



De la serie Medellín zenit: Sin título 7
David Escobar Parra

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD MÉDICA, CONCEPTO DE PROBABILIDAD Y LAS GARANTÍAS PROCESALES*

* Artículo resultado de investigación del Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con cuya ponencia participó en el marco del XXVI Congreso de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Bogotá entre el 7 y 9 de septiembre de 2005 y en el que ocupó el primer lugar de 53 universidades nacionales e internacionales.

Fecha de recepción: Septiembre 4 de 2006

Fecha de aprobación: Octubre 18 de 2006

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD MÉDICA, CONCEPTO DE PROBABILIDAD Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo**

Rosmery Velásquez Herrera***

RESUMEN

Al igual que la ciencia, el proceso jurisdiccional en la mayoría de los casos está impedido para obtener verdades absolutas, no obstante esta complejidad, es inadmisibles negar de plano la verdad procesal de los hechos, y por lo tanto del proceso, debiendo adoptar como modelo de verdad el de correspondencia. Debido a este relativismo de la verdad procesal, en el que es más apropiado por lo tanto hablar de probabilidad, es necesario cumplir unas garantías procesales, que se prefieren denominar garantías de verdad.

No obstante, en los casos de responsabilidad médica, en que por dificultades técnicas-científicas se haga difícil o imposible demostrar la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, el Consejo de Estado ha decidido, por razones de equidad, morigerar el principio regulativo de la verdad como correspondencia en la jurisdicción y por ende de los principios probatorios, disminuyendo el módulo de prueba requerido en la decisión para obtener la justa decisión.

Palabras clave: responsabilidad médica, falla del servicio, relación de causalidad, daño, verdad, verdad procesal, modelo de verdad por correspondencia, convencimiento judicial, reducción del módulo de prueba, probabilidad prevalente, determinante o predominante, certeza, posibilidad, carencia de prueba, equidad, garantías procesales, teoría del riesgo.

APPRAISAL OF THE EVIDENCE IN THE RESPONSIBILITY BY THE MEDICAL ACTIVITY, PROBABILITY CONCEPT AND PROCESS GUARANTEES

ABSTRACT

As same as science, the jurisdictional process in most of the cases cannot obtain absolute truths, nevertheless this complexity, it is unacceptable to deny outright the procesal truth of the facts, and therefore of the process, shoulding adopt as model of truth that of correspondence. Due to this relativism of the procesal truth, in which it is more appropriated speak of probability, it is necessary to fulfill certain process guarantees, best-called guarantees of truth.

However, in the responsibility by the medical activity which because of the scientific-technical difficulties it gets difficult, not say impossible, to show the causality relation between the fault of the service and the damage, the State Council has decided, by reasons of equity, to moderate the regulative principle of the truth as correspondence in the respective jurisdiction and therefore as the probatory principles, diminishing the prove modulation required for obtain the just decision.

Key words: responsibility by the medical activity, fault of the service, causality relation, damage, truth, procesal truth, model of truth by correspondence, judicial conviction, diminishing prove modulation, predominant or determinate probability, certitude, possibility, deficiency of prove, equity, process guarantees, risk theory.

** Abogado de la Universidad de Antioquia y aspirante a Magíster en Filosofía de la Universidad de Antioquia.

*** Abogada de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. Profesora de la Universidad de Antioquia.

Este trabajo contó con la dirección del profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, la coordinación de la profesora Rosmery Velásquez y el trabajo de los estudiantes: Adriana María Ruiz Gutiérrez, Mayda Soraya Marín Galeano, Beatriz Eugenia Suaterna Hurtado, José Fernando Valencia Grajales, Edwin Andrés Gómez Muñoz, Gabriel Mario Serna

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD MÉDICA, CONCEPTO DE PROBABILIDAD Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

INTRODUCCIÓN

No cabe duda en que uno de los temas basilares en el derecho probatorio es la valoración de la prueba y las garantías procesales en torno a ella, ya que en la misma se ve reflejada la utilidad de toda la actividad procesal y probatoria realizada durante el trámite del proceso. Precisamente, en la valoración de la prueba por parte del juez en la sentencia o decisiones similares, se pretende declarar la verdad sobre los hechos frente a un determinado conflicto entre los ciudadanos en aras de realizar el bien justicia.

Esta declaración de la verdad ha sido bastante discutida, especialmente en lo atinente a su calidad. Gran parte de la doctrina puede calificarse de escéptica sobre si tal verdad corresponde o no con los hechos acaecidos en la realidad material. Este escepticismo ha conllevado a que tanto la legislación como la jurisprudencia hayan establecido figuras que de una u otra forma se constituyen en sucedáneos de la prueba, tales como las distintas modalidades de carga de la prueba y las presunciones, la aparición de mecanismos alternativos de solución de conflictos e, incluso, en materia penal aparecen figuras cuestionables como las de la aceptación o la conformidad del sujeto pasivo del proceso con los cargos a cambio de premios.

Además, las dificultades de obtener la verdad en los procesos judiciales ha hecho que aparezca en determinados casos de la jurisprudencia administrativa colombiana lo que se ha denominado probabilidad o verosimilitud prevalente, preponderante, predominante o determinante. Tal figura implica una disminución del módulo o estándar del grado de convicción al que debe llegar el juez para emitir sentencia.

Justamente, el presente trabajo pretende concentrarse en el concepto de probabilidad en el derecho probatorio y procesal. La relevancia de este tema obedece a que en los últimos años la jurisprudencia del Consejo de Estado ha creado una línea jurisprudencial que propone rebajar el estándar o el grado de prueba necesario para dictar una sentencia como respuesta a la problemática relacionada con pruebas del nexo causal en algunos casos de responsabilidad por la actividad médica. Posición que plantea no pocos retos para las garantías procesales, ya que se estarían emitiendo sentencias condenatorias, con duda probatoria y afectando el principio de la necesidad de la prueba.

Ante la problemática planteada, se tienen como objetivos los siguientes:

En primer lugar, analizar el papel que cumple el concepto de probabilidad en la valoración de la prueba de acuerdo con la doctrina y según las garantías procesales.

En segundo lugar, evaluar el concepto de probabilidad prevalente o preponderante de la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de establecer si acata las garantías procesales constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico colombiano.

La temática que a continuación se tratará, en aras de desarrollar los objetivos propuestos, se dividirá en tres acápites: en el primero, se analizará el concepto de probabilidad en las doctrinas nacional y extranjera, así como el papel que cumplen en la valoración de la prueba y las garantías procesales más importantes que la regulan; en el acápite segundo, se hará una evaluación del concepto de probabilidad prevalente de la doctrina del Consejo de Estado y, finalmente, en el acápite tercero se esbozará una propuesta sobre la forma como la jurisprudencia debe tratar el tema de la relación de causalidad en la responsabilidad médica.

1. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

1.1 De la probabilidad en la valoración de la prueba

1.1.1 La verdad procesal como correspondencia

La verdad como correspondencia es un principio regulativo; indica al juez que su conocimiento sobre los hechos debe adecuarse, corresponder con los eventos del mundo real sobre los que recae su decisión. No obstante, esta adecuación a la realidad de los hechos es probabilística o aproximativa y debido a ello es necesario cumplir unas garantías procesales con el fin de garantizar que el convencimiento que adquiere el juez se inscriba en el principio regulativo de la correspondencia.

El problema de la verdad de los hechos en los procesos judiciales, como lo advierte MARINA GASCÓN,¹ ha sido poco considerado dentro de la teoría de la argumentación, desconociendo su enorme complejidad y problemática toda vez que en él se manifiesta con mayor extensión la discrecionalidad del juez y, en consecuencia, su inclinación a la arbitrariedad.

En el plano general, TARUFFO, FERRAJOLI y GASCÓN² confluyen en plantear el problema de la adquisición de la verdad absoluta preguntándose si es posible el conocimiento de la misma o de un estado de certeza total, incuestionable, fuera de toda duda. Coinciden en rechazar categóricamente tal posibilidad. Para FERRAJOLI,³ la idea referida a que se puede lograr y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar. De la misma manera MARINA GASCÓN, para quien aseverar una verdad es un escepticismo tan noble como estéril que conlleva a bloquear y a limitar toda aspiración racional de disponer postulados racionales con respecto a la información sobre las modalidades del mundo.

Que la verdad “cierta”, “objetiva” o “absoluta” represente siempre la “expresión de un ideal inalcanzable”,⁴ acarrea como consecuencia directa la imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales; las que de manera similar a las teorías científicas nunca son clasificables como “verdaderas” en el sentido en que pueden ser excluidas por el hecho de poseer certidumbre de falsedad en sus proposiciones; se caracterizan por ser relativas, contingentes al estado o conjunto de conocimientos que posee el hombre. Dicho de otra manera: el análisis de las proposiciones empíricas vale, igualmente, para la verdad procesal, que también puede ser entendida como una verdad aproximativa respecto del ideal de la perfecta correspondencia (verdad objetiva).

En igual sentido, TARUFFO⁵ afirma que el proceso judicial no es una empresa filosófica ni científica y, como tal, puede prescindir de verdades absolutas, pudiéndose conformar con mucho menos, con verdades relativas, siempre y cuando ofrezcan una base sólida y suficiente para fundar en ellas la decisión. Si las verdades absolutas fuesen posibles no serían necesarias al proceso; a la vez, si ellas fueran imposibles no interesarían a los efectos que no son necesarios en el mismo.

«Si una justicia penal completamente «con verdad» constituye una utopía, una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad».⁶

² Al respecto, GASCÓN ABELLÁN, Marina –Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 1999, P. 47 y ss.– agrupa estas características sobre la verdad dentro del paradigma epistemológico denominado *objetivismo crítico*, que constituye la base de un modelo cognoscitivista de la prueba judicial.

³ Al respecto, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. p. 50.

⁴ Ibid.

⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. p. 177.

⁶ FERRAJOLI, Luigi., *Op. cit.* p. 45.

¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 33.

Por lo tanto, es imposible realizar un proceso judicial en el que se exija una verdad absoluta y, al mismo tiempo, incurrir en el extremo contrario de renunciar a la verdad conlleva a la estructuración de sistemas procesales sustancialistas o decisionistas de carácter totalitario. Por ello es inadmisibles negar *a priori* la verdad procesal de los hechos, y por lo tanto del proceso, sin dar una justificación razonable; tal como lo indica TARUFFO, es imprescindible desechar el pesimismo, pues según él, en concordancia con FERRAJOLI y MARINA GASCÓN, es posible obtener la verdad en el proceso, mediante la adopción de un modelo epistemológico de corte racionalista, es decir, de un criterio de análisis que permita de un lado, desechar el escepticismo sobre la verdad de los hechos en el proceso y, del otro, *en el plano procesal, determinar de manera racional la justicia y legalidad de la decisión.*

En el contexto propio del proceso jurisdiccional, afirma TARUFFO,⁷ la importancia de acoger *la verdad como correspondencia* alude al hecho de que la administración de justicia recrea dentro del proceso fenómenos de la vida real, en ningún caso sueños ni productos imaginarios; por lo tanto, parece obvia la idea de que el litigio se gana o se pierde con fundamento en la efectiva demostración de la realidad de los hechos, además de contar con una adecuada interpretación normativa. Esto permite introducir dentro del contexto procesal la exigencia de que exista una correspondencia entre la determinación judicial y la realidad a la que se refiere la decisión.

Por otra parte, repara TARUFFO, en la imposibilidad de la cultura jurídica occidental en abandonar toda calificación de verdad en la determinación de los hechos dentro del contexto del proceso, alegando que esa verdad es fruto exclusivo de irrepetibles o incognoscibles expresiones individuales del juzgador. La idea fundamental de la contextualidad de la verdad y por consiguiente de la irreductible relatividad de ella a la serie de contextos en que actúa en el asunto que nos ocupa, el del proceso, implica que cada contexto contiene exigencias y peculiaridades diferentes y por ello la idea de contextualidad relativiza más los contextos que las teorías de la verdad.

Criterios de la verdad, tales como el de la *"coherencia"* de una aserción dentro de un contexto narrativo. Este criterio pretende tener más aceptación que la teoría de la verdad como correspondencia, no obstante, carece de mayor fundamentación, basta decir para ello que la *"coherencia"* de la narración no garantiza la *"verdad"*; V.gr. la novela, modelo literario caracterizado por la coherencia perfecta del relato, sin embargo, los hechos narrados no tienen que ver con la verdad; de la misma

⁷ TARUFFO, Michele., Op. Cit. p. 171.

manera, puede predicarse de un testimonio coherente en el relato, pero falso. Al contrario de ello, la serie de narraciones que se realizan dentro de todo el proceso —diálogos y versiones de los sujetos procesales— tienen que ser coherentes entre sí, y guardar correspondencia con los hechos realmente acontecidos y que son materia de juzgamiento. Por ello es inaceptable admitir que lo que interesa en las narraciones y diálogos que se dan en el proceso es la estructura del discurso sin que importe la correspondencia con la realidad. Aunque existan contextos dentro del proceso en los cuales puedan darse aproximaciones metodológicas de este tipo, algunas veces con resultados positivos para el conocimiento de algún aspecto del proceso (ejemplo, las tácticas procesales de los abogados y las tácticas mediante las cuales éstos asumen y presentan las pruebas, lo cual muchas veces les genera resultados), pero lo que sí debe quedar claro, es que no puede admitirse que la verdad como coherencia del relato implica la insensatez de plantear el problema de la verdad como correspondencia. La acepción coherencia-verdad, no puede ser afectada al menos dentro del contexto del proceso.

MARINA GASCÓN⁸ advierte como, en el plano judicial, a más de la coherencia, la aceptabilidad justificada plantea importantes dificultades, pues no se afirma que un conjunto de enunciados sobre los hechos sea verdadero porque resulte íntimamente coherente o porque sea aceptado o resulte más simple que los otros, sino porque los hechos que describe han sucedido realmente. Y así como el juez exhorta al testigo a decir la verdad, él cuando declara ciertos hechos como verdaderos pretende reconstruir la realidad, aportar información empírica sobre los hechos en cuestión y no pretende con tal declaratoria de verosimilitud formular un enunciado que sea coherente con otros o que pueda ser aceptado por cualquier razón.

GASCÓN propone de manera recurrente el modelo cognoscitivista, ya que, según indica, el concepto de verdad requerido por tal modelo es el semántico de verdad como correspondencia o adecuación, no el de verdad como coherencia o aceptabilidad justificada. Estos son criterios de verificación, pero no de verdad; de ahí, que sean *"inaceptables en la jurisdicción: pues para justificar las decisiones judiciales, no es suficiente que "satisfagan" o que "tengan éxito" o que sean "aceptadas" ni siquiera unánimemente, sino que es necesario que sus presupuestos fácticos sean verdaderos en el sentido de la correspondencia de los hechos"*⁹.

El modelo cognoscitivista postula una relación entre el sujeto cognoscente y el mundo real que permite calificar los acontecimientos como verdaderos o falsos,

⁸ GASCÓN, Op. cit., p. 64.

⁹ FERRAJOLI, Op. cit., p. 68.

dependiendo de si han sucedido o no. “Que las condiciones y obstáculos teóricos e institucionales para alcanzar el conocimiento impidan hablar de “verdades absolutas” no invalida el modelo. Pone de manifiesto que hay que tomar conciencia del carácter relativo y no absoluto del conocimiento alcanzado y que tal vez por ello sea preferible hablar de “probabilidad” o conocimiento “probable” en lugar de verdad. A pesar de esto, un conocimiento probable sigue siendo un conocimiento objetivo, pues la falta de certeza absoluta no puede conducir a ignorar que existen diferentes grados de certeza.

Los criterios de coherencia y aceptabilidad justificada servirán de método de confirmación o refutación de las hipótesis probatorias; por lo tanto, no son un método de descubrimiento o de verificación de la verdad. En lugar de ello, estos criterios ayudan al juez a indicar cuál es la hipótesis que debe ser preferida a las demás que concurren al proceso.

Ahora, FERRAJOLI asevera que la contraposición entre estos criterios de verdad —coherencia y aceptabilidad justificada— con la teoría de la verdad por correspondencia nace de un equívoco, pues según él, mientras la “correspondencia” desde la definición de TARSKI, es el *significado* de la palabra verdad,¹⁰ la “coherencia” y la “aceptabilidad justificada” son *criterios* de (decisión de la) verdad. “La coherencia, impone considerar falsa a una proposición si está en contradicción con otra reputada verdadera o si es derivable de ella otra reputada falsa y considerarla verdadera si se deriva de otra reputada verdadera o si está en contradicción con otra reputada falsa; la aceptabilidad justificada es el criterio que permite reputar verdadera una proposición con preferencia a otra cuando, de acuerdo con otras

¹⁰ ALFRED TARSKI citado por FERRAJOLI, dilucida el significado del término «verdadero» enunciando que una «proposición P es verdadera si, y sólo si, p», donde «P» está por el nombre metalingüístico de la proposición y «p» por la proposición misma: V.gr., «la oración ‘la nieve es blanca’ es verdadera (P), si y sólo si, la nieve es blanca (p)». Esta equivalencia semántica es al mismo tiempo predicable de la proposición fáctica y jurídica en la que se puede descomponer la proposición jurisdiccional. De ahí, que siguiendo a FERRAJOLI, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera, si y sólo si es verdadera tanto fáctica como jurídicamente. Esta definición Tarsikiana de verdad procesal aparentemente trivial en su formulación, trasciende a reconocer que para hablar de una proposición en determinado lenguaje hay que disponer de un metalenguaje más rico, en el que se pueda hablar simultáneamente de la proposición misma, y del hecho al que ella se refiere, aludiendo a la relación de *correspondencia* entre ambas, o lo que es lo mismo en términos de una correspondencia ontológica para la filosofía moderna: La verdad de una oración consiste en su acuerdo o correspondencia con la realidad. Esta teoría de la verdad como correspondencia, permite emplear el término sin implicaciones de tipo subjetivista o realista-metafísico, de ahí que sea posible «hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos «verdadero» y «falso» para designar la conformidad o disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquellos». FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 49.

aceptadas como verdaderas, resulte dotada de mayor alcance empírico, como conclusión de una inferencia inductiva o como premisa de una inferencia deductiva”.¹¹

Ambos criterios de verdad —coherencia y aceptabilidad justificada—, son *criterios subjetivos* conforme a los cuales el juzgador evalúa y decide sobre la verdad o fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción de hecho y de las interpretativas de su calificación jurídica. Estos son, pues, necesarios para establecer la verdad en el plano sintáctico y pragmático, pues en el plano semántico, se alude a la correspondencia “sólo por lo que sabemos y sólo de forma aproximativa”; pues, este criterio es el único que indica el significado de la palabra “verdadero”, como también de los términos de “fiable”, “probable”, “verosímil”, “plausible” o similares, indicando la correspondencia argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, previo análisis de los hechos juzgados y de las normas aplicadas. Además, la concepción de la correspondencia es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática¹².

FERRAJOLI indica, siguiendo a POPPER,¹³ que lo que “llamamos ordinariamente como “verdad” es la correspondencia con los hechos, más bien que a la coherencia o a la utilidad práctica “El juez que exhorta al testigo a que diga la verdad y nada más que la verdad, no le exhorta a decir lo que considera útil, sea para sí mismo, sea para alguien más. El juez exhorta al testigo a decir la verdad y nada más que la verdad, pero no dice ‘lo que queremos de usted es que no incurra en contradicciones’, que es lo que debería decirse si se creyera en la teoría de la coherencia. En otras palabras, no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de verdad tal como se emplea en el juzgado”.

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

A propósito de este ideal de correspondencia, MARINA GASCÓN llama la atención, de una manera original, sobre la necesidad de establecer unas garantías epistemológicas para lograr que la verdad obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad real. Postula como primera la garantía epistemológica, consisten-

¹¹ Ibid., p. 66.

¹² Ibidem, *Op. cit.* p. 66.

¹³ POPPER, Karl. *Conocimiento Objetivo*. Citado por FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 89.

te en que: "En la formulación del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante la contrastación empírica (directa o indirectamente)".¹⁴

Aceptar el concepto relativista y aproximativo de la verdad procesal, con respecto a la verdad como correspondencia, conlleva a dilucidar que existen *grados o medidas de conocimiento* que necesariamente se sitúan a lo largo de una escala en la cual pueden ser ordenados, distinguidos y comparados. En un extremo se halla el desconocimiento, pasando por la posibilidad y probabilidad y en el extremo opuesto aparece la verdad absoluta. Sin embargo, debe considerarse que este último constituye un valor de referencia, un *valor tendencial que no puede ser alcanzado, pero que sirve para orientar y concretar los valores "relativos concretos" que se sitúan entre los dos extremos de la escala.* Un grado de conocimiento es un "grado" en la medida en que se coloca en un punto intermedio entre el desconocimiento y la verdad absoluta de algo¹⁵.

La razón por la cual la verdad de los hechos dentro del proceso judicial es probabilística es que el razonamiento que se hace a partir de las pruebas es de carácter inductivo, pues se trata de hacer inferencias a partir de premisas que no son seguras ni ciertas. Esto es así en la medida en que normalmente admiten varias explicaciones alternativas y en que su verdad no es demostrada lógicamente a partir de las premisas, sino que es sólo probada como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con unos o varios principios de inducción.¹⁶ Por ello, el conocimiento que proporcionan las pruebas en el proceso admite grados, que dependen de su mayor aproximación a la verdad, lo cual se determina a partir de los criterios de verdad.

De lo anterior surge la necesidad de insistir en la distinción entre la verdad como correspondencia y los criterios de verdad. El primero, como se ha visto, es el modelo límite, regulativo o ideal al que debe llegarse en los procesos judiciales, y los segundos, como se verá en el acápite siguiente, indican los criterios de aceptación de una hipótesis fáctica para ese modelo regulativo. Tales criterios se consideran subjetivos toda vez que hacen referencia a la aceptación, por parte del juez,

¹⁴ GASCÓN, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵ TARUFFO, *op. cit.*, pp. 179-180.

¹⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 53. El juez al igual que el historiador, examina las pruebas y no los hechos objeto de juzgamiento, pues éstos escapan a su observación, mientras aquellos, le posibilitan interpretar el pasado a pesar de ser experiencias presentes. Esta ilación de hechos probatorios del presente con los hechos probados del pasado, es representado como una inferencia inductiva, en el que la conclusión es una hipótesis probabilística, en el que su verdad no está «demostrada como lógicamente deducida de las premisas, sino sólo probada como lógicamente probable o razonable-

de una proposición fáctica como verdadera.¹⁷ Puede deducirse entonces que el grado máximo de verdad al cual puede aspirarse en un proceso judicial es el de la certeza subjetiva.

Ahora bien, este es el máximo grado al que puede llegar el juez en la valoración de la prueba; por tanto se rechaza la posibilidad de llegar a una certeza objetiva. Para llegar a esta conclusión se parte de la diferencia que existe entre la probabilidad objetiva y la subjetiva, aclarando que lo posible es la valoración subjetiva de la probabilidad realizada por el juez en relación con las pruebas y los indicios concretamente disponibles. Verdad objetiva significa «probabilidad» o «verdad probable» y la verdad subjetiva es el criterio de la aceptación de una hipótesis como «probable» o «probablemente verdadera»¹⁸.

En síntesis, la verdad en los procesos judiciales es relativa, contingente respecto al conjunto de hechos. No obstante, negar una verdad cierta o absoluta en ningún caso implica renunciar a la consecución de la verdad judicial; sólo se admite que ésta es probabilística o aproximativa, por lo que admite grados de convicción, cuya máxima categoría es la certeza subjetiva que se forma en el intelecto del juez, la cual debe corresponder o adecuarse a la realidad de los hechos.

A esta altura del presente escrito cabe cuestionarse sobre la posibilidad de tener algún estándar mediante el cual pueda darse por probada una proposición sobre los hechos. A este respecto, FERRAJOLI¹⁹ propone lo siguiente: se parte de que ninguna prueba es suficiente para suministrar una justificación absoluta de la inducción judicial, por lo que se pregunta: ¿cuáles son las pruebas y las contrapruebas necesarias que permite su justificación, aunque solo sea relativa? ¿Cuáles son las condiciones en presencia de las cuales una o varias pruebas son adecuadas o convincentes y en ausencia de cuáles no lo son? La respuesta a esto se identifica con las garantías procesales, cuya satisfacción justifica la libre convicción del juez, esto es, su decisión sobre la verdad fáctica en el proceso. Tema éste que se analizará en el siguiente acápite.

mente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción.». Es por ello, que un mismo conjunto de acontecimientos y de datos probatorios admiten varias explicaciones alternativas, de acuerdo, a las pruebas recogidas. Afirma FERRAJOLI, que debido a lo anterior, la investigación judicial al igual que cualquier otra explicación o investigación, deba acoger la hipótesis más simple, más explicativa, y más acorde con las pruebas y conocimientos obtenidos con anterioridad.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 65-69.

¹⁸ *Ibid.*, p. 149.

¹⁹ *Ibid.*, p. 147.

1.2 La valoración racional de la prueba como un derecho fundamental

1.2.1 La prueba como un derecho fundamental

El artículo 29 de la Constitución Política recoge una serie de derechos o garantías procesales con carácter de fundamentales, los cuales constituyen una referencia de todo el derecho procesal; entre ellos establece el derecho a la prueba, consignándolo en los siguientes términos: *Toda persona tiene derecho a [...] "presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra"*. De lo que se trata es de reconocer que toda persona tiene derecho a demostrar los hechos en los que basa una pretensión o una excepción; buscando que se apliquen determinados efectos jurídicos²⁰.

La Corte Constitucional, al referirse al derecho a la prueba como uno de los componentes del derecho de defensa consagrado en la Constitución y en los tratados internacionales, ha dicho:

"Una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa es el derecho a utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En este sentido, el artículo 29 de la Constitución Política indica que, quien sea sindicado, tiene derecho a "presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra".

De la misma manera, el derecho internacional consagra la protección al debido proceso y, en particular, al derecho a la prueba. Es importante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al derecho interno mediante Ley 74 de 1968, expresa en su artículo 14:

«3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

²⁰ Al respecto, PÉREZ RESTREPO, Daryluz, *La prueba anticipada de declaración de parte en el Código de Procedimiento Civil colombiano: una aproximación desde el derecho constitucional a la prueba*. Medellín, 2004. Tesis de grado (abogada). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. p. 11 y ss.

[...]

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;»

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Ley 16 de 1972) indica:

«2. Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.»²¹

En este mismo sentido, la Corte Constitucional²² ha considerado que "El surgimiento del interés de otorgar una base jurídica al proceso y la búsqueda de reglas y principios que deben ser aplicados por el juez en el momento de interpretar una norma, hace indispensable la aparición del derecho a la prueba y por ende del derecho a la valoración de la prueba"

Siguiendo al profesor TULLIO ELÍ CHINCHILLA²³, en cuanto al carácter fundamental de los derechos, existen tres elementos que es bueno analizar con respecto al derecho a la prueba: el primero de ellos es que la existencia del Derecho Fundamental significa que posea una categoría especial dentro del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, la protección a cualquier tipo de violación de este derecho se realiza a través de un mecanismo procesal creado por el constituyente para salvaguardarlo de manera pronta y eficaz (Acción de Tutela). Por último, su consagración dentro del capítulo de los derechos fundamentales ratifica expresamente la categoría del derecho a la prueba.

De otra parte, el autor español JOAN PICÓ I JUNOY,²⁴ hablando respecto al derecho a la prueba, lo define como "*aquel que posee el litigante consistente en*

²¹ Sentencia T-589 de 1999 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Reconocen también el derecho a la prueba, entre otras sentencias de la Corte Constitucional: C-1290 de 2000, C-617 de 1996.

²² Auto 024 94 Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

²³ CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis, 1999. p. 3.

²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 19.

la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.

Por tratarse de un derecho fundamental tiene un doble carácter: uno objetivo que se refiere a la obediencia que la ley, los decretos y demás normatividad deben guardarle a la Constitución Política. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: “Con arreglo al artículo 4 de la Constitución, que es norma de normas, quienes tienen la atribución de aplicar las de la ley deben buscar, propiciar y preferir la interpretación y aplicación de éstas que mejor se ajusten a los mandatos superiores y procurar en todo caso, con mayor razón, que, en caso de duda, el entendimiento seleccionado no implique pugna o ruptura con el sistema jurídico que la Carta Política insta”²⁵.

El otro carácter que se le reconoce a los derechos fundamentales es el subjetivo, que reconoce unos titulares de dichos derechos, quienes los ejercen y pueden solicitar su protección. Al respecto, la Corte constitucional se pronuncia de la siguiente manera:

“La prevalencia de los derechos fundamentales, impone un sentido de solidaridad que mira a la real situación de las personas, adecuando a esta circunstancia el derecho. Es lógico que ningún derecho se dispone en sentido absoluto; frente a él se establecen deberes, también fundamentales, cuyo cumplimiento no es condición para el ejercicio de las libertades básicas, sino que tienen su razón de ser en el logro de un orden social justo, en el cual todos razonablemente cooperen en forma solidaria, con sentido de identidad nacional, al logro de los fines estatales...”²⁶

El autor JOAN PICÓ I JUNOY,²⁷ citando al tratadista HERNANDO DEVIS ECHANDÍA en su obra *Teoría General de la Prueba Judicial*, dice que “La inexistencia del derecho a la prueba comportaría respecto de la parte demandada la falta de audiencia bilateral, de un contradictorio efectivo, de la exigencia constitucional de oírlo y vencerlo para condenarlo, y respecto a la parte demandante “resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho”.

El derecho a la prueba implica su reconocimiento y protección en las diferentes fases en que la actividad probatoria se desarrolla así: el aseguramiento, la admi-

²⁵ Sentencia T-243 de 1998. M.P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

²⁶ Sentencia T-124 de 1993. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

²⁷ PICÓ I JUNOY, *Op. cit.*, p. 19.

sión, la práctica y la valoración de la prueba.²⁸ Con respecto a esta última fase el derecho a la prueba implica que el medio de prueba sea valorado en la sentencia con la debida motivación, pues si lo que busca la prueba es lograr el convencimiento del juez, si éste no lo toma en consideración en su sentencia está convirtiendo el mencionado derecho en una ilusión. Esta exigencia está consignada en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil que enuncia el contenido de las sentencias: “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”.

Sólo por medio de una valoración de los medios de prueba, debidamente expresada en la parte motiva de la sentencia, el derecho a la prueba logra su dimensión y sólo de esta manera el litigante sabe cuál fue el valor de convicción que cada medio probatorio por sí solo y en conjunto le llevó al juez y cuál fue el raciocinio que llevó a determinado resultado en la sentencia. Al respecto, la Corte Constitucional²⁹ expresó: «Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela”.

La Corte Constitucional,³⁰ también ha señalado que no basta una simple evaluación del juez del material probatorio sino que: “A lo anterior debe añadirse que el derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte.”

La citada Corporación, al respecto, ha considerado:

“Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adop-

²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería el Profesional. Décima Segunda Edición. 2002. p. 111-113. Asimismo, Sentencias de la Corte Constitucional T-694 de 2000, SU-087 de 1999, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, Agosto 28 de 1997.

²⁹ Ver Sentencia T-555 de 1999 –M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ–, citando su anterior jurisprudencia T-329 de 1996.

³⁰ Sentencia T-555 de 1999. MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

ción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales³¹.

En la sentencia T-055 de 1997 –M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, se determinó:

“El campo en el que la independencia del juez se mantiene con mayor vigor es el de la valoración de las pruebas. Ello por cuanto el juez de la causa es el que puede apreciar y valorar de la manera más certera el material probatorio que obra dentro de un proceso. Él es el que puede sopesar de la mejor manera los testimonios, el que ha concurrido a las inspecciones judiciales y el que conoce a las partes y a su entorno. Por eso, la regla general de que la figura de la vía de hecho solamente puede tener aplicación en situaciones extremas debe ser manejada de forma aún más restrictiva cuando se trata de debates acerca de si el material probatorio fue valorado en la debida forma. Solo excepcionalmente puede el juez constitucional entrar a decidir sobre la significación y la jerarquización de las pruebas que obran en un proceso determinado, puesto que él no ha participado de ninguna manera en la práctica de las mismas”.

Dada la importancia de la independencia judicial en el derecho probatorio la Corte Constitucional³² ha establecido:

“Es precisamente el reconocimiento por parte del Estado de la falibilidad del juez, el que permite que exista recursos judiciales, impedimentos, recusaciones [...] el régimen jurídico de la prueba y la contradicción, entre otras fórmulas que pretenden eliminar o, cuando menos hacer inferiores los márgenes de error o de injusticia en los procesos, garantizar los derechos de las partes y, [...] conseguir –sin detrimento de lo anterior– la certeza y la firmeza de las decisiones judiciales”.

En este mismo sentido, el procesalista español GONZÁLES LAGIER³³ expone una interesante tesis acerca de la valoración de las pruebas señalando que dicha

³¹ Sentencia T-442 de 1994 MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

³² Sentencia C-221 de 1992.

³³ D. GONZÁLES, Lagier. «Derecho a la Prueba y Racionalidad de las Decisiones». En: *Jueces para la democracia, información y debate*. No. 47 (2003), p. 27-33.

valoración debe ser racional e implica varias exigencias: valorar individualmente cada medio probatorio, pues sólo después de este análisis, se podrán apreciar las pruebas en su conjunto;³⁴ si así no se hace, se vulnera el derecho a la prueba. Además, la valoración del material probatorio debe estar en consonancia con la racionalidad, en la cual el juez regido por la libre valoración de las pruebas debe apreciarlas según las reglas de la racionalidad y la lógica, excluyendo concepciones según las cuales se asimila la prueba del hecho al convencimiento psicológico del juez.

Ahora bien, no sólo el derecho a la prueba regula la valoración probatoria, sino que existen otros derechos o principios probatorios que interfieren en esta tarea. Estos, a grosso modo, coinciden con algunas de las reglas epistemológicas que la procesalista española le ha asignado a la valoración de la prueba, tema que se tratará a continuación.

1.2.2 De la motivación en la valoración de la prueba

Tal como se ha advertido, la valoración consiste en la verificación de los enunciados fácticos y en la estimación de su correspondencia con los hechos que describe; de ahí que la motivación no sea *innecesaria ni imposible*. Al contrario, frente a la ausencia de la misma, es decir, de la explicitación de las razones que apoyan la verificación de los enunciados fácticos, la libre valoración se convertiría en valoración discrecional, libre, arbitraria y subjetiva³⁵. Por consiguiente, se haría nugatorio el derecho a la prueba si no se hace una adecuada motivación de la valoración, ya que afecta la posibilidad de refutación de los argumentos probatorios que el juez utiliza en la sentencia para declarar la verdad en el proceso. En este sentido hay que decir que la motivación es también un derecho fundamental.

Para FERRAJOLI³⁶ la motivación es una garantía epistemológica, y como tal la considera una exigencia del Estado de Derecho, entendida como un medio para evitar la arbitrariedad del poder y otorgar una dimensión político-jurídica a los individuos y sus derechos; también implica el fundamento en la legitimidad de los jueces toda vez que los individuos no se conforman con una simple apelación a la autoridad, sino que exigen razones con respecto a las decisiones jurisdiccionales.

Como ha observado TARUFFO,³⁷ la motivación es objeto de una garantía específica, que hace posible un control posterior sobre las razones presentadas por el

³⁴ En el mismo sentido, PICO I JUNIOY, *Op. cit.*, p. 28-29.

³⁵ GASCÓN, *Op. cit.*, p. 189 y ss.

³⁶ FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 152 y ss.

³⁷ TARUFFO, *Op. cit.*, p. 435.

juez como fundamento de la decisión. La motivación es, pues, una justificación racional, cuyo objetivo fundamental es permitir el control sobre la racionalidad del juzgador. Así mismo, la motivación se aplica a la valoración de las pruebas y el juicio sobre los hechos, precisamente como garantía de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas.

1.2.3 De las reglas epistemológicas y las garantías procesales en la valoración de la prueba

Reconociendo la naturaleza falible de los resultados probatorios, MARINA GASCÓN formula otras reglas metodológicas o garantías de verdad con el fin de aproximar esos resultados a la verdad tanto como sea posible. Entre ellas se encuentran:

La segunda regla: *“Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico, es necesaria prueba del mismo, sea éste observacional, deductivo o inductivo”*³⁸. Esta regla epistemológica coincide, *grosso modo*, con el principio de la necesidad de la prueba, el cual es una de las garantías que aseguran la verificación y la refutación de las proposiciones judiciales.

Para el legislador colombiano la necesidad de la prueba significa que la decisión judicial sólo puede basarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso —Art. 174 C.P.C.—, lo cual significa que ante la ausencia de prueba al juez le está proscrito suplirlas con su conocimiento privado y además las pruebas deben dar una convicción cierta o en todo caso superar el estado de la duda razonable.

La necesidad de prueba en el sistema penal, según FERRAJOLI,³⁹ también significa que para dar por probada la hipótesis acusatoria es necesario que se encuentre confirmada por plurales pruebas, vale decir, por un sistema coherente de datos probatorios «graves, precisos y concordantes».

La tercera regla epistemológica indica: *“Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzguen debe poder usarse”*⁴⁰. Esta regla hace referencia a la libertad de medios de prueba, el cual es consagrado como un principio procesal por la legislación colombiana, con el fin básicamente de eliminar obstáculos para la obtención de la prueba. Los obstáculos

³⁸ GASCÓN, *Op cit.*, p. 82.

³⁹ FERRAJOLI, *Op cit.*, p. 150.

⁴⁰ GASCÓN, *Op cit.*, p. 115.

epistemológicos a esta libertad de prueba han sido resumidos por GASCÓN ABELLÁN⁴¹ así:

Estas limitaciones probatorias se clasifican en reglas de dos tipos, la primera clase está constituida por aquellas que coadyuvan a la averiguación de la verdad, rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico, como es el caso del escrito anónimo, el reconocimiento por fotografía y el testimonio de referencia. Y las segundas, limitaciones probatorias, se enderezan primariamente a la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes; estos los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Son ejemplos de ello: la prohibición de la prueba ilícitamente obtenida, o la prohibición “bajo secreto de Estado” de usar como pruebas documentos que puedan afectar la seguridad de dicho organismo.

De otro lado, las presunciones legales, las *iuris tantum* y las *iuris et de iure*, o normas⁴² que para garantizar determinados valores obligan a reconocer una situación como verdadera, pero dejan la posibilidad, las primeras, de destruir esa conclusión mediante prueba en contrario, mientras que las segundas establecen el particular efecto jurídico de dar por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción ni prevista.

La cuarta regla epistemológica: *“Se proscribire el esquema de valoración tasada y se impone el de la libre valoración interpretado como un principio metodológico [negativo] que permite al juzgador no dar por probados [enunciados sobre] hechos que se estimen insuficientemente probados”*.⁴³

Advierte MARINA GASCÓN que este principio metodológico negativo no dice nada de cómo valorar, de cómo determinar el grado de aceptabilidad de una hipótesis. Pero esto es resoluble, por el modelo cognoscitivista —objetivismo crítico— que proscribire algunos criterios de valoración, entre ellos: i) la íntima convicción por sí misma no puede probar nada, de ahí, que la valoración no deba entenderse como convicción íntima, intransferible, incomunicable; ii) deben establecerse esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis. En el intento de racionalizar la valoración de la prueba, MARINA GASCÓN plantea que los modelos más desarrollados son los esquemas (inductivos) del grado de confirmación; según esos, una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles; por lo tanto tendrá el juzgador en la valora-

⁴¹ *Ibid.*, p. 125 y ss.

⁴² Afirmar que las presunciones son normas jurídicas reviste gran importancia, pues, esto significa que la conclusión de la presunción no puede ser tratada como una descripción de la realidad.

⁴³ *Ibid.*, p. 115, 157-161.

ción de la prueba que someterla a sucesivas confirmaciones y refutaciones. Para esto debe cumplir tres requisitos:

- 1) *La confirmación*: es la probabilidad, la credibilidad de la hipótesis, y ésta aumenta o disminuye, según: a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las reglas y máximas de experiencias usadas; b) la calidad epistemológica de las pruebas que la confirman; c) el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas que la confirman; d) la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones, lo que indica que a mayor número de confirmaciones del conjunto de conocimientos, mayor será el grado de probabilidad, y también cuanto más variadas sean las pruebas que la confirman.

De este punto se desprende la quinta regla epistemológica que indica: "No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y por tanto debería ser admitida"⁴⁴. Al respecto, FERRAJOLI⁴⁵ considera: «Ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza inexpugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. No existen, en rigor, pruebas suficientes». Debe entenderse por prueba necesaria aquella útil para formar la convicción del juzgador, en la medida en que contribuye a aumentar el grado de probabilidad de la hipótesis que con ella se pretende probar.

- 2) *La no refutación*: este requisito indica que las pruebas encontradas no se hallen en contradicción con la hipótesis. De aquí se deriva otra importante regla, la sexta: "Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de contrariedad)"⁴⁶. Esta regla equivale al principio de la contradicción de la prueba en la legislación colombiana.

Para FERRAJOLI⁴⁷ la garantía del contradictorio, o la posibilidad de la refutación o de la contrapueba, es más importante que la necesidad de la prueba. En efecto, si la verificación de una hipótesis es imposible, dado que su verdad no puede ser demostrada sino sólo confirmada, es en cambio posible su refutación. Y mientras que ninguna prueba o confirmación es suficiente para justificar la libre convicción del juez sobre la verdad de la acusación, una sola contrapueba o refutación es suficiente para justificar el convencimiento contrario. Esta es la garantía de la defensa.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 115, 183 y 184.

⁴⁵ FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 135.

⁴⁶ GASCÓN, *Op. cit.*, pp. 115, 184 y 185.

⁴⁷ FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 150.

Para MARINA GASCÓN,⁴⁸ "El sometimiento a refutación de las hipótesis es la "prueba de fuego" para poder aceptarlas. Por eso puede afirmarse que la refutación de las hipótesis, o mejor, el intento de refutarlas "es la savia del actual derecho procesal probatorio".

- 3) *La mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos*. Para ello MARINA GASCÓN,⁴⁹ recomienda recurrir al criterio de la coherencia narrativa, que indica cuál de las hipótesis en liza resulta más improbable, siendo aquella hipótesis la que exige presuponer un mayor número de eventos y recurrir a un mayor número de principios explicativos auxiliares para permitir la coherencia entre la hipótesis y los hechos probados. Empero, es posible que al final ninguna de las hipótesis resulte probada, por lo cual el juzgador, deberá recurrir a las reglas legales de decisión que indican en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. Constituyen ejemplos de esto, el *in dubio pro reo*⁵⁰ en el proceso penal, y en general las reglas sobre la carga de la prueba.

La séptima regla es: "Si, a la vista de nuevos datos pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de una hipótesis debe hacerse".⁵¹ En este caso se alude a la posibilidad de la revisión de las sentencias judiciales que constituyen cosa juzgada en los eventos en que nuestra legislación lo permite, como las situaciones de prueba nueva o cuando se trata de prueba falsa, etc.

2. DEL CONCEPTO DE PROBABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

2.1 De la jurisprudencia del consejo de estado colombiano sobre la disminución del módulo prueba

En algunos casos de responsabilidad médica, el Consejo de Estado, por razones de equidad, ha decidido disminuir el módulo o estándar de prueba de la certeza a la probabilidad preponderante o prevalente para fundamentar probatoriamente la sen-

⁴⁸ GASCÓN, *op. cit.*, pp. 115, 184.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 115, 186.

⁵⁰ Al respecto, FERRAJOLI -*Op. cit.*, p. 151- considera que el principio del *In dubio pro reo* equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella.

⁵¹ GASCÓN, *op. cit.*, p. 115.

tencia en aquellos eventos en que sea imposible o difícil establecer la relación de causalidad, por falta de certeza, exactitud, por la complejidad del tema o incluso por carencia de prueba.

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

En un primer momento que vivió la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad médica, apoyado en *la teoría de la falla del servicio probada*, se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, ya que de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio, tratándose de una obligación de medio⁵².

En un segundo momento, la Corporación acogió el principio de presunción de falla del servicio médico considerando que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica⁵³. Lo anterior sirve para indicar que las actividades médicas se encierran dentro de las actividades peligrosas y por tanto la diligencia y el cuidado le corresponde demostrarlos al médico.

Esta posición fue reiterada por esta misma Corporación⁵⁴ pero con una fundamentación jurídica diferente, haciendo referencia a la posición en la que se encuentran los profesionales dado su conocimiento técnico y científico y por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, correspondiéndoles, de esta forma, probar las inquietudes y cuestionamientos que se hagan sobre sus procedimientos⁵⁵.

⁵² Ejemplo de esta orientación jurisprudencial en el Consejo de Estado, Sección tercera, pueden verse las sentencias de septiembre 13 de 1991 (Proceso 6253, actor Mérida Inés Domínguez de M. Ponente Carlos Betancur Jaramillo); febrero 14 de 1992 (Proceso 6477; actor: Mariana Barazzutti Ch. ponente Carlos Betancur Jaramillo); marzo 26 de 1992 (Proceso 6255, Actora Ana Ochoa de P. ponente Julio César Uribe Acosta); marzo 26 de 1992 (Proceso 6654, actor Fabiola Ariza de L.; ponente Daniel Suárez Hernández) y *Consejo de Estado. -Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera*, Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992) Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo* Referencia: Expediente No. 6754. - Indemnizaciones. Actor: Henry Enrique Saltaín Monroy.

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

⁵³ Sentencia del 24 de Octubre de 1990 -R. 5902-.

⁵⁴ Ver, Sentencia del 30 de junio de 1992 -R. 6897, Consejero Ponente DANIEL SUAREZ-.

⁵⁵ Esta posición del Consejo de Estado obedece también a las directrices de la Comisión de las Comunidades Europeas, Apartado 2 del Art. 1 del 9 de noviembre de 1990 que estableció la responsabilidad del prestador de servicios.

En un tercer momento, el Consejo de Estado apoya la *teoría de la carga dinámica de las pruebas*, la cual se aplica a cada caso en concreto, donde el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones para probar. Se trata en estos casos de inaplicar la concepción privatista de la carga de la prueba del Art. 177 del C.P.P. según el cual incumbe a la parte interesada en la probación de los hechos soportar el desfavorecimiento en la sentencia si aquellos no llegan a probarse. El fundamento de la carga dinámica está en los principios de igualdad material y de equidad que permite variar la carga de la prueba según la colaboración que muestre la parte en la obtención de la prueba que le es más fácil de aportar la prueba bien por razones técnicas o por las circunstancias del caso.

Esta carga dinámica de la prueba aparece en la responsabilidad médica ante el cuestionamiento que se le hace a la presunción de la falla del servicio porque en este sistema se está presumiendo la negligencia del médico, es decir, su culpa, lo cual constituye una gran injusticia porque el médico sólo tiene injerencia en la práctica de la intervención, mientras que el paciente es quien debe brindarse los cuidados necesarios para una recuperación satisfactoria.

En un cuarto momento, aparece en la jurisprudencia administrativa la disminución del módulo de la prueba en los casos de la relación de la causalidad cuando por dificultades técnicas no sea posible probarse o en casos en que se dificulte la prueba sobre la misma. Debe advertirse que esta teoría concurre con cualquier forma de responsabilidad —bien de falla probada o presunta, o con las distintas teorías de la carga de la prueba —privatista o dinámica—.

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

Esto significa, sobre todo, que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, dado que por la natu-

raleza de las cosas no quepa una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante⁵⁶.

Para el Consejo de Estado⁵⁷ esta teoría de la disminución del módulo de prueba ha encontrado una aplicación importante en la demostración de la relación de causalidad en los casos de la pérdida de una oportunidad, en los cuales no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse; cuando esto se establezca, habrá un resarcimiento.

Entre los casos que el Consejo de Estado ha resuelto fundamentado en esta teoría de la disminución de módulo de prueba se tiene el que trae la sentencia del 3 de mayo 1999 –Sección tercera, R.11169, Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE–. Ésta refiere cómo una menor de edad ingresó a una institución de salud en búsqueda de un diagnóstico en relación con una masa en la zona dorso-lumbar, y cómo los médicos optaron por practicarle una biopsia sin ordenar otros análisis previos; durante la intervención se descubrió que la menor no padecía de un tumor sino de un hemangioma, a causa de la cual sufrió una hemorragia. Para salvar su vida, los médicos se vieron obligados a aplicar “cera ósea” sobre las vértebras, como resultado de lo cual la paciente resultó con paraplejía flácida e incontinencia de esfínteres.

Éste es quizás uno de los casos más claros en los que la jurisprudencia ha aplicado esta teoría de la disminución del estándar de la prueba sobre la relación de causalidad por dificultades técnicas para establecerla.

En este sentido, la misma Corporación en Sentencia del 10 de febrero de 2000, –R. 11.878, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ– se refiere a un caso en el cual una paciente ingresa a una institución de salud presentando un dolor abdominal y se le diagnostica parasitosis, pero luego muere en otra institución a consecuencia de un *shock* séptico causado por una apendicitis aguda, que era la causa de su dolor abdominal.

En este caso estamos ante una relación de causalidad hipotética, ya que el paciente hubiera podido sobrevivir si se le hubiera hecho el diagnóstico correcto, por lo que no se tiene certeza sobre si la causa de la muerte se debió o no al diagnóstico errado que se le hizo inicialmente.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 10 de junio de 2004 –R.25416, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE–.

⁵⁷ Al respecto, sentencia Consejo de Estado, Sección tercera Sentencia del 10 de junio de 2004 –R.25416, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE–.

Otro caso interesante que trae el Consejo de Estado en la sentencia del 22 de marzo de 2001 –Sección Tercera, Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, R. 13284– es el de una recién nacida que muere por bronco-aspiración. No obstante, se discute si la causa fue la falta de asistencia oportuna en la institución de salud en la cual se encontraba luego del parto de la madre o por una regurgitación de la leche que se le había suministrado a la bebé, dado que se encontraron residuos de leche en sus vías respiratorias. En este caso el Consejo aplicó también el concepto de probabilidad preponderante, aunque llegó a la conclusión de que no se demostró con el suficiente grado de probabilidad que la causa fuera atribuible a la omisión médica.

También se presenta otro caso en el que claramente el Consejo de Estado reduce el módulo de prueba con respecto a la relación causal: se trata de un menor de edad a quien desde su nacimiento le fue diagnosticada una enfermedad congénita; pasados tres meses se le inició un tratamiento con el fin de solucionar tal enfermedad; para ello se le practicó una cirugía. Después reingresó por servicios de urgencias, de lo cual no se encuentra anotación ninguna en la historia clínica; sólo el reporte de que la madre del menor decidió retirarlo de la atención hospitalaria por parte del Seguro Social. La madre lo trasladó a urgencias de una clínica privada; allí, el niño fue puesto en tratamiento, le suturaron la herida quirúrgica y le hicieron los exámenes omitidos por el Seguro a partir de los cuales concluyeron que el niño había contraído MENINGITIS⁵⁸.

En este caso la sentencia en comento consideró que para establecer la relación de causalidad entre el daño y la omisión de tratamiento post-quirúrgico bastaba la probabilidad preponderante, dado que no hubo forma de probar esta debida asistencia médica.

2.2 De la doctrina sobre la disminución del módulo de prueba

Para WALTER⁵⁹ la reducción del módulo de la prueba, por regla general, puede darse en los casos de causalidad hipotética; no obstante acepta que es aplicable también en otros casos de causalidad real e incluso en otros eventos diferentes a la causalidad.

Por causalidad hipotética entiende este autor,⁶⁰ tanto los supuestos de causalidad de una omisión como los de conducta alternativa arreglada al deber y también los

⁵⁸ Sentencia del 21 de febrero de 2002, R. 13166, Consejero Ponente ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

⁵⁹ WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba, Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, Bogotá, Temis, 1985, p. 229.

⁶⁰ *Ibíd.* p. 217-218.

de la llamada causalidad sobrepasante (causalidad hipotética en sentido estricto). Desde el punto de vista estructural, la causalidad de la omisión ofrece las mismas dificultades para obtener pruebas de causalidad en la inoficiosidad encerrada en una acción infractora de un precepto. En esta última hay que probar, antes que nada, que esa acción ha sido la causa del perjuicio, y luego que ese perjuicio se habría producido igualmente si se hubiese observado una conducta alternativa ajustada al deber. También la causalidad de una omisión presupone, en primer término, una relación comparable a la causalidad de una acción entre una causa real y un resultado y, en segundo lugar, que el resultado no se habría producido si hubiese mediado una conducta contraria al deber. En la causalidad sobrepasante, la causa de un hecho está determinada, pero cabe preguntarse si el que la puso queda eximido total o parcialmente de culpa por efecto de otra causa, llamada de reserva, que habría llevado al mismo resultado, o si el que actuó más tarde responderá igualmente.

Se hace la distinción entre la causalidad hipotética y la causalidad real. En principio toda constatación de causalidad, inclusive la real, ha de menester un examen hipotético. Siempre hay que considerar si cabe imaginar la acción inexistente con la consecuencia de que entonces desaparezca el resultado. En el caso de una omisión hay que preguntarse partiendo de un resultado concreto, si una acción imaginaria habría impedido que ese resultado se produjese, y lo mismo cabe decir de una acción contraria al deber en vista de su ejecución arreglada a ese deber. En todo caso hay que preguntarse si ese resultado se habría producido igualmente en el caso de que la conducta hubiese sido diversa⁶¹.

No obstante, en los casos puramente de causalidad hipotética el resultado se produce es porque interfiere otra causa. De esta forma, el módulo de prueba llamado "verosimilitud preponderante" está justificado cuando se trata de constatar un suceso causal puramente hipotético, en el que no puede haber ya un resultado. Y está justificado porque entonces es imposible efectuar una constatación basándose en algo más que en verosimilitudes.

Otra situación diferente ocurre con los supuestos omisión y de conducta alternativa arreglada al deber. En ambos se trata de constatar que un determinado resultado no se habría producido de haber mediado una conducta arreglada al deber (a saber: por la acción preceptuada de la acción contraria a lo preceptuado). En ambos casos la causalidad es la misma. En el caso del camión que transita sin conservar la distancia mínima de un ciclista, pero que este va en estado de embriaguez. Se podría decir, en vez de hablar de una acción prohibida inoficiosa, que el

⁶¹ *Ibid.* p. 221-223.

camionero omitió observar la distancia preceptuada; cualquiera que sea la formulación, la cuestión es si el hecho de no haber observado la distancia preceptuada fue la causa de la muerte del ciclista⁶².

En los casos de conducta alternativa arreglada al deber y de omisión de una acción preceptuada, por un lado, y de la constatación de la causalidad de una acción positiva por el otro, no existe diferencia tal que justifique una diferenciación en materia de prueba. En todos estos casos puede afirmarse que esas acciones u omisiones fueron la causa de esos resultados cuando una conducta alternativa arreglada al deber los habría impedido o no fue la causa de ese resultado, porque el resultado se habría producido igualmente de haber estado la conducta arreglada al deber⁶³.

Plantea también WALTER⁶⁴ que aún en situaciones en las cuales existe causalidad real también se justifica la reducción del módulo de prueba en casos como los siguientes:

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

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

En tercer lugar, los casos de refugiados y de víctimas del nazismo: justifica WALTER⁶⁵ la inclusión de estos casos en el modelo de reducción del módulo de prueba por el carácter social que tienen los casos de violencia y por las dificultades de prueba que comúnmente se presentan en los mismos.

⁶² *Ibid.* p. 224.

⁶³ *Ibid.* p. 224.

⁶⁴ *Ibid.* p. 229 y ss.

⁶⁵ *Ibid.* p. 244.

En cuarto lugar, en los casos de seguros, por ejemplo, por pérdida de equipaje o en los complejos casos por los incendios en los cuales en las más de las veces es difícil comprobar la causa del mismo y basta que exista una probabilidad preponderante para su reconocimiento.

En quinto lugar, se incluyen también los supuestos de consideración de la finalidad de la norma, como son los casos en que un empleado de correos que atiende una ventanilla tenga que responder por diferencias en caja. La carga de probar la causa del desfalco pesaría sobre él, pero esto llevaría a que tuviera que responder hasta por culpa leve e incluso objetivamente, lo cual no es justo. Por lo tanto, basta con que sea suficientemente verosímil que no incurrió en culpa grave o en dolo.

También, los supuestos de trabajo peligroso, como es el caso del trabajador que conduce el vehículo de la empresa cuando explica que se había desviado de la calzada para esquivar a un motociclista que había aparecido súbitamente en ella, no habiéndose podido comprobar la existencia de la motocicleta. En este caso bastaría con que fuera probable que el hecho hubiera ocurrido de esa forma para evitar la sanción del patrono.

Y en sexto lugar, en los casos de responsabilidad objetiva, dentro de los que se cuentan los accidentes de tránsito, donde la prueba de la causalidad en muchos casos es imposible de demostrar y en otros se dificulta. En estos casos WALTER⁶⁶ justifica la reducción del módulo de prueba de la causalidad dado que el peligro implícito en este tipo de actividades exige un estándar de prueba de probabilidad preponderante para su prueba.

3. POSICIÓN PROPIA SOBRE LA PROBABILIDAD PREPONDERANTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En los eventos en los que el Consejo de Estado recurre a la reducción del módulo de prueba ante los problemas de relación de causalidad está recurriendo a soluciones en el ámbito procesal. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, también es posible que se puedan ofrecer soluciones en el ámbito sustancial como las teorías del riesgo,⁶⁷ entre otras.

⁶⁶ *Ibid.* p. 258.

⁶⁷ Ver, ROXIN, Claus. *Derecho Penal, fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Parte General*, T.I, Madrid: Civitas, 1997. p. 362-384. Asimismo, DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993. p. 787-802.

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

En el campo del derecho sustancial se hace referencia a la teoría del riesgo; de acuerdo a ella se parte de la idea de que la responsabilidad por el daño se asigna al agente que crea el riesgo no permitido. Por lo tanto, el nexo causal se considera acreditado por el hecho de que se prueba que el agente creó el riesgo, y queda a salvo el derecho de desvirtuarlo por parte del contradictor. Por lo tanto, para acreditar este nexo causal no hay que reducir el módulo de prueba, el cual debe ser el de la certeza.

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

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

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

El caso de la menor que tiene una enfermedad congénita para cuyo tratamiento ingresa al centro asistencial, en el cual es intervenida quirúrgicamente, resultando con una meningitis sin existir certeza del nexo causal con la cirugía, pero se consi-

dera que existe probabilidad preponderante. Este caso también se puede solucionar desde la teoría del riesgo, estableciendo que a la institución de salud le es imputable el riesgo que con mayor probabilidad generó el resultado.

Hay que decirlo, cuando el Consejo de Estado recurre a su teoría de reducir el módulo de prueba con el fin de establecer la relación de causalidad, lo que busca en últimas es hacer triunfar la equidad en casos concretos frente a situaciones especiales de responsabilidad médica, en aquellos eventos donde hay imposibilidad o dificultad para probar con certeza. Esta es una posición muy loable, ya que tal cual lo plantea GERHARD WALTER, antes citado, para justificar la reducción del estándar de prueba, recurre a la satisfacción efectiva del derecho material requerido. De esta manera, no se hace nugatorio el derecho de acción de la víctima en eventos de dificultad probatoria respecto de la certeza de los hechos. Así mismo, en circunstancias excepcionales podría aceptarse este tipo de soluciones en el ámbito procesal.

Se advierte que esto sería aplicable únicamente en casos excepcionales, puesto que como se planteó en el primer capítulo, si bien en el ámbito judicial no es posible llegar a una certeza absoluta en virtud de las limitaciones de la naturaleza humana, sí puede y debe llegarse de forma aproximativa a ésta, obedeciendo al principio regulativo del ideal de correspondencia, que condiciona las decisiones en los procesos jurisdiccionales. Este modelo de correspondencia, tal cual se vio, es garantizado a través de las reglas epistemológicas o garantías de verdad, puesto que su finalidad está determinada por la obtención de legitimidad y credibilidad en la administración de justicia como valores que regulan el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

No obstante, debemos examinar su consistencia jurídica frente a los postulados constitucionales.

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

Por otra parte, es necesario advertir que esa equidad constituye una inconsistencia en el campo de la convicción del juez frente a la prueba, ya que no puede decirse que un hecho se encuentre probado por equidad o que no se encuentre probado por la misma razón, sino que el estándar de prueba depende de criterios esencialmente epistemológicos y no principios de carácter político o moral.

En otras palabras, resulta incongruente hablar de equidad en el campo de la convicción del Juez sobre la prueba, porque si se pudiera decir que por equidad se da

por probado algo que no lo está, igual habría que decir también que por equidad cuando algo está probado habría que darlo por no demostrado. En última instancia, la idea de equidad en este campo lo que va a producir es inequidad.

El gran cuestionamiento que se le puede hacer a la Jurisprudencia del Consejo de Estado en lo referente al concepto de probabilidad preponderante para disminuir el módulo o estándar de prueba radica en el hecho de que se revierte en una disminución de los requisitos de prueba toda vez que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resiste las garantías de verdad o reglas epistemológicas de la contrastación, la necesidad de prueba y la refutación, que precisamente se instauraron como cautela contra el arbitrio judicial. Se abandona con estas decisiones judiciales el sentido de verdad como correspondencia o como principio regulativo de la jurisdicción para acoger los principios de coherencia o aceptabilidad justificada que son criterios de decisión sobre la verdad pero que no son la verdad misma.

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

4. CONCLUSIONES

4.1. El concepto de probabilidad permite comprender que la valoración de la prueba admite grados ya que el modo de establecer la verdad en el proceso es a partir de un razonamiento inductivo cuyas premisas no son necesariamente ciertas, de ahí que la verdad que se establezca a partir de las pruebas sea de carácter relativo, contingente al estado o conjunto de hechos. No obstante, reconocer que la verdad cierta u objetiva es un ideal inalcanzable, no significa de ninguna manera que se renuncie a su búsqueda en los procesos judiciales. Por el contrario, se afirma su importancia, pero entendida como un modelo de correspondencia o principio regulativo de la jurisdicción que permita corregir permanentemente el error judicial y que sirva de límite a la discrecionalidad judicial.

Reconociendo, pues, este carácter probabilístico de las decisiones judiciales sobre los hechos será necesario establecer unas reglas epistemológicas o garantías de verdad que permitan aproximar tal decisión al modelo de correspondencia; entre estas garantías se tienen las siguientes: de un lado, la

contrastabilidad de los enunciados empíricos, es decir, que pertenezcan al mundo empírico; del otro, afirmación de la verdad a partir de la pruebas, esto es, cumplimiento del principio de la necesidad de la prueba. Además, es necesario acatar el principio de la libertad de prueba para que se pueda usar cualquier elemento que permita aportar información sobre los hechos y, finalmente, la posibilidad de la refutación, vale decir, el cumplimiento del principio de contradicción.

- 4.2. Una lectura de la posición del Consejo de Estado puede estar constituida por una búsqueda de la equidad en el sentido del otorgamiento de una justicia material por parte del juez, máxime si se trata de un operador jurídico de un Estado social y democrático de derecho, cuya carga ha sido impuesta desde la propia Carta Política. No obstante, nuestra posición sigue siendo: si existen soluciones desde el campo sustancial no hay por qué recurrir al recorte de garantías dentro del proceso (soluciones procesales), como sacrificar el principio de necesidad de la prueba, por ejemplo.

El concepto de probabilidad prevalente o preponderante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en últimas, alude a aquellas hipótesis que según la coherencia o aceptación resulte ser la más justa, aun cuando no corresponda con la realidad de los hechos, lo cual afecta garantías procesales constitucionales, tales como el contradictorio efectivo, ya que se dan por ciertos hechos que no están suficientemente corroborados por las pruebas y por lo tanto, la parte perjudicada con el fallo resulta ser condenada sin haber sido vencida en el juicio.

- 4.3. Hay que reconocer que el Consejo de Estado intenta hacer prevalecer el principio de equidad; no obstante, concentra la solución en el ámbito procesal cuando en verdad se trata de problemas de carácter sustantivo que tienen su propio remedio en ese mismo campo, pues en última instancia la probabilidad de un daño puede ser solucionada desde las teorías del riesgo sin tener que recurrir a fracturar las garantías procesales de quienes intervienen en el proceso.

Se insiste, finalmente, en lo encomiable que resulta que nuestro máximo órgano contencioso administrativo se incline por el reconocimiento de los principios de equidad y justicia material. Sin embargo, se advierte que el mismo debe ser cauteloso en su aplicación, en tanto no puede considerarse de manera general, sino para aquellos casos excepcionales que razonablemente no encuentren una solución diferente, pues como se ha advertido, las garantías procesales son conquistas humanas que no pueden soslayarse en el proceso so pena de incurrir en el arbitrio judicial.

Por ello, se propone que se encaminen las soluciones a los problemas del nexo causal en la responsabilidad médica hacia modelos de carácter sustancial, tales como las teorías del riesgo, que protegen con más eficacia el derecho material, dejando incólumes las garantías procesales.

BIBLIOGRAFÍA

- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Temis, 1999.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid, Civitas, 1993.
- D. GONZÁLES, Lagier. *Derecho a la Prueba y Racionalidad de las Decisiones*. En: *Jueces para la democracia, información y debate*. No. 47, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995.
- GASCÓN ABELLAN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 1999.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería el Profesional. Décima Segunda Edición, 2002.
- PÉREZ RESTREPO, Daryluz. *La prueba anticipada de declaración de parte en el Código de Procedimiento Civil colombiano: una aproximación desde el derecho constitucional a la prueba*. Medellín, 2004. 67 p. Tesis de grado (abogada). Universidad de Antioquia. Facultad de derecho y ciencias políticas.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Bogotá, Temis, 1983.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán*. Madrid, Trotta, 2002.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Parte General, T.I, Madrid, Civitas, 1997.
- WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá, Temis, 1985, P. 229.

Sentencias de la Corte Constitucional

- Sentencia T-589 de 1999 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
Corte Constitucional: C-1290 de 2000, C-617 de 1996.
- Auto 024 94 Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Sentencia T-243 de 1998. M.P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- Sentencia T-124 de 1993. M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.
Corte Constitucional T-694 de 2000, SU-087 de 1999.
- Sentencia T-555 de 1999. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

- Sentencia T-442 de 1994 MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL
- Sentencia C-221 de 1992
- Sentencias de la Corte Suprema de Justicia
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, Agosto 28 de 1997;
- Sentencias del Consejo de Estado Sección tercera;
- Sentencia de septiembre 13 de 1.991 (Proceso 6253, actor Mérida Inés Domínguez de M. Ponente Carlos Betancur Jaramillo);
- febrero 14 de 1.992 (Proceso 6477; actor: Mariana Barazzutti Ch. Ponente Carlos Betancur Jaramillo);
- marzo 26 de 1.992 (Proceso 6255, Actora Ana Ochoa de P. Ponente Julio César Uribe Acosta);
- marzo 26 de 1.992 (Proceso 6654, actor Fabiola Ariza de L. Ponente Daniel Suárez Hernández) y Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Agosto 24 de 1992, Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Referencia: Expediente No. 6754.
- Sentencia del 24 de octubre de 1990 -R. 5902-.
- Sentencia del 30 de junio de 1992 -R. 6897, Consejero Ponente DANIEL SUÁREZ-
- Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 10 de junio de 2004 -R.25416, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE-.
- Consejo de Estado, Sección tercera Sentencia del 10 de junio de 2004 -R.25416, Consejero Ponente RICARDO HOYOS DUQUE-.
- Sentencia del 21 de febrero de 2002, R. 13166, Consejero Ponente ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.