contradicciones.

La suficiencia o plenitud de la prueba es siempre relativa al *thema probandum*, por un lado, y al contexto de referencia, por el otro, pues no existe una prueba completa en sí misma (a menos que la ley lo disponga expresamente), sino unos medios que proveen el conocimiento con la aptitud o eficacia para explicar las circunstancias en que se basa la controversia, a la luz de un análisis contextual de la realidad social, profesional o técnica en que se dan los hechos que se investigan.

Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a su análisis conjunto mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas, de suerte que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, es decir sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencial. Finalmente, todas las hipótesis probatorias comparecen ante el Juez de la experiencia, tanto de las circunstancias por ellas referidas como del marco de significado que las hace objetivamente consistentes y valiosas, de manera que encajen fácilmente como si se tratase de piezas de un rompecabezas, quedando por fuera todas aquellas hipótesis explicativas que no concuerdan con los enunciados probados por ser inconsistentes, incompletas o incoherentes (método de falsación).

La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en suma, trasciende las reglas estrictamente procesales porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades, sino que los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso, y esta función sólo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar completamente reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a «*un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático tan querido por los exégetas de las reglas procesales ordinarias*».³²

³² Michele TARUFFO, La motivación de la sentencia civil. Madrid: Trotta, 2011. p. 20.



Estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el juez de motivar las sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes.

Los patrones formales para establecer el valor material de las hipótesis probatorias generalmente son implementados de manera natural por los jueces, quienes no necesitan tener profundos conocimientos teóricos de tales asuntos para elaborar razonadamente sus inferencias sobre los hechos, pues su ingenio, preparación jurídica y experiencia les bastan para darse cuenta de si una conclusión de esa naturaleza es concluyente o, por el contrario, poco probable o contraevidente. Por ello se ha dicho de esa construcción racional (abducción) que *“el jurista versado la completa, sin excepción, tan rápido y tan alejado de toda reflexión que no le resulta consciente”*.³³

No obstante, la valoración probatoria por parte del juez puede producir mejores resultados, evitando caer en errores, si su entrenamiento práctico se guía por el conocimiento formal de los asuntos teóricos, teniendo en cuenta que la decisión judicial es, finalmente, la aplicación práctica de los conceptos jurídicos. El correcto entendimiento del significado de “las reglas de la sana crítica” es, entonces, la pauta objetiva que permite detectar los errores en que incurren los jueces cuando aprecian los hechos a la luz de sus sesgos cognitivos, tabúes psicológicos o prejuicios sociales, y no a partir de la racionalidad que impone la ley para establecer la correspondencia que debe haber entre sus enunciados fácticos y la realidad que dio origen al litigio.

La aplicación de los anteriores postulados a la valoración probatoria realizada por el Juez –tanto en la individualidad de los medios de conocimiento como en su conjunto–, impone dar la razón al recurrente, pues existen criterios objetivos para concluir que los enunciados fácticos a los que arribó el juez *ad quem* no se sustentaron en las reglas de la sana crítica, es decir que su sentencia estuvo desprovista de una motivación razonada sobre los hechos en que se fundamentó la decisión, lo que comporta necesariamente una infracción indirecta de la ley sustancial.

En efecto, respecto a la ‘actividad uterina irregular’ que presentó la señora Jenifer Tau Mesa el 19 de septiembre de 2014 en las horas de la mañana, el juez consideró que no era por sí mismo un signo de alarma a tener en cuenta, toda vez que la paciente no evidenció otros factores de riesgo asociados que llevaran al médico tratante a considerar la necesidad de someterla a una observación rigurosa.

Según el sentenciador *ad quem* *«no se probó que para ese momento y con miras a evitar riesgos a la salud o a la vida de la madre o de la persona por nacer, era forzosa la práctica del “tacto vaginal”, de la paciente y la consiguiente iniciación del trabajo de parto (natural o por cesárea). Prima facie, este tipo de decisiones es del resorte del médico que atienda esa etapa crucial del embarazo, cuyo comportamiento no podrá censurar el juez, sino únicamente en el evento en que*

³³ Arthur KAUFMANN. Filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Pág. 159.



riña con las pautas propias de la lex artis, lo cual impondría que –puesto en una situación fáctica similar– un obstetra cuidadoso no hubiera optado por solución distinta a la sugerida por los demandantes (orientada a la precipitación del “alumbramiento”).»

Para adoptar esa conclusión, al juzgador le bastó la opinión de uno del “testigo técnico” para establecer que su dicho constituía todo lo que hay que saber acerca de *lex artis ad hoc*; desconociendo que sus afirmaciones contradecían la evidencia científica, la información contenida en la historia clínica y el concepto sólido y bien fundamentado del perito Auxiliar de la Justicia médico Dr. Norbey Ibáñez, que presento Dictamen Pericial y que acudió al proceso a exponer y probar su criterio.

Es preciso aclarar, en primer lugar, que los expertos que acuden al proceso a exponer su criterio científico o técnico sobre aspectos generales de un área del saber no son testigos, contrario a lo que erróneamente creyó el Juez.

En nuestro proceso civil, un testigo es un tercero ajeno a la controversia, quien declara sobre algo que ha percibido directamente por cualquiera de sus órganos de los sentidos. El testigo da fe sobre las circunstancias de tiempo, modo, lugar, persona, objeto o causa que le constan porque las presenció; de ahí que cumple la función trascendental e irremplazable de llevar al proceso información sobre la ocurrencia de los hechos que interesan al litigio.

El testigo técnico en nuestro ordenamiento procesal es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten.

Los conceptos de los expertos y especialistas no pueden equipararse a los testimonios técnicos, pues cumplen una función probatoria completamente distinta a la de éstos, en la medida que no declaran sobre los hechos que percibieron o sobre las situaciones fácticas particulares respecto de las que no hubo consenso en la fijación del litigio, sino que exponen su criterio general y abstracto acerca de temas científicos, técnicos o artísticos que interesan al proceso; aclaran el marco de sentido experiencial en el que se inscriben los hechos particulares; y elaboran hipótesis o juicios de valor dentro de los límites de su saber teórico o práctico. Dado que el objeto de este medio de prueba no es describir las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos sobre los que versa la controversia, no tiene ningún sentido tomar juramento a los expertos sobre la verdad de su dicho, pues –se reitera– éstos no declaran sobre la ocurrencia de los hechos en que se fundan las pretensiones sino que rinden criterios o juicios de valor.

Tampoco es posible asimilarlos al dictamen pericial, porque aunque tienen una finalidad parecida, se alejan sustancialmente de la función que cumple este otro



medio de prueba, y no se rigen por sus rigurosas y restrictivas normas sobre aducción, decreto, práctica y contradicción.

Los conceptos o criterios de los expertos y especialistas son medios de prueba no regulados expresamente en el estatuto adjetivo, pero perfectamente admisibles y relevantes en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro ordenamiento procesal (art. 175 C.P.C.; y art. 165 C.G.P.), en la medida que son útiles para llevar al juez conocimiento objetivo y verificable sobre las circunstancias generales que permiten apreciar los hechos; no se oponen a la naturaleza del proceso; no están prohibidos por la Constitución o la ley; y el hecho alegado no requiere demostración por un medio de prueba legalmente idóneo o especialmente conducente.

Al igual que los demás medios de prueba, los conceptos de los expertos o especialistas deben ser apreciados singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que requiere tener en cuenta el método de valoración descrito líneas arriba, pues de lo contrario el sentenciador no habrá estimado razonadamente el acervo probatorio sino que estaría resolviendo la controversia según su íntima convicción, opinión o creencia, tal como hizo el Juez en este caso.

Entre dos conceptos opuestos entre sí –uno que permite deducir la culpa de la demandada y otro que no “el cual fue un testimonio del Dr. Tovar galeno que labora en la entidad demandada Clínica Tolima, el cual carece de objetividad, como quedo demostrado en cada una de las actuaciones realizadas durante el proceso por parte de la parte actora como se ha explicado en este escrito”–, el *ad quem* se inclinó por el segundo, afirmando que sus conclusiones fueron expuestas con coherencia y amplitud, cuando en realidad esa prueba careció de tales calidades.

Si bien es cierto que la ley procesal no establece una presunción de sospecha contra el declarante (en este caso especialista que rindió su concepto) por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas; tales circunstancias sí pueden afectar la credibilidad o imparcialidad del deponente, por lo que deben ser tomadas en cuenta con el fin de valorar la consistencia de la información contenida en el medio de prueba, a partir de su correspondencia con las demás pruebas y con el contexto.

Luego, ante dos conceptos de expertos, uno sin ningún tipo de relación con las partes y otro con un vínculo laboral de más de seis años (que pudo haber sido un agente desencadenante del daño dentro de la organización demandada), el Juez debió ser más cuidadoso al momento de otorgar toda la credibilidad al segundo, sobre todo cuando la experiencia muestra que la declaración de una persona que puede comprometer la responsabilidad patrimonial de su empleador no es igual de espontánea y exacta que la que se obtiene de un tercero completamente ajeno a los intereses de las partes. Este indicador, aunque no es *per se* demeritorio, como ya se explicó, debió llamar la atención del sentenciador para corroborar la consistencia y coherencia de la información aportada.



R.L. GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO
ABOGADO - ESPECIALISTA - CONCILIADOR

Una vez refutadas todas las proposiciones probatorias en que se sustentó la decisión acusada, se impone la necesaria conclusión de Apelar.

V. PETICIÓN DE CIERRE DE APELACIÓN

Con lo anterior, me permito solicitar muy respetuosamente a la Sala de los Honorables Magistrados del Tribunal se revoque la Sentencia de Primera Instancia, porque con el presente, cumplo con la obligación procesal de haber indicado de forma breve, precisa y concreta los reparos a la Decisión del juez de a quo por deficiente motivación sobre los hechos; al no haber valorado las pruebas singularmente y en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 322 del Código General del Proceso .

Asimismo, hay que manifestar que la Verdad y justicia deben ir siempre de la mano, pues tan absurda e inútil es la justicia sin verdad, como ésta sin aquélla. La pretensión de racionalidad de la decisión judicial a través del descubrimiento de la verdad y la materialización de la justicia está incorporada en el principio constitucional de la prevalencia de la ley sustancial sobre los ritos (art. 228 C.P.). El aludido principio fue consagrado en el estatuto adjetivo, al expresar que «*el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial*» (art. 11 C.G.P) al que tiene derecho Constitucional mis poderdantes.

VI. NOTIFICACIONES

Bajo la gravedad de juramento manifiesto a la Secretaría que este oficio fue enviado a los siguientes correos:

ofmy02scrschtsupiba@cendoj.ramajudicial.gov.co

j02cctoiba@cendoj.ramajudicial.gov.co

info@clenicatolima.com

gerencia@clenicatolima.com

jaley37@gmail.com

levvabogado@gmail.com

oscarvillanueva1@hotmail.com

Cordialmente,



GUILLERMO EDUARDO TRUJILLO

C.C. No. 93.381.597 de Ibagué

I.P. No. 248644 del C. S. de la Jud.