



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

LA HISTORIA CLÍNICA EN EL PROCESO CIVIL: UNA CRÍTICA A SU EMPLEO COMO PRINCIPAL MEDIO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA*

Paola Andrea Salazar Santafe**

RESUMEN

En este artículo de reflexión se aborda el tema del valor probatorio de la historia clínica en el proceso de responsabilidad médica. Se expone la hipótesis de que, con ocasión a la probática, no es un medio fidedigno para la verificación del nexo causal entre la conducta del médico y el daño al paciente, tal como se reconoce tradicionalmente. En el mismo, se emplea el método *teórico-analítico* consistente en la reflexión de los argumentos teóricos que justifican las instituciones de la responsabilidad civil contractual y la teoría general de la prueba frente a la responsabilidad médica y la historia clínica. Acorde con esto, se desarrollan tres acápites; en el primero se esboza y analiza la teoría general de la prueba, en el segundo, la responsabilidad civil médica y en el tercero el papel de la historia clínica como medio de prueba para la configuración de la misma. Se requiere reforzar el empleo de peritajes para reconstruir las circunstancias en las cuales se generó el daño.

PALABRAS CLAVES: responsabilidad médica, historia clínica, probática, prueba, proceso.

* Artículo de reflexión presentado para optar por el título de «abogada» que otorga la Universidad Católica de Colombia. Dirigido por la investigadora Olenka Deniss Woolcott Oyague, Ph. d. 2017.

** Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Asistente judicial en la firma GM Abogados, la cual es especialista en litigios de responsabilidad médica. Contacto: paosalazar31@hotmail.com

ABSTRACT

This article reflects on the topic of the probative value of the medical history in the process of medical responsibility. It is hypothesized that, on probation, it is not a reliable means of verifying the causal link between the physician's conduct and the harm to the patient, as traditionally recognized. In the same, the theoretical-analytical method is used, consisting of the reflection of the theoretical arguments that justify the contractual civil responsibility institutions and the general theory of the test against medical responsibility and clinical history. According to this, three sections are developed; the first one outlines and analyzes the general theory of proof, the second, medical civil liability and in the third the role of clinical history as a test for the configuration of the same. It is necessary to strengthen the use of expertise to reconstruct the circumstances in which the damage was generated.

KEYWORDS: medical responsibility, clinical history, probation, test, process.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

1. LA HISTORIA CLÍNICA EXAMINADA A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA.

1.1. Concepto de la prueba e incorporación de la historia clínica dentro del mismo.

1.2. El objeto de la prueba y la historia clínica como medio de prueba.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

2.1. Concepto de responsabilidad médica.

2.2. Elementos del concepto de responsabilidad médica.

2.3. Elementos de la responsabilidad médica.

3. LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

3.1. Concepto de historia clínica.

3.2. Elementos de la historia clínica.

3.3. Valor probatorio de la historia clínica en los procesos de responsabilidad médica.

CONCLUSIÓN

REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

La historia clínica es considerada el principal medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica. No obstante, su aparente idoneidad para verificar la condición clínica de los pacientes se desvanece cuando en la práctica se percibe que este documento, por una parte, resulta muy difícil de interpretar para los juristas por lo que tienen que recurrir a peritos que en algunas oportunidades perciben anotaciones no concordantes con la patología o la condición real del paciente, las cuales pasarían desapercibidas de no ser por la intervención del profesional de la salud en la elaboración del documento y, de la otra, cuando simplemente las entidades afirman no saber dónde reposa este manuscrito.

Por lo anterior, resulta altamente interesante realizar un estudio teórico sobre la credibilidad de la historia clínica o patografía como medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica, partiendo del supuesto de que su aportante, generalmente, es la misma entidad a quién va a perjudicar o favorecer en el pleito. Lo anterior se puede esbozar a través de la siguiente pregunta: ¿Se puede considerar la historia clínica como medio de prueba fidedigno en los casos de responsabilidad médica?

Al respecto, se plantea la hipótesis de que la respuesta a este interrogante es negativa, es decir, que la historia clínica no puede considerarse un medio de prueba fehaciente en los procesos de responsabilidad médica. Para justificar la misma se proponen dos argumentos centrales: por una parte, con base en la teoría general de la prueba, lo que se prueba son las alegaciones de la partes no los hechos, por ello, quien constituye la historia clínica, -visto desde la probática- independientemente de los deberes profesionales, siempre estará constituyendo una prueba aportable en un proceso; así mismo, quien custodia el mencionado documento, es la empresa prestadora del servicio de salud, quien se vería implicada en un posible litigio, la misma no estaría obligada a aportarla en la medida en que se ampara en el derecho a no declarar en contra de sí misma. De

la otra, desde la teoría general de la responsabilidad civil contractual, respecto a las obligaciones de medio, la responsabilidad se origina principalmente en la negligencia o impericia del deudor, es decir, del médico, que ocasiona un daño, es decir, en el nexo de causalidad que hay entre la decisión del galeno en tanto agente de la empresa prestadora del servicio de salud y un daño que no tenía que soportar el paciente de acuerdo con la patología que padece o que no estaba incluido dentro de los riesgos inevitables.

Conforme con esto, en este artículo de reflexión se desarrollan tres acápites; en el primero, se analiza la historia clínica a la luz de la teoría general de prueba a fin de establecer el objeto de la misma en tanto medio prueba y, en el segundo, se aborda la teoría general de la responsabilidad civil contractual con el propósito de determinar la inferencia de la historia clínica en la configuración de la responsabilidad médica, tema que se concreta en el tercer acápite.

1. LA HISTORIA CLÍNICA EXAMINADA A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

Conviene iniciar la presente reflexión por exponer sumariamente *-atendiendo al respeto por la claridad y la sintéticas que caracteriza al artículo científico-* los interrogantes clásicos del Derecho Probatorio - *¿qué es prueba? ¿qué se prueba? ¿con que se prueba? ¿quién prueba? y ¿cómo se valora la prueba?* – y las posiciones teóricas que responden a los mismos en la doctrina actual, las cuales *a priori* son reflejadas en el Código General del Proceso (L.1564/2012). Ello, por cuanto se considera que en la teoría general de la prueba se encuentra la respuesta al cuestionamiento objeto de la presente investigación, es decir, en ella está el soporte epistemológico que justifica la hipótesis según la cual la historia clínica y/o patografía, lejos de considerarse el principal medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica, debe tenerse como una prueba constituida a favor de la parte demandada –*esto es, la entidad prestadora del servicio de salud y el galeno como su agente-*, al punto, que se debe tenerse casi por excluida y

debe buscarse dar más valor a los dictámenes periciales fundados en el examen físico del paciente afectado, quien, generalmente, resulta ser el demandante.

Acorde con lo anterior, en este acápite se pretende precisar algunas nociones fundamentales sobre la prueba civil y verificar su encaje en la hipótesis planteada. Especialmente, se busca demostrar que la prueba es para las partes un instrumento para convencer al juez respecto de una afirmación que les conviene y para el operador jurídico encargado de resolver un litigio un medio de verificación de las versiones expuestas en el proceso. En este sentido, la historia clínica, al ser elaborada por el galeno en cuanto agente de una empresa prestadora del servicio de salud –más allá de los deberes éticos y profesionales que amparan por su manejo imparcial-, es una prueba constituida a favor de la parte que genera un daño médico susceptible de reparación económica, es decir, ocasionado en un riesgo evitable, y, por ello, su valor probatorio debe reducirse en el proceso de responsabilidad médica y, más aún, en la medida de lo posible, debe ser reemplazada por otros medios de prueba como los peritajes.

1.1. CONCEPTO DE LA PRUEBA E INCORPORACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA DENTRO DEL MISMO

La Constitución Política de 1991, a diferencia de la Constitución de 1886, reconoce el derecho de las personas a un debido proceso cuando sean requeridas o requieran a autoridades judiciales, administrativas y a particulares (C. Pol. art., 29) (C.Cons. T-694/2013)¹. Este derecho, se compone de una serie de garantías, tales como, la presunción de inocencia, la legalidad, la defensa, la doble instancia,

¹ El derecho al debido proceso, tal como lo señala la Corte Constitucional (Sentencia T-694/2013), es exigible tanto para entidades administrativas y jurisdiccionales como también para los particulares, toda vez que, en consideración de este Órgano de Cierre, en un Estado Social de Derecho, se debe garantizar en toda relación jurídica unos parámetros mínimos que protejan a las personas de actos arbitrarios e injustificados que atenten contra otros derechos fundamentales. Se considera que, pese a tratarse de una sentencia de tutela, lo anterior constituye precedente obligatorio pues en el mismo sentido pueden verse las sentencias T-083 de 2010 y T-085 de 2010 (C. Const. C-621/2015).

el principio *non bis in ídem* y, para los fines de este trabajo, la presentación de pruebas y la refutación de las allegadas al proceso, las cuales buscan que se respeten otros derechos del individuo y consecuentemente se logre la tan anhelada aplicación correcta de la justicia (C. Pol. Art. 29; C. Const.C-980/2010). Como se infiere, la prueba constituye una garantía del derecho constitucional al debido proceso, por ello, será a la luz de los principios constitucionales, que se definirá el alcance de los medios de prueba y, entre ellos, de la historia clínica como documento en el proceso de responsabilidad médica.

Sin embargo, antes de abordar este problema, resulta pertinente definir los temas a tratar, es decir, dar respuesta a los interrogantes ¿qué es la prueba? ¿qué se prueba? y ¿qué es la historia clínica?

Respecto al concepto de prueba judicial, la doctrina metodológicamente inicia por determinar cuál es su objeto; ello, por cuanto definir una realidad, desde un punto de vista teleológico, consiste en establecer a partir de la pregunta ¿para qué sirve?, qué es. No se trata lo anterior de un simple capricho de los académicos, ni de un intento propio para justificar la hipótesis planteada, sino que esta actividad se enmarca dentro de un método clásico para la aprehensión del conocimiento, así, se tiene que Aristóteles (2008), en su teoría del ser, plantea que una realidad es en función a su fin. En este sentido, Sentís (1947) sostiene que «la prueba no consiste en averiguar sino en verificar» (pág. 12), pues, averiguar, es «inquirir la verdad hasta descubrirla» (RAE, 2017), mientras que verificar es «comprobar [...] la verdad de algo» (RAE, 2017), es decir, hacer o presentar algo como cierto.

Prescindiendo ahora del debate en torno a las contradicciones que pueden existir entre los conceptos de *verdad material* y *verdad procesal*, lo cual es un

tema de álgido debate², se tiene que Montero (2002) se ha pronunciado en el mismo sentido afirmando que «la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes» (pág. 38), dicho en términos de otro autor, «la investigación no es prueba» mientras que «la prueba es verificación de una afirmación» (Muñoz, 2001, págs. 41,85). Desde una perspectiva pragmática, el juez no averigua los hechos controvertidos en el proceso de responsabilidad médica, pues esto equivaldría a indagar por la aplicación adecuada de las teorías y los métodos o procedimientos médicos -los cuales *a priori* desconoce³, sino que verifica las versiones que las partes tienen respecto a los mismos.

Al respecto, resulta menester aclarar que cuando en la legislación procesal civil colombiana se incorpora el principio de inmediación, consistente en que «[el] juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan» (L.1564/2012 art. 6), no se está atando al operador jurídico a que investigue los hechos, aunque es claro que debe buscar una correcta aplicación de la justicia indagando en la medida de lo posible por la realidad del suceso para lo cual cuenta con las pruebas de oficio, sino que se busca que tenga un acercamiento *ex propriis sensibus*⁴ a las pruebas allegadas por las partes para poder valorarlas de acuerdo con su leal saber y entender; la

² Algunos doctrinantes se han mostrado parcos ante la distinción de los procesalistas de dos tipos de verdades, el material y la procesal. Según estos, desde el punto de vista filosófico, deontológicamente la finalidad de la actividad probatoria es alcanzar la verdad, la cual es una única en cada caso; al respecto, «la finalidad de la prueba como institución jurídica es la permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados facticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En este caso el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera» (Echandía, 2012, pág. 145).

³ Sostiene Woolcott (2015), citando a Mazeaud, Léon y Tunc, que la doctrina francesa ha dicho al respecto: «[...] sin duda, corresponde a la prudencia del juez no injerirse temerariamente en el examen de las teorías o Métodos médicos, y pretender discutir sobre cuestiones de pura ciencia» (Woolcott, 2015, pág. 64).

⁴ Locución latina que significa en castellano «por sus propios sentidos» (Larapedia, 2017). La misma se emplea en la práctica jurídica para referir la relación directa e inmediata que debe haber entre el testigo y, en casos como en el que se emplea en este momento, el juez y los hechos; de esta relación nace la facultad de un medio para constituirse en prueba (De Almeida, 2008).

actividad de *mera verificación probatoria* de los togados es evidente a la luz del numeral cuarto del artículo 42 del Código General del Proceso en el cual se dice que es deber del juez «[emplear] los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para *verificar* los hechos alegados por las partes» (cursiva propia). Como se denota, el juez *verifica* en las pruebas las *afirmaciones* que respecto a los hechos tengan las partes, incluso puede decretar pruebas de oficio si tiene dudas respecto de las mismas, pero está lejos de deber investigar un suceso para establecer la *real realidad verdadera*⁵ de un evento, pues si lo hiciera, se convertiría en parte del proceso, rasgando el *veil of ignorance* que permite que el operador jurídico sea imparcial y tome decisiones realmente justas (Rawls, 2012).

Ahora bien, en sentido contrario, averiguar los hechos y aportarlos al proceso es una carga que le corresponde a las partes. Así las cosas, la actividad probatoria varia atendiendo al reparto entre las cargas de las partes y los deberes del juez; para las partes procesales (demandante, demandado y tercero interviniente) la carga de probar se refiere a indagar, buscar, investigar, mientras que para el juez probar consiste en el deber de verificar, comprobar y tener por cierto un hecho. En este sentido, «las partes prueban y el juez comprueba» (Muñoz, 2001, pág. 431).

El Código General del Proceso no preceptúa una definición de prueba, por ello, en la doctrina se encuentra un amplio esfuerzo por conceptualizarla. Al respecto, atendiendo a la triple finalidad de la prueba, a saber, su *capacidad para fijar los hechos, convencer al juez y dar certeza a las partes* (Montero, 2002), en la doctrina se evidencia la existencia de tres perspectivas a partir de las cuales se

⁵ Esta conjugación de palabras es empleada por el filósofo español Xavier Zubiri (2001) para distinguir una realidad autentica de otro tipo de realidades que se perciben pero que no son como tal verdaderas; por ejemplo, es una realidad que el mar es azul, pues así se percibe con los sentidos, pero si se investiga y se analiza con la razón, esta realidad no es más que un efecto visual que dista de la verdad.

define el concepto objeto de estudio, estas son: (1.) las definiciones que atribuyen a la prueba la función de *fijar los hechos*, como la elaboradas por los autores para quienes «la prueba es fijación formal de los hechos controvertidos» (Carnelutti, 2012, pág. 44); (2.) las que atribuyen a la prueba la función de convencer al juez, según las cuales, son «la verificación de las afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios» (Sentís, 1947, pág. 16) y, así mismo, las que señalan que «la prueba es la verificación utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios con las garantías jurídicas establecidas, adquiridas para el proceso para llegar el juez a una convicción libre» (Muñoz, 2001, pág. 23); y, finalmente, las que se fundan en que la prueba es un medio para que las partes adquieran certeza respecto de un evento que generó un litigio, al respecto:

En derecho la prueba se utiliza principalmente para convencer a otros (a jueces, funcionario de policía o administrativos, cuando se la aduce en un proceso o en ciertas diligencias, y también a particulares, como sucede en asuntos de estado civil o en titulación de bienes para su comercio, en las relaciones de vecindad o con un fin de prevención de litigios y de garantía, frente a los demás, de los propios derechos), *pero también para tener convencimiento persona o seguridad subjetiva sobre los propios derechos, lo cual equivale a convencerse a sí mismo de la veracidad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos* (Cursiva propia) (Echandía, 2012, pág. 10).

Sin perjuicio de la definición de Carnelutti (2012), la cual debe analizarse en el contexto procesal, es decir, atendiendo a que con las pruebas se busca fijar los hechos desde una óptica formal para construir una verdad procesal y no netamente material, las perspectivas anteriormente expuestas coinciden en un mismo punto y es que la prueba es un medio de verificación que emplea el juez *-si se analiza desde el papel del operador jurídico-* y un medio de convencimiento de las partes *-si se estudia desde la lógica del litigante-*. Corolario, es propio afirmar que la prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes y,

excepcionalmente, de oficio por el juez, cuyo propósito es *convencer* y *verificar* las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada en las reglas de la sana crítica.

El anterior supuesto, según el cual la prueba es para los litigantes un medio de convencimiento del juez, ha sido analizado por la doctrina moderna quien ha acuñado el término de *probática*⁶ para delimitar todas las actividades que emplean las partes para dejar constancia de un hecho, incluso antes de presentarse algún litigio, y reconstruir un supuesto de hecho que coincida con las normas jurídicas. Como se denota, probar es un arte interdisciplinar, en el que intervienen también la lógica y la psicología, cuya finalidad es:

[...] rescatar del pasado relacionado históricamente con los hechos que se intenta probar en el proceso, bien sea por medios convencionales o científicos, todos aquellos datos idóneos que puedan representarlo o reconstruirlo, y sucesivamente mediante la retórica en fase de *conclusiones* darle una coherencia persuasiva para que el juez estime como evidentes (Muñoz, 2010, pág. 22).

La probática es, de acuerdo a la anterior exposición, el proceso operativo, físico y mental, que desarrolla cualquier sujeto, generalmente institucionalizado (abogado, fiscal, detective, ect.), pero no exclusivamente (como sucede en el caso del médico que prepara la historia clínica de un paciente), con el propósito de documentar un hecho de interés para un proceso judicial el cual puede estar en curso o simplemente preverse como consecuencia de un comportamiento (Muñoz, 2009). De manera más concreta, es la experticia que adquiere la persona expuesta a procesos judiciales, ya sea por la responsabilidad que requiere su profesión u oficio, o cualquier otra circunstancia, para documentar probatoriamente un suceso de acuerdo con los intereses propios.

⁶ La expresión *probática* responde a la combinación de la palabra prueba y la voz griega *tecknè* (arte o ciencia) (Muñoz, 2010). De esta manera, la probática es el arte de generar pruebas.

1.2. EL OBJETO DE LA PRUEBA Y LA HISTORIA CLÍNICA COMO MEDIO DE PRUEBA

Ahora bien, no es difícil delimitar de acuerdo con la línea de argumentación que se desarrolla en este artículo la respuesta al interrogante *¿cuál es el objeto de la prueba?* En efecto, no se prueban los hechos, por ello, el proceso civil mal haría en presentarse como un medio para el esclarecimiento de la verdad material; lo que se prueba, son las afirmaciones o enunciados de hecho que las partes realizan respecto a los mismos (Serra, 1969). Los hechos existen en la *real realidad verdadera, ex portas* del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismos y a través de los escritos de alegaciones (demanda, contestación y escrito en el que se descurre el traslado de la contestación).

El juez, teniendo presente la exposición realizada líneas atrás respecto al principio de inmediación, solo se enfrenta directamente a los hechos en la inspección ocular. En todos los demás casos, se le presentan como afirmaciones de las partes (Steín, 1990). Como se infiere, los hechos requieren de la carga de la alegación, por lo que concluye que son objeto de prueba «los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos» (Garcimartín, 1997, pág. 10). Así las cosas, constituyen objeto de prueba las afirmaciones o negaciones concretas respecto a un suceso (es decir, los enunciados de hecho) (Taruffo, 2002)⁷ y no, como lo señala apresuradamente el Código General del Proceso, los supuestos hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen las partes (L.1564/2012 art., 167). Adicionalmente, conviene destacar, que también son objeto de prueba las normas jurídicas tal como lo señala el artículo 177 del mentado compendio procesal.

⁷ Según Taruffo (2002) «la prueba en el proceso es en realidad lo que se dice de un hecho: la enunciación de un hecho» (pág. 113).

No obstante, es pertinente delimitar que tipo de afirmaciones son las que se deben probar. El anterior tema, es trabajado con estricta claridad conceptual por Lluch (2012), quien, a partir de la jurisprudencia española, determina cuatro «matizaciones» (pág. 22) de la idea respecto de la cual el objeto de la prueba son los hechos. Las mismas, se sintetizarán a continuación teniendo de presente la hipótesis planteada al principio de este trabajo.

La primera matización es que «[no] todos los hechos se prueban, sino únicamente los hechos controvertidos» (Lluch, 2012, pág. 22). Por hecho controvertido se entiende el suceso que afirmado por una parte es negado por la otra. Al respecto, Carnelutti (2012) diferencia, en lo que respecta a la prueba, entre: (1.) hechos no afirmados por ninguna de las partes y que, por consiguiente, no deben ser tenidos en cuenta por el juez, (2.) hechos afirmados por todas las partes y que por ello son de necesario análisis por parte del operador judicial, (3.) hechos controvertidos que son afirmados pero no admitidos, que comprende la declaración de no saber al respecto o el silencio y, finalmente, (4.) hechos discutidos que son negados de contrario. El legislador ha impuesto a la parte demandada la carga procesal de desvirtuar, si a bien lo tiene, las manifestaciones realizadas por la demandante, esto, a través de un pronunciamiento expreso en la contestación de la demanda. Así las cosas, los hechos afirmados por ambas partes en sus escritos de alegaciones, o los hechos afirmados por una de las partes son reconocidos por la contraria, se consideran hechos admitidos y, en tanto tales, no requieren probarse.

En lo que respecta al proceso de responsabilidad médica, entendido este como el medio legal en el que una persona busca que un galeno repare y satisfaga las consecuencias de sus actos u omisiones, frente a riesgos evitables en el ejercicio de la profesión y que estén previstos en la ley (Rodríguez & Borges,

2008), la parte demandante –generalmente, el paciente o sus familiares cuando el daño ha sido tal que ha causado la muerte de este- afirmara ante el juez la existencia de acciones u omisiones por parte del profesional de la salud, que fueron de tal envergadura que produjeron un daño susceptible de reparación, mientras que el médico y la entidad prestadora del servicio de salud, la cual también responde por las acciones u omisiones de sus agentes, buscara desdeñar esta afirmación o reformularla bajo el concepto de error médico o evento adverso - *el cual se analizará más adelante*- (Woolcott, 2015). Así las cosas, la afirmación principal dentro de esta tipología de proceso, es la generación de un daño por parte del galeno; esta, salvo en los casos en los que se acepta la responsabilidad, deberá ser desvirtuada por la parte demandada so pena de que el juez le condene al pago de los perjuicios causados. En este sentido, es posible afirmar, que generalmente este es un hecho controvertido.

La segunda matización es que «[las] normas jurídicas (básicamente, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario) no pueden tener idéntico tratamiento que los hechos a efectos probatorios» (Lluch, 2012, pág. 22). La postura del operador judicial con respecto a estas normas no es la misma que respecto a los hechos, que deben ser introducidos por las partes al proceso en virtud del principio de carga dinámica de la prueba (L.1564/2012 art., 167). Es posible afirmar que el juez tiene un deber de conocimiento con respecto a la legislación nacional y, en general, un deber de actualizarse de las modulaciones que la jurisprudencia realiza de las mismas y, claramente, de los cambios legislativos.

De acuerdo con esto, en lo que refiere a la prueba de las normas, no existe como tal una actividad probatoria en el sentido de «comparación entre una afirmación sobre los hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juez» (Serra, 1970), sino, en puridad de verdad, una actividad de investigación o acreditación, en el sentido de búsqueda de la disposición

normativa que contiene el supuesto de hecho aplicable al caso puesto en conocimiento (Alonso, 2004). De esta manera, es propio afirmar *a priori* que la prueba de las normas constituye un modo *sui generis* del objeto de la prueba visto desde la perspectiva del juez (verificar las afirmaciones de las partes); no obstante, no se comparte esta postura propuesta por el autor, por lo menos en el derecho colombiano, ello, por cuanto, por una parte, desvirtuaría la teoría según la cual la actividad del juez frente a las pruebas es la verificación a través de las mismas de las afirmaciones alegadas por las partes, pues inmiscuiría en la actividad del juez el deber de investigar los hechos objeto de litigio y, por otro lado, por cuanto la prueba de la norma extranjera se funda en una manifestación realizada por la autoridad consular y cuando se trata de norma consuetudinaria por el testimonio de dos testigos (L.1564/2012 art., 177), de manera, que lo que la norma establece es que el juez deberá asegurarse del cumplimiento de esta ritualidad más no investigar la norma extranjera. Respecto a este matiz no queda más por decir por cuanto no resulta relevante frente a la hipótesis de la investigación.

La tercera matización es que «[las] máximas de experiencia [...] son reglas no jurídicas que no están sujetas a la carga de la alegación» (Lluch, 2012, pág. 23). En lo que refiere a estas máximas, son definidas doctrinalmente como «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos, pretenden tener validez otros nuevos» (Steín, 1990, pág. 27). En cuanto a la prueba de estas, sea suficiente decir *–por cuanto no son comunes en el proceso de responsabilidad médica–*, que la doctrina distingue entre las máximas que se fundan en conocimientos propios de la persona a nivel del juez, y que están exentos de prueba, y las máximas de experiencia especializadas, desconocidas por el operador judicial, y que requieren de la prueba pericial (Montero, 2002).

Como clausula general, según Lluch (2012), serán objeto de prueba los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El tema del valor probatorio de la historia clínica en el proceso de responsabilidad médica se ubica dentro de un tema mucho más amplio y, consistentemente, con mucho más desarrollo jurisprudencial y doctrinal; se trata de la responsabilidad médica como institución propia del Derecho Civil y, como se manifestará más adelante, con repercusiones en otras ramas como el Derecho Administrativo, Disciplinario y Penal. Por lo anterior, se considera menesteroso, a efectos de *deducir* el valor probatorio de la historia clínica dentro del proceso atrás mencionado, abordar de manera sumaria los fundamentos teóricos de la institución de la responsabilidad médica. De lo propio, se tratarán las líneas siguientes.

2.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Para construir el concepto de responsabilidad médica es necesario iniciar por determinar el concepto de obligación. Esto, por cuanto la fuente de este tipo de adeudo contractual se encuentra en el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones que le corresponden al profesional de la salud y de las entidades encargadas de la prestación del correspondiente servicio (Ortiz, 1997). Conforme con esto, a continuación, se tratará el tema; empero, como se advirtió antes, al no ser el objeto propio de esta investigación se abordará de manera sumaria, es decir, de forma breve y concisa.

El Código Civil colombiano no define expresamente el concepto de obligación; sin embargo, en su artículo 1495, en el cual se define el concepto de

contrato, se puede encontrar una idea clara de lo que está es (Ospina, 2008). Al respecto, cita la norma referida, «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa». Así las cosas, la doctrina ha definido la obligación desde dos perspectivas, a saber; la del *deudor* y la del *acreedor*.

Desde la primera perspectiva, la obligación es «un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra» (Ospina, 2008, pág. 20). Entre tanto, desde la segunda óptica, es el «vínculo jurídico en cuya virtud una persona, llamada *acreedor*, puede exigir a otra llamada *deudor*, la realización de una conducta consistente en *dar, hacer o no hacer*» (Ortiz, 1997, pág. 1). Como se evidencia, en la primera definición se exalta el papel de la persona sobre la cual recae el adeudo de cumplir la prestación, esto es, el deudor, mientras que en la segunda se matiza el papel del beneficiario del primero, es decir, el acreedor.

En conexión de ambas perspectivas, la obligación es un *vínculo jurídico – iuris vinculum-* entre dos partes que se comprometen unilateral o recíprocamente; unilateralmente cuando sólo existen obligaciones para una de las partes –por ejemplo, en el contrato de donación en dónde sólo el donante se obliga- y recíprocamente cuando ambas partes tienen que satisfacer prestaciones para con su par –por ejemplo, en el contrato de compraventa en dónde el vendedor se obliga a entregar la cosa y comprador a pagar el precio-.

2.2. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Corolario de lo expuesto anteriormente, la palabra obligación tiene tres acepciones, es decir, se emplea indistintamente de tres maneras en el lenguaje jurídico. (1.) En primer lugar, como el vínculo jurídico considerado en su integridad, es decir, tal y como se define líneas atrás; (2.) en segundo orden, en su aspecto pasivo en cuyo caso el término *obligación* es sinónimo de *derecho crediticio -o*

derecho personal, como lo afirma cierta parte de la doctrina con menos propiedad y, (3.) en tercer lugar, como la deuda o el aspecto pasivo del vínculo (Ortiz, 1997). Estas acepciones vislumbran la existencia de tres elementos dentro de un mismo concepto; (1.) el jurídico, (2.) el subjetivo y (3.) el objetivo (Ortiz, 1997). Es decir, tanto el vínculo, como las partes y la deuda, son elementos propios del concepto de obligación.

En este sentido, el *elemento jurídico* es en sí mismo el vínculo que existe entre el acreedor y el deudor –en el caso de la responsabilidad médica entre, por una parte, el paciente y, de la otra, el médico y la entidad encargada de prestar el servicio de salud- (Ortiz, 1997). Sea propio en este momento aclarar que, pese a las amplias discusiones que existen al respecto, este vínculo puede surgir en los *contratos*, en los *cuasi contratos*, en el *delito* o la *ley* (Hinestrosa, 2015). En el contrato cuando su fuente es un acto voluntario de las partes, en el cuasicontrato cuando nacen de la ley, sin contrato previo, por el hecho voluntario de las partes, del delito cuando surgen de una conducta típica, antijurídica y culpable, y de la ley cuando se originan en la mera norma.

Ahora bien, acorde con esto, la obligación de la entidad prestadora del servicio de salud y del médico con el paciente generalmente se deriva de un contrato (*v. gr.* el contrato de prestación de servicios profesionales y la afiliación a la EPS). Aunque no sea demás aclarar que el médico, en tanto profesional, tiene deberes legales y éticos que rigen el ejercicio de su arte y de los cuales surgen obligaciones para con la sociedad y, especialmente, con su paciente (Domínguez, 2007). Respecto a este tema, en el derecho comparado existen antecedentes interesantes respecto al manejo que el profesional de la salud le debe dar a la historia clínica en atención a los derechos del paciente, la información y la documentación clínica. En este sentido: «La ley colombiana N° 23 de 1981, contiene las normas en materia de ética médica. De esta manera, Colombia se

encuentra en la línea de los pocos países que, como Francia⁸ y Luxemburgo⁹, los Códigos de Ética son instrumentos legales de obligatorio cumplimiento, a diferencia de una gran parte de países, donde los Códigos deontológicos solo obligan moralmente¹⁰» (Woolcott, 2014, pág. 249).

Por otra parte, el *elemento subjetivo*, es el referente a los sujetos que intervienen en la obligación, quienes pueden ser personas naturales y jurídicas (Ortiz, 1997). En el caso objeto de estudio, por un parte, se encuentra el paciente como acreedor de la prestación diligente del servicio de salud y, de la otra, el médico y la entidad prestadora del servicio como deudores de la misma. Es decir, el paciente, desde la perspectiva que conviene al propósito de este trabajo –*esto es, la de la responsabilidad médica*–, es el sujeto activo de la obligación, quien exige, mientras que, el médico y la entidad prestadora del servicio, son sus deudores.

⁸ «El 25 de abril de 2005 entra en vigencia en Francia la ley N° 2005-370 relativa a los derechos de los pacientes y el final de la vida. La ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, ley relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, modifica entre otras normas, el Código de salud pública (1953, reformado últimamente en 2008). Igualmente, este código, regula los derechos del paciente» (Woolcott, 2014, pág. 13).

⁹ «En Luxemburgo, la ley de establecimientos hospitalarios de 28 de agosto de 1998, contempla los derechos de los pacientes en el capítulo 10. En este dispositivo legal se comprenden derechos básicos, sin embargo no se encuentra sanción alguna para el caso de incumplimiento. El Código de ética médica ha sido aprobado por Decreto Ministerial de 7 de julio de 2005 cuyo capítulo IV se refiere a las relaciones entre el médico y el paciente. Dado que este código emana de autoridad con facultad de legislación, es jurídicamente vinculante» (Woolcott, 2014, pág. 13).

¹⁰ «En Europa, encontramos que Italia establece que los derechos de los pacientes se rigen por el Código Deontológico, ergo, no existe carácter jurídicamente vinculante. Sin embargo, Italia ha adecuado su legislación a la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997 (este país firma el Convenio de Oviedo de 1997 el 4 de abril de 1997, pero no lo ratifica). Las otras disposiciones legales que se refieren a los derechos del paciente en Italia están dadas por los artículos del 13 al 32 del Constitución italiana, la ley 833 de 1978; la ley 135 de 1990; el D.M. de 15 de enero de 1991; el D.M. de 27 de abril de 1992; la ley 675 de 1996 y la ley 91 de 1999. En Portugal, son diversos los dispositivos legales que hacen referencia a los derechos de los pacientes. Así, la ley fundamental de la salud 48/90 de 24 de agosto de 1990, la ley de salud mental N° 36/98 de 1998 y la ley N° 45/2003, de 22 de agosto de 2003, sobre terapias no convencionales. Se encuentran también la ley N° 12/2005 de 26 de enero de 2005, sobre información genética personal y la información sanitaria; la ley N° 32/2006 de 26 de junio de 2006, sobre la procreación médica asistida; la ley N° 60/2003 de 1 de abril de 2003 sobre atención primaria de la salud y la ley N° 281/2003 de 8 de noviembre de 2003 sobre la continuidad de la atención de la salud. Portugal firma el Convenio de Oviedo el 4 de abril de 1997 y lo ratifica el 13 de agosto de 2001. Por su parte, el Código deontológico contempla también los derechos del paciente, pero carece de carácter vinculante. [...] En Latinoamérica prevalece el carácter no vinculante de los Códigos de ética, de los cuales el caso Colombiano es una excepción, por tener un Código de ética aprobado por ley (L. 23 de 1981)» (Woolcott, 2014).

En este sentido, en términos generales, el sujeto activo puede o no estar determinado al surgir la obligación, pero al hacerse exigible, debe estar determinado plenamente, así mismo, con posibilidad de discusión¹¹, siempre será una persona natural, entre tanto, el sujeto pasivo de la obligación debe estar determinado desde el nacimiento de la obligación y puede ser una persona natural o jurídica (Ortiz, 1997). En lo que refiere a la responsabilidad médica tanto paciente como médico y entidad prestadora del servicio deben estar determinados desde el surgimiento de la obligación.

Lo anterior, por cuanto, en sana lógica, el médico debe saber a quién va a prestar sus servicios dado las *acreencias personalísimas* que median en este tipo de relación. En gracia de discusión, para aplicar un procedimiento clínico se debe saber a quién se va aplicar, pues el mismo depende del paciente; por ejemplo, no es lo mismo realizar una cirugía a un paciente que sufre hemofilia que a una persona sin ningún tipo de enfermedad crónica. Por ello, el paciente, en tanto acreedor, debe estar determinado desde el principio de la obligación, esto es, desde la realización del contrato mismo.

En el caso de la responsabilidad médica, el sujeto activo *–el paciente–* siempre debe ser una persona natural. Esto por cuanto, sólo un individuo de la especie humana es susceptible de los servicios médicos, esto, por cuanto la medicina es el arte que estudia las enfermedades que afectan al ser humano, los modos de prevenirlas y las formas de tratamiento para curarlas (López & Terrada, 2000). De manera que, cómo el objeto o la finalidad del derecho es la justicia, el de la medicina es la salud y, evidentemente, la salud, por lo menos en el caso planteado, sólo puede predicarse de la persona humana.

¹¹ La doctrina asegura que el sujeto activo de la obligación, es decir, aquel que se beneficia y puede exigir una prestación siempre debe ser una persona natural (Ortiz, 1997). No obstante, esta proposición teórica debe analizarse con detenimiento pues desde el punto de vista práctico una persona jurídica también puede a través de sus agentes una prestación. Piénsese, en gracia de discusión, en un contrato para pintar las instalaciones de una persona jurídica; como se puede deducir fácilmente, el beneficiario es la persona jurídica en tanto tal y la misma puede exigir el cumplimiento de la misma a través de sus agentes, por ejemplo, de su representante legal.

Así mismo, cuando se afirma que el sujeto pasivo de las obligaciones de las que es acreedor el paciente, puede ser una persona natural o jurídica, se quiere enfatizar en qué tanto el profesional de la salud –*el médico*- como la entidad prestadora del servicio –*hospital, EPS, IPS, etc.*- son responsables de los daños que se le ocasionen a la persona natural del paciente si se cumplen las condiciones de configuración de la responsabilidad médica.

Ahora bien, visto el elemento jurídico de la obligación desde la perspectiva del acreedor –*anteriormente citada*-, se trata de la existencia de un vínculo de derecho que lleva al constreñimiento, a la coerción, para que el paciente pueda exigir al médico o la entidad prestadora del servicio de salud una determinada conducta. Por efecto de la obligación, se entiende que la parte deudora está constreñida a cumplir la prestación del servicio de salud conforme a lo pactado, *so pena* de comprometer su responsabilidad.

2.2.1. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

Es pertinente, aclarar que, dentro de las múltiples clasificaciones de las obligaciones conforme a su objeto, la del médico con el paciente, se entiende como una *obligación de medio* y *no de resultado*. Al respecto:

De introducción relativamente reciente en la doctrina, esta clasificación se endereza a determinar cuándo hay o no inejecución de obligaciones y el papel que desempeña el caso fortuito, cuestiones estas que son fundamentales para valorar la responsabilidad que compete al deudor por la referida inejecución. Dícese que la obligación es *de medios* cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza. *Tal es la del médico que debe cuidar a su paciente sin que tenga que responder de la curación de éste* y la del abogado que se encarga de un pleito que fracasa para su cliente, pese al escrupuloso manejo del litigio por aquel. La obligación es *de resultado* cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella. Así, pertenece a esta categoría la que tiene el arrendatario de restituir la cosa arrendada al vencimiento del término del contrato (Cursiva agregada) (Ospina, 2008, págs. 26,27).

Corolario, las obligaciones son de resultado, cuando el deudor las garantiza. Dentro de la responsabilidad médica, la jurisprudencia ha determinado que *la responsabilidad del cirujano plástico es de resultado*, pues debe garantizar a su paciente lo ofrecido (CSJ, Ref. 20001-3103-005-2005-00025-01, MP: Solarte, A). Entre tanto, son de medio, cuando no se garantiza el resultado; pero se deben cumplir las normas de ciencia, técnica y arte en la prestación debida –*lex artis*-. En efecto, el médico general no garantiza devolver la salud a su paciente, pero si realizar un escrupuloso manejo de los procedimientos para ello. Así, la entidad prestadora del servicio de salud y el medico como su agente, cuando no se trata de una cirugía plástica, deben seguir todos los lineamientos que rigen el ejercicio de la medicina, so pena de que, en caso de ocasionarse un daño contemplado dentro de los riesgos previsibles que rigen el oficio del galeno, se deba responder patrimonialmente.

Se ha sostenido erróneamente que las obligaciones son de medio cuando se debe actuar con diligencia y cuidado, mientras que las de resultado no (Cubides, 2005). Es errada esta opinión por cuanto la diligencia se requiere en toda actividad humana. La importancia de esta clasificación radica en materia probatoria: en las obligaciones de medio se debe demostrar que no se actuó conforme a lo que exigía la profesión, es decir, de acuerdo con los dictados de la ciencia, arte u oficio de que se trate (Ortiz, 1997). Para ello, en lo que refiere a la responsabilidad médica, la historia clínica, entendida como la bitácora de trabajo del médico, se emplea como el medio de prueba principal.

Finalmente, en lo que refiere al *elemento objetivo*, consiste en la prestación o conducta que debe realizar el deudor, la cual, tal como lo preceptúa el Código Civil en su artículo 1495, puede ser de dar, hacer o no hacer (Ortiz, 1997). Es de dar, cuando se trata de transferir el dominio u otro derecho real; de hacer, cuando consiste en la ejecución de un hecho diferente de trasferir el dominio u otro derecho real; y, de no hacer, cuando se basa en abstenerse de ejecutar determinada actuación. En gracia de discusión, la conducta de dar siempre recae

sobre una cosa material, entre tanto, la de hacer, sobre cosas o conductas de hombre –v. gr. *prestación de servicios*-.

Así las cosas, la obligación del médico y de las entidades prestadoras del servicio de salud es de hacer. Esto es, de aplicar al paciente todos los procedimientos clínicos y los conocimientos científicos tendientes a mejorar la salud del paciente. Solamente se garantiza determinado resultado, aunque con un espacio para el debate, cuando se trata de un procedimiento estético. Se dice que con oportunidad para debate, pues, aunque el cirujano estético ofrezca un determinado resultado, no puede garantizar el mismo, dado que él depende de la evolución natural de los procesos biológicos del paciente –*por ejemplo, la cicatrización*-, lo cual, por más desarrollado que esté su arte en el sentido de ser previsible -*esto es, de considerarse un riesgo evitable (alea terapéutica)*-, no depende de ningún galeno. Conforme con esto, el profesional de la salud se obliga a poner en práctica sus conocimientos científicos más no a curar o mejorar al paciente, habiendo la oportunidad incluso para causar daños en la salud del mismo, sin que sea responsable jurídicamente de ellos -*casos en los que median riesgos inevitables*-.

Cuando estos daños se originan en la omisión de los procedimientos o en la aplicación tardía o indebida de los mismos se genera la responsabilidad civil contractual y, en particular, la responsabilidad médica.

2.3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Los elementos de la responsabilidad civil contractual son: el incumplimiento culpable del deudor, la mora del deudor, el daño para el acreedor y el nexo causal entre el incumplimiento culpable y el daño causado (Ortiz, 1997). En virtud de ello, por analogía, los elementos de la responsabilidad médica serán; el incumplimiento culpable del médico, el daño para el paciente no contemplado dentro de los riesgos inevitables que intervienen en el ejercicio de la medicina y el nexo causal

entre el incumplimiento culpable y el daño causado (Tenera & Mantilla, 2004). Sin embargo, esto requiere cierta meditación.

Según la doctrina francesa, en cabeza de los hermanos Henry y León Mazeaud (1977), los elementos axiológicos de la responsabilidad son; *el daño, la culpa y el nexo causal*. Empero, algunos sectores de la literatura jurídica moderna, han proyectado una fórmula para superar estos antiquísimos elementos, sosteniendo que ellos pueden reducirse a dos, a saber: por una parte, *el hecho ilícito o antijurídico* y, de la otra, *el daño que afecta el interés ajeno* (Tamayo, 2007; Ospina, 2008; Ortiz, 1997). Conforme con esto, en tratándose de responsabilidad médica, tal como lo manifiesta Deik (2010), será antijurídico el daño que el paciente no tiene la obligación jurídica que soportar por cuanto no está incluido dentro de los riesgos médicos inevitables, particularmente por no ser inherente a su patología o a los procesos biológicos naturales de su cuerpo.

No obstante, esta postura vanguardista ha tenido bastante contradicción en el ámbito práctico, especialmente en la jurisprudencia. Al respecto:

Existen algunos casos en los que se sostiene que no se requiere la nota de ilicitud o antijuridicidad del hecho y de su consecuencial daño y al efecto se mencionan normas que permiten, por ejemplo, cavar en suelo ajeno para sacar dinero o alhajas propias (art. 702 C.C.) o el del dueño de un fundo que no tiene salida a la vía pública en cuyo caso puede, es decir tiene derecho, a imponer servidumbre de tránsito a los colindantes, ocupando el terreno ajeno necesario (art. 905 ib.) y en el Código de Comercio se podría citar el art. 1071 que da derecho a la resolución unilateral del contrato de seguros o, volviendo al Código Civil, el art. 2056 que permite, es decir da derecho, al que encarga una obra para hacerla cesar (CE, SCA, S3, Rád: 5902, CP: Greiff, G.).

Con ocasión a las críticas, y atendiendo a que sin embargo la jurisprudencia nacional se ha construido con fundamento en la doctrina francesa (Deik, 2010), se meditará un poco más sobre la misma.

A. EL DAÑO

El primero de los elementos mencionados es el daño. En lo que respecta a su naturaleza, el artículo 1494 del Código Civil, lo refiere como el «hecho que ha interferido injuria o daño a otra persona». En este escenario, solo será relevante el desarrollo de este concepto en a efectos de imputar la responsabilidad a su agente, cuando el mismo sea antijurídico y con una connotación anormal y excepcional que permita considerar configurada su imputación en cabeza de quien será la parte demanda –*en caso de ser necesario un proceso para la reivindicación de quien ha tenido que soportar el daño, v. gr. el paciente-* (CE. SCA. S3. Ref. 18364, CP: Gil, E.). Así las cosas, se establece la antijuridicidad del daño, a modo de ejemplo, «acreditando lo sencillo que resultaba para el cuerpo médico la actualización del conocimiento en relación con la determinación del diagnóstico correcto o, cuando el error es craso e inexcusable, a todas luces imputable al agente mismo» (Deik, 2010, pág. 5), es decir, en términos generales, probando la negligencia del agente.

En términos amplios, y con mucha discusión, la culpa o la negligencia se ha definido por la doctrina y la jurisprudencia como «el error de conducta en el cual no habría incurrido una persona prudente en las mismas circunstancias que el autor del daño, o como la falta de previsión del resultado dañino previsible, como la confianza imprudente en poder evitarlo» (Deik, 2010, pág. 5; Ternera & Mantilla, 2004). Esta definición es complementada con la clasificación tripartita presente desde el Derecho Romano, a saber; *grave, leve y levísima*.

B. LA CULPA

La culpa grave -*negligencia grave o culpa lata-* «consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios» (Ortiz, 1997, pág.

111). Está culpa, en materia civil, equivale al dolo o la intensión positiva de realizar la conducta reprochada.

Por otro lado, la culpa leve se entiende como «la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios» (Ortiz, 1997, pág. 112). Está se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. Como lo sostiene la doctrina (Woolcott, 2015), actualmente, la tendencia es a que los galenos respondan civilmente hasta este grado de culpa.

La culpa levísima, finalmente, «es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la realización de sus negocios importantes» (Ortiz, 1997, pág. 112). Es decir, la falta de cuidado en los detalles menos importantes al momento de realizar las gestiones encomendadas.

Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil preceptúa:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes (Cursiva agregada).

Esta forma de responsabilidad, tiene especial importancia en las obligaciones de medio, como las que surgen de la relación *médico y entidad*

prestadora del servicio de salud - paciente, porque en las de resultado se trata de una responsabilidad objetiva y se responde porque el resultado no se dio.

Por otra parte, dentro de la doctrina de la responsabilidad actualmente se acuña el tema concepto de *alea terapéutica*, a consideración propia, para excluir al profesional de la medicina de responsabilidad frente a lo que se conoce como el error médico o el evento adverso (Woolcott, 2014). En efecto, dentro de los riesgos que implica el ejercicio de la medicina se tienen algunos que son evitables, y por lo tanto, que en caso de generar daño, son susceptibles de imputación al profesional y otros que son inevitables y que congruentemente se escapan de la posibilidad de atribuírsele a alguien; se tratan de situaciones que si bien no configuran el caso fortuito, por cuanto puede que sean previsibles, no son controlables, pues la *lex artis* no avanzado al punto de poderlas evitar. Frente a esta contingencia, altamente impulsada por el Derecho de los Seguros para evitar responder patrimonialmente por estos sucesos, en la doctrina francesa, tal como lo expone Woolcott (2015), se han creado unos fondos de solidaridad en los cuales se depositan rubros para poder indemnizar a los pacientes víctimas de los eventos adversos que por su naturaleza no son atribuibles ni al galeno ni a la entidad prestadora del servicio de salud.

Ahora bien, cuando el demandado es una entidad estatal –*para mostrar las relación de la responsabilidad civil medica con el Derecho Administrativo-*, el elemento culpa es reemplazado por el concepto de *falla en el servicio*, consistente en un error funcional u orgánico que se funde en un servicio que la administración debía prestar –*v. gr. la salud-*, bien por disposición de la ley o de los reglamentos cuando de hecho lo asume, y no lo presta o lo hace de manera irregular en el espacio o en el tiempo (CE. SCA. S3. Réf: 5902, CP: Greiff, G.). Empero, el Consejo de Estado (Réf. 5902, CP: Greiff, G.), contrario a la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 90 de la Constitución Política¹², ha reiterado que no

¹² Señala el mentado artículo: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas». Como se denota, la norma no preceptúa causales de exclusión de responsabilidad para él Estado, por ello,

toda falla implica responsabilidad del ente administrativo, sino sólo cuando provenga de una conducta negligente o descuidada en el servicio.

En responsabilidad médica, como lo señala la doctrinante colombiana Carolina Deik (2010), son innumerables las formas de culpa que pueden existir. Puede tratarse de un daño originado desde la tardanza en la atención, hasta la falta de cuidados posoperatorios, pasando por diagnósticos errados, impericia en la actividad del galeno, el olvido de elementos quirúrgicos dentro del paciente y, en general, cualquier incumplimiento de los deberes principales y secundarios que van implícitos en la actividad profesional del médico.

Con profunda contradicción ideológica a los postulados del Estado Social de Derecho y, en especial a lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política –respecto a lo cual se reflexionó sumariamente líneas atrás (pie de página número 12)-, cierta parte de la doctrina (Deik, 2010), arguyendo la situación real del sistema de salud colombiano, ha tenido la osadía, considerada por cierta parte de la doctrina como un *atino*, de afirmar que la responsabilidad médica no se encuentra comprometida por la falta de equipos necesarios para lograr un diagnóstico eficaz y rápido, ni se cuestiona la falta de médicos especialistas en determinada sede de las entidades, sino que se analiza el hecho dañoso dentro del marco de las posibilidades de acción del Estado, con fundamento en la siguiente premisa:

Al médico no se le exigen milagros ni imposibles; pero si está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquello que escapa a sus posibilidad, pero que está dentro de las que tiene otro; a intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimientos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias, habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión.

como lo sostuvo en su momento la jurisprudencia; la responsabilidad estatal es objetiva (CE. SCA. S4. Ref: 14515, CP: Hoyos, R.).

De consiguiente, el eje de la responsabilidad médica gira sobre los siguientes postulados: hacer todo aquello que esté indicado hacer, consideración habida al grado de progreso de los conocimientos médicos ya los recursos disponibles en el correspondiente medio; y abstenerse de hacer todo aquello que no deba hacerse, en atención a las mismas circunstancias (Pérez, 1955, pág. 201).

Se considera que esta posición es un desatino para el Derecho Administrativo pues, aunque fortalece la teoría de la responsabilidad en el marco del Derecho Civil y del Derecho de Seguros -v. gr. *alea terapéutica/riesgo inevitable*-, trasgrede los postulados constitucionales superiores. Sí bien es cierto que a los médicos –*personas de Derecho Civil*- no se les puede exigir cosas imposibles, ni a las aseguradoras amparar los daños inevitables, ellos no son los únicos acreedores del paciente, sino también las entidades prestadoras del servicio de salud públicas o privadas –*ambas equiparables a personas de Derecho Público*¹³, y, en ese sentido, la falta de médicos o de equipo no se puede considerar una situación ajena a la falla en el servicio, por el contrario, debería ser el origen de una responsabilidad especial. La responsabilidad estatal frente al médico y a una entidad estatal no puede ser equiparada ni siquiera para el desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil, esto, por cuanto, la responsabilidad pensada por el constituyente es de naturaleza objetiva –*no obstante, las diferentes interpretaciones que le ha dado la jurisprudencia*-, esto se percibe en la redacción misma del artículo 90 de la Constitución. Adicionalmente, la tendencia actual en el derecho comparado en materia administrativa es hacia la responsabilidad objetiva en el plano de los errores médicos (Woolcott, 2015), es decir, a que el Estado siempre debe responder solidariamente por los daños generados sobre un paciente en el curso de un tratamiento médico.

¹³ Cabe destacar que la salud es constitucionalmente es un servicio público –*referido por la jurisprudencia constitucional con la categoría de derecho fundamental*- y por ello está a cargo del Estado así se preste por conducto de empresas privadas. Por ello, existe reglamentación estricta respecto a quienes pueden prestar el mentado servicio. Para el propósito de la investigación se tiene que ambas personas se consideran como personas de Derecho Público; ello, simplemente de manera analógica pues existen múltiples diferencias entre una y otra.

Ahora bien, con ocasión a esta posición, el Consejo de Estado (Ref. 9467, CP: Fajardo, M.), ha interpretado que el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio de salud deben juzgarse a la luz de la *lex artis*, es decir, de:

Las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente (CE. SCA. S3. Ref: 9467, CP: Fajardo, M.).

Según la doctrina, a nadie puede exigírsele el don de la infabilidad, sino que se debe juzgar cada caso según la disponibilidad de medios, el estado del arte y la posibilidad técnica que tenía el médico tratante de actualizar su conocimiento (*v. gr. teoría de la alea terapéutica*), porque «la falla del servicio no puede predicarse de un estado ideal sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla» (CE. SCA. S3. Ref. 20511, CP: Correa, R.). Esto se ha denominado falla o culpa relativa. Es parcialmente cierto por cuanto no puede exigirse del médico y de la entidad conocimientos más avanzados a la *lex artis* o tecnología médica más desarrollada, sin embargo, cuando se refiere a una entidad estatal, no resulta ilógico justificarse en la falta de médicos especialistas en determinada sede para excluir la responsabilidad. Ello, por cuanto, en el Estado diseñado por el constituyente de 1991, la persona es considerada un fin en sí mismo y no un medio (C. Const. T-406/1992, MP: Angarita, C.), así las cosas, debe suministrar todos los recursos necesarios para un tratamiento posible, si no lo hiciere, deberá responder patrimonialmente por los daños que genere.

Conforme a la jurisprudencia actual, cuando de las pruebas se deduzca que un médico especialmente prudente y diligente probablemente habría incurrido en el mismo error que cometió el médico tratante, no habrá lugar a endilgarle culpa a éste; puesto que ella sólo se deduce cuando, comparado el comportamiento del

responsable con la conducta abstracta que habría tenido una persona diligente, el proceder del primero pueda ser susceptible de juicio de reproche (CE. SCA. S3. Ref: 9467, CP: Fajardo, M.). Esto refuerza la teoría de la responsabilidad civil del médico y del Estado y no está en contravía con la posición asumida hasta aquí respecto a los eventos a los que se trate de falta de cobertura de profesionales o de equipo médico existente.

Ahora bien, dentro de la actividad médica, en tanto actividad humana, existen una serie de riesgos evitables y riesgos inevitables; los primeros, son susceptibles de imputación al Galeano, es decir, configuran la culpa médica, ello por cuanto es un riesgo previsible y posible de evitar a través de la aplicación estricta de la *lex artis*. Entre tanto, los segundos, esto es, los riesgos inevitables deben ser asumidos de manera estricta por el paciente pues no están dentro de la capacidad de control del operador médico (Woolcott, 2014).

C. EL NEXO CAUSAL

Finalmente, el nexo causal es el vínculo que une la conducta culposa del agente y el daño. Este elemento es fundamental cuando se pretende endilgar responsabilidad médica, ello, por cuanto, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños con ocasión a la conducta del primero, no permite indefectiblemente imputar responsabilidad civil al galeno, pues las pruebas aportadas al proceso, de manera constante, suscitan dudas respecto a si el obrar del profesional fue, en puridad de verdad, el que ocasionó el perjuicio (Bueres, 2004). En este sentido, en juicio se exige siempre la demostración de un vínculo causal acudiendo a las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística.

Demostrado ese nexo, mediante pruebas pertinentes, conducentes y necesarias, el deudor sólo podrá exonerarse demostrando la intervención de un

elemento extraño con la virtualidad de romper la cadena causal, que puede ser un hecho constitutivo de fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima. En este punto, se tiene que la historia clínica resulta ser el relato de los procedimientos practicados por el galeno al paciente, por ello, es la documentación en la cual se soportaría el nexo causal que se requiere para configurar la responsabilidad médica, de no ser, porque esta es escrita por la persona a quien perjudicaría en caso de que se causara un daño, es decir, en términos de probática, porque es constituida por el medico previendo la situación del daño como posible y proyectando su defensa en el mismo caso.

Lo anterior, sin perjuicio de la presunción de buena fe que ampara las relaciones sociales en la Constitución de 1991 y de la lealtad procesal que rige el procedimiento civil, pero asumiendo una posición asociada a la interpretación de este principio a la luz del valor de la justicia (C. Pol. Preámbulo), en el cual prevalece la realidad sobre las formas. Así las cosas, aunque se presume que el medico actúa de buena fe no puede desconocerse que al manejar una ciencia es connatural que documente los procedimientos a la luz de la probática, en relación con su derecho a no incriminarse a sí mismo y que la Entidad que custodie la patografía o la historia clínica no se obligue a entregarla cuando sea requerida para un proceso en el cual se va a perjudicar (C. Pol. art. 29). En este sentido, debe evitarse el tener esta prueba como fundamental en el proceso de responsabilidad médica.

Ahora bien, tal como se afirmó líneas atrás los elementos de la responsabilidad médica, por analogía con la responsabilidad civil, son en concepto propio, el incumplimiento culpable del médico, el daño para el paciente y el nexo causal entre el incumplimiento culpable y el daño causado. Estos son compatibles con la teoría francesa manejada en Colombia.

En efecto, antes que el daño, por lo menos temporalmente, se da un incumplimiento culpable del médico. Su culpabilidad es hasta la culpa leve, ello, por cuanto, sus servicios resultan tanto beneficiosos para el paciente como para él mismo con ocasión a qué es un trabajo por el que obtiene una retribución. En este sentido, debe emplear aquella diligencia y cuidado que los demás médicos empleen ordinariamente en sus tratamientos.

Se habla de incumplimiento toda vez que su obligación, cómo se afirmó líneas atrás, es poner en práctica sus conocimientos e instrumentos científicos en la situación concreta de su paciente, si por el contrario se aparta de esta *lex artis*, indudablemente incumple el deber con independencia de que genere o no un daño.

Siguiendo esta línea de argumentación, en el incumplimiento culpable del médico, puede o no, generarse un daño. El daño se puede entender como una carga que el paciente no debe soportar pues no tiene su origen en la dolencia que padece sino en la negligencia del médico.

Finalmente, el nexo causal entre uno y otro elemento, en concepto propio, resulta más claro explicado así. Ello, por cuanto, el daño debe originarse en el incumplimiento del médico, el cual es temporalmente previo, y puede darse o no.

3. LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Ahora bien, expuesto lo anterior, conviene preguntarse ¿cuál es el papel de la historia clínica dentro los casos de responsabilidad médica? Es propio determinar el sentido de la pregunta; acorde con lo relatado en el anterior acápite,

el elemento más importante de la responsabilidad médica es la comprobación del *nexo causal* entre el daño que presenta un paciente y la actuación del galeno en tanto agente de la entidad prestadora del servicio de salud. Así las cosas, ¿la historia clínica es o no un elemento material probatorio para probar el incumplimiento de las obligaciones del médico y la entidad clínica para con su paciente? Para responder a este interrogante se deberá primero tratar el concepto historia clínica, sus elementos, y su posibilidad de usarse como prueba en un proceso civil de responsabilidad galénica.

3.1. CONCEPTO DE HISTORIA CLÍNICA

Para responder a esta cuestión es menester indagar por el concepto de *historia clínica*. Se denomina como tal, al conjunto de la información recopilada por el médico referente a su paciente, es decir, la persona natural que acude a su presencia para tratar una enfermedad (Arias, Aller, Fernández, Arias, & Lorente, 2004). También se conoce como *patografía* en tanto que es la descripción de la enfermedad.

Al respecto, la Ley 23 de 1981, «Por la cual se dictan normas en materia de ética médica», define en su artículo 34 la patografía en los siguientes términos: «La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley». De esta definición legal se pueden extraer al menos tres postulados, a saber: (I) la patografía es un documento; (II) el galeno tiene la obligación de registrar en el las condiciones de salud del paciente y (III) es privado y, por lo tanto, sólo se usará en un proceso judicial o administrativo, o para cualquier otro

propósito, previa autorización del paciente o de una orden de juez de la república¹⁴.

3.2. ELEMENTOS DE LA HISTORIA CLÍNICA

Según LAÍN (1950) la patografía constituye el documento fundamental y elemental del saber médico porque en ella radica tanto el progreso de la medicina como la formación personal de cada médico. Así las cosas, se compone de cuatro partes; (1) anamnesis, (2) exploración, (3) evolución y (4) epicrisis.

La palabra anamnesis proviene del griego *anámnese*. El mismo es sinónimo en castellano de recuerdo, arte de recordar o de adquirir memoria. En medicina se refiere al interrogatorio o diálogo que realiza el médico con el enfermo para conocer su enfermedad (Arias, Aller, Fernández, Arias, & Lorente, 2004). El galeno con este fin busca en el diálogo con el enfermo toda la información necesaria para poner en práctica sus conocimientos.

Por otro lado, la exploración es un acto de examen o de investigación del enfermo ya realizado directamente por el médico o con un instrumental apropiado (Laín, 1950). El examen del enfermo realizado directamente por el médico, con sus sentidos, se denomina *exploración física* y el examen realizado con técnicas instrumentales se denomina *examen complementario*. Al primero compete el examen de los signos físicos que son considerados como síntomas perceptibles por el galeno mediante los métodos de inspección, palpación, percusión, auscultación y olfatación.

¹⁴ Sumariamente cabe destacar que la historia clínica se considera un documento privado en aras de garantizar principios constitucionales como la dignidad humana y derechos que lo concretan como la intimidad.

Ahora bien, la evolución refiere al curso normal de la enfermedad o patocronia (Laín, 1950). Es la evolución del proceso biológico desde que se formula el diagnóstico hasta su terminación. Es decir, el desarrollo de la enfermedad, el tratamiento, médico y quirúrgico y la respuesta al tratamiento. Está consta de la *gráfica clínica*, en la que se registra la temperatura, pulso, presiones, ritmo respiratorio, diuresis, heces, volumen y características de líquidos drenados, resultados de los exámenes complementarios, tratamientos, cantidad y calidad de los alimentos así como la vía de administración y *el diario de observación* consistente en la descripción evolutiva de la enfermedad a su vez resultado del interrogatorio y exploración diaria del paciente, por lo que se considera la biografía de la enfermedad.

Finalmente, la epicrisis es el juicio científico de la enfermedad y cierra la historia clínica cuando fallece el enfermo o es dado de alta por curación (Arias, Aller, Fernández, Arias, & Lorente, 2004). Se realiza revisando los datos recogidos en las otras partes de la historia clínica para elaborar la interpretación del caso.

Inicialmente se interpretan y agrupan de forma coherente todos los datos que fundamentan el diagnóstico de la enfermedad, así como el diagnóstico diferencial, para lo cual se exponen las razones por las que se excluyen otras enfermedades. Es considerada de alta importancia al establecer una relación entre las circunstancias etimológicas y las manifestaciones clínicas, que constituyen la expresión de sus mecanismos patogénicos y fisiopatológicos, así como recoger las características individuales de la enfermedad toda vez que cada individuo tiene una manera particular de enfermar.

Posteriormente, se fundamenta la indicación terapéutica. Respecto de la operación quirúrgica se realiza un relato somero de la técnica empleada e incidente, así como un juicio razonado de la evolución postoperatoria (Laín, 1950).

Por último, se expone como ha finalizado la enfermedad por curación o por muerte, en cuyo caso se exponen los hallazgos necrópsicos.

Ahora bien, respecto a la pregunta formulada al inicio del presente acápite, se considera que la historia clínica es un elemento fundamental para probar, desde la perspectiva del paciente, el daño que se le originó y el nexo causal entre el mismo y la actividad del profesional del médico, y, desde la perspectiva del médico y la entidad prestadora de salud, la diligencia y el cuidado con el que obró en la situación. En definitiva, es un documento fundamental para probar o no el nexo causal entre el daño y la intervención del médico.

En este sentido, Woolcott, Vivas y Garzón (2017) señalan que, en principio, le corresponde a la parte demandante -generalmente la víctima- probar el daño y la relación causal entre este y el acto médico. Empero, en aquellos casos que resulten difíciles de probarse -por ejemplo, en el contagio de VIH a través de transfusiones-, conforme al precedente del sistema interamericano de derechos humanos, la carga de la prueba se invierte, siempre y cuando resulte factible de recaudarse por parte del galeno o la entidad prestadora del servicio de salud.

Aunque se debe analizar en su totalidad, en lo que refiere a la responsabilidad clínica, es fundamental la epicrisis, pues en ella registra la actividad del médico, la que pudo ocasionar o no el daño por negligencia o impericia. El daño, en términos de responsabilidad civil, solo puede ser imputable si proviene de un acto con cierto grado de conciencia y voluntad, es decir, se pregona una responsabilidad en la que interviene el concepto de culpabilidad – *subjetiva*- (ello en el derecho colombiano, pues como se vio en el derecho comparado se busca una responsabilidad objetiva amparada por fondos de solidaridad que permitan la reparación de la víctima). Así las cosas, el ser la epicrisis el momento en el que el médico toma la decisión de cómo actuar frente a

los procedimientos a realizar al paciente, es el acto voluntario en el que puede o no originarse el daño.

Cabe aclarar que, generalmente, los procedimientos determinados en la epicrisis son desarrollados por el equipo de enfermería de las entidades de salud; no obstante, la responsabilidad es exclusiva de la entidad prestadora del servicio y del médico –*salvo que sus subalternos no sigan sus instrucciones*-, pues este equipo sólo actúa como agente del galeno que es quien, a partir de sus conocimiento y experiencia, está llamado a tomar las decisiones sobre el caso, estas, algunas veces son sometidas a junta médica ante la necesidad de tratar un caso especial¹⁵, lo cual vincula directamente a más profesionales de la salud y a la entidad prestadora del servicio.

3.3. VALOR PROBATORIO EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Toda decisión judicial, tal como lo establece el artículo 164 del Código General del Proceso, debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas. Esta garantía hace parte del derecho al debido proceso de las personas, especialmente, de los usuarios de la administración de justicia, pues será el operador jurídico quien inadmita las pruebas obtenidas con violación al debido proceso –*ilegal*- y rechace aquellas que se recaudaron a través de la vulneración de los derechos fundamentales –*ilícitas*- (Quinche, 2009). En el caso de responsabilidad médica, podría considerarse que la patografía se erige como una prueba ilícita cuando fue aportada a un juicio sin el consentimiento del paciente o sin la orden de una autoridad judicial en tanto única capaz de limitar de manera justificada el derecho fundamental a la intimidad de las personas.

¹⁵ Al respecto, el Decreto 3380 de 1981 en su artículo 15 señala: «Entiéndase por junta médica, la interconsulta o asesoría solicitada por el médico tratante a uno o más profesionales teniendo en cuenta las condiciones clínicas-patológicas del paciente».

El artículo 29 de la Constitución Política, en gracia de discusión, refiere de manera expresa, el derecho «a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra». Al respecto:

El derecho de defensa, puntualmente, se centra en la posibilidad de que el administrado conozca y tenga la posibilidad de hacer parte del procedimiento que lo involucra y, a partir de ahí, exponer su posición y debatir la de la entidad correspondiente por medio de los recursos y medios de control dispuestos para el efecto. Por su parte, el derecho de contradicción, tiene énfasis en el debate probatorio, implica la potestad de presentar pruebas, solicitarlas, “participar efectivamente en [su] producción” y en “exponer los argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba”.

En suma, esta garantía procesal consiste, primero, en la posibilidad de que el particular, involucrado en un procedimiento o proceso adelantado por la administración, pueda ser escuchado y debatir la posición de la entidad correspondiente; segundo, presentar pruebas, solicitar la práctica de las que se considere oportuno y, de ser pertinente, participar en su producción; tercero, controvertir, por medio de argumentos y pruebas, aquellas que contra él se alleguen; cuarto, la posibilidad de interponer los recursos de ley y, quinto, la potestad de ejercer los medios de control previstos por el legislador (C. Const. T-051/2016, Mendoza, G.).

Ahora bien, la primera dificultad con que se tropieza quien estudia de modo teórico la ciencia jurídica en lo que refiere al análisis de la prueba judicial nace en la diversidad de acepciones del vocablo prueba en el Derecho Procesal (Escobar, 2010). Ello es así, por cuanto este concepto se usa en sentido medio de prueba, de acción de probar y para designar el fenómeno psicológico, el estado del espíritu producido en el juez por los medios de prueba, «o sea, la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento» (Dellepiane, 1994, págs. 13, 14).

En todo caso, la prueba puede definirse desde dos perspectivas; la concreta y la amplia. Se entiende por prueba, en sentido concreto, los *elementos de convicción* llevados formalmente a un proceso para ser apreciados por el juez antes de tomar su decisión (Rojas, 2004). Por otra parte, en sentido amplio, son la serie de actos llevados a cabo a los efectos de *evidenciar* la veracidad o la falsedad de los dichos expresados por cada uno de los litigantes dentro de un proceso en ocasión de deducir sus respectivas pretensiones (Casado, 2009), o, como lo afirma Echandía (1995), el «conjunto de motivos o razones que de los medios aportados se deducen y que [...] suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso» (pág. 23). Por lo tanto, tal como lo refiere Bonnecase (1944), el objeto de la prueba se reduce a demostrar la existencia de los hechos que originan relaciones de derecho y situaciones jurídicas.

Empero, el objeto de la prueba no son los hechos como tradicionalmente se enseña¹⁶, sino las afirmaciones que sobre estos efectúan las partes en un proceso (Lluch, 2012). Los hechos, en efecto, existen en la realidad, fuera del proceso, pero ante los jueces sólo se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismos, generalmente, a través de los escritos de demanda y su contestación, conocidos doctrinalmente como «escritos de alegación» (Sanjurjo, 2013, pág. 23). En este sentido, opina Steín (1990), «[...] el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. En todos los demás casos, se le presentan como afirmaciones de las partes» (pág. 23). De modo tal, que los hechos necesitan la carga de la alegación por parte de los partes del proceso, ya sea a través de apoderado judicial o directamente por los sujetos enfrentados en los casos que la ley lo permite, se concluye entonces que son el objeto de la prueba son las afirmaciones de los litigantes en cuanto contienen hechos.

¹⁶ Según Escobar (2010), la prueba es una situación abstracta, constituida por todo acontecimiento voluntario o involuntario, y por toda cosa susceptible de ser demostrada por los medios y formalismo legales. Congruentemente, «prevalece el concepto que ve en los hechos el objeto de la prueba, esto es toda realidad susceptible de ser probada» (pág. 201). En la misma línea, Peña (2010) afirma de manera expresa «el objeto de la prueba son los hechos, situaciones, actos y contratos que fundamentan derechos, pretensiones y defensa de las partes» (pág. 156).

Ahora bien, cabe aclarar, que no todas las afirmaciones de las partes son objeto de prueba, sólo aquellas sobre las cuales no hubiese conformidad (Midón, 2007). Simplemente, si las partes están de acuerdo sobre un hecho el juez lo da por cierto.

Se evidencia entonces que el Derecho Probatorio es la «columna vertebral y/o razón de ser del proceso» (Escobar, 2010, pág. 201). No se puede olvidar que es a través de la sentencia en donde el operador jurídico reconoce o no el derecho sustantivo reclamado por el actor o demandante y para llegar a ella recurre a todas las pruebas regulares y oportunamente aportadas; sólo con la prueba se verifican las afirmaciones y hechos que son cimientos de la sentencia.

Visto lo anterior, se puede concluir que teóricamente existen múltiples tendencias en torno a la interpretación de la prueba judicial. Inicialmente, se debate su concepto o la respuesta a la pregunta ¿Qué es la prueba? Situación que se soluciona mediante la adopción de dos perspectivas, una concreta y una amplia, siendo la primera referida a los elementos de convicción que se emplean dentro del proceso y la segunda a la actividad como tal de evidenciar la veracidad o falsedad de un hecho.

Conviene, en lo que respecta a la patografía detenerse y preguntar ¿la historia clínica es susceptible de ser usada como prueba en un proceso judicial? Como se mencionó anteriormente es un registro documental, e incluso, una de sus partes, la anamnesis, proviene etimológicamente del correlativo del griego en castellano de la palabra *recuerdo*, es decir, es un documento que sirve para recordar el estado clínico del paciente al momento de ponerse frente al galeno y los procedimientos que son aplicados por parte de este último para proponer por su mejoría. Así las cosas, sin necesidad de desarrollar más lo que es evidente, la

historia clínica, como cualquier otro bien mueble susceptible de carácter representativo o declaratorio, sirve de prueba de un hecho o una alegación.

Ahora bien, en la doctrina existe un debate en torno al objeto de la prueba. Situación que esta bifurcada entre autores clásicos que afirman que son los hechos reales y autores modernos que asumen que solo son las alegaciones que se realizan en estrados. Esta situación, en el caso de la responsabilidad médica es fundamental, pues si se prueban los hechos, la historia clínica es un medio preciso –*esto es, pertinente, conducente y necesario*- para demostrar el nexo causal entre un daño y el actuar de un médico en tanto agente de la entidad prestadora del servicio de salud. Por el contrario, sin son las alegaciones, la historia clínica, en tanto constituida por el médico, es un modo preciso de probar que el médico y la entidad prestadora del correspondiente servicio, su constituyente y generalmente aportante, actuaron de manera diligente y precisa, congruentemente que están exentos de responsabilidad frente a los daños que se llevan al conocimiento de un juez.

Asumiendo la última postura, se deduce que en tanto medio de convicción respecto a una alegación no es lógico que una entidad medica aporte como prueba una historia clínica que custodia con las anotaciones que le van a hacer perder el pleito. La práctica muestra que en los casos de responsabilidad medica las historias clínicas carece de anotaciones e incluso son mutiladas a efectos de que su aportante, el centro clínico, pierda la contienda jurídica. No obstante, el deber legal de los médicos de hacer anotaciones precisas y reales, tal como lo establece la Ley 23 de 1961.

Avances jurídicos, como la introducción de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso, tienden a evitar estas acciones ciertamente incorrectas pero que, en concepto propio, se amparan en el derecho constitucional

a no declarar contra sí mismo (C.Pol. Art. 33). Claro es que este derecho se extiende también a las personas jurídicas a través de las declaraciones de sus agentes. Sin embargo, esta situación resulta altamente problemática en la medida en que son estas entidades quienes custodian las historias clínicas, las mismas que son el principal medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica.

La carga de la prueba está sustancialmente regida por el artículo 1757 del Código Civil. Al respecto, la mencionada norma estipula «Persona con la carga de la prueba. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o está». En lo que refiere a esta norma, se evidencia que va dirigida a una persona, la llamada a probar sus alegaciones. Por su parte, el Código General del Proceso preceptúa en su artículo 167:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

En este artículo se consagra el llamado principio de la carga dinámica de la prueba. Este principio matiza la norma sustancial en el sentido de determinar que

no será la parte que haga una manifestación quien necesariamente debe probarla, sino que deberá aportar la prueba quien esté en condición de hacerlo. En el caso de la historia clínica dentro del proceso de responsabilidad médica, por solicitud de la parte a quién le favorezca podrá ser solicitada o de oficio por parte del juez. Cómo se mencionó líneas atrás la patografía es un documento privado y sólo podrá ser usado en un proceso judicial o administrativo, previa autorización del paciente o por instrucción del juez quién sería el único con facultad para de manera justificada limitar el derecho a la intimidad del paciente.

En el caso de la responsabilidad médica, como se relató previamente, según el precedente del sistema interamericano de derechos humanos, se invierte la carga de la prueba, siendo el galeno y la entidad prestadora del servicio de salud quienes en casos difíciles, en los que resulte susceptible su aportación en tanto parte demandada y difícil para el demandante, deberán suministrar el mencionado documento (Woolcott, Vivas, & Garzón, 2017). Esta posición ha sido asumida por el Consejo de Estado quien en su jurisprudencia ha manifestado que:

[...] la Administración Pública tenía el deber legal de evitar un efecto dañoso, pues era el garante de la víctima y, en el caso de la transfusión de sangre, debía llevar a cabo los exámenes correspondientes para comprobar que esta no se encontraba infectada con algún virus. Destacó en la consideración 2.2 la relación del material probatorio y puso de relieve, entre otras pruebas, el “Formato para la supervisión de la transfusión”, diligenciado el 1 de septiembre de 2001 por el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, de La Mesa, en el cual se hizo constar lo siguiente: “Debido a que el Hospital Pedro León Álvarez Díaz no cuenta con la sangre con las respectivas pruebas de VIH, Chagas, hepatitis y UDRL, entre otras, debido a la falta de reactivos y teniendo El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH en cuenta el estado crítico de la paciente Diana Vega, el personal médico encargado determinó que se transfundiera sin dichas pruebas. Se aclara que la paciente corre riesgo inminente de muerte por hemorragia y además no hay familiar para autorizar transfusión (Woolcott, Vivas, & Garzón, 2017, págs. 63,64).

Así las cosas, la inversión de la carga dinámica de la prueba, contrario a los buenos propósitos que tiene el precedente del sistema interamericano de derechos humanos, se convierte en un refuerzo de la idea de que la historia clínica debe ser valorada como el principal medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica. Esto, por cuanto se convierte en aportante a la misma parte que la constituyó.

CONCLUSIÓN

La hipótesis planteada al inicio de esta investigación se encuentra teóricamente convalidada. En efecto, la historia clínica o patografía no puede considerarse un medio de prueba fidedigno en los procesos de responsabilidad medica; ello, por cuanto, desde su constitución, por lo menos desde la óptica de la probática, interviene la actividad del galeno dirigida a justificar su actuación, es decir, de constituir una prueba a su favor; lo cual, no obstante los deberes éticos y legales profesionales que le coaccionan a darle un manejo adecuado no lo obligan a constituir pruebas en su contra o lo que es dicho de otro modo a declarar en contra de mí mismo en violación de sus derechos constitucionales. A su vez, si el objeto de la prueba es lograr que el juez de por verificada una alegación realizada por la parte, la historia clínica se enarbola como una prueba constituida a favor de su creador (esto, sin perjuicio, de que en la práctica se presente que la historia clínica se tiene como elemento de prueba para condenar a su creador).

Analógicamente, la entidad que custodia este documento, en caso de que sea la parte a la que afecta, no estaría obligada a entregar la patografía de un paciente; sin embargo, esto sólo se podrá afirmar con rigor científico a la luz de un estudio pormenorizado del derecho al debido proceso de las personas jurídicas, específicamente, de si ostentan la garantía de la no incriminación.

Acorde con estos hallazgos, resulta pertinente que en el proceso de responsabilidad medica se refuercen los dictámenes periciales sobre el cuerpo del paciente para reconstruir lo sucedido.

REFERENCIAS

- Alonso, J. (2004). *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arias, J., Aller, M., Fernández, E., Arias, J., & Lorente, L. (2004). *Propedéutica quirúrgica: preoperatorio, operatorio, posoperatorio*. Madrid: Tébar SL.
- Aristóteles. (2008). *Metafísica [Traducción de María Luisa Alía Alberca]*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Bonniecse, J. (1944). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. México: Cajica.
- Bueres, A. (2004). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Carnelutti, F. (2012). *La prueba civil*. Madrid: EJEA.
- Casado, L. (2009). *Diccionario Jurídico*. Florida: Valleta Ediciones.
- Cubides, J. (2005). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- De Almeida, C. (2008). *Direito Processual Do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey Editora.
- Deik, C. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado. Universidad De Los Andes*. Núm. 43. Junio 2010, 3-26.
- Dellepiane, A. (1994). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Témis.
- Domínguez, A. (2007). *Derecho Sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Valladolid: Lex nova.
- Echandía, H. (1995). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Témis.
- Echandía, H. (2012). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis SA.
- Escobar, J. (2010). *Manual de teoría general del proceso*. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- Garcimartín, R. (1997). *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Cedecs.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Laín, P. (1950). *La historia clínica: historia y teoría del relato patográfico*. Buenos Aires: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

- Larapedia. (9 de Octubre de 2017). *Locuciones latinas famosas ejemplos y significado*. Obtenido de Locuciones latinas famosas ejemplos y significado frases en latín: http://www.larapedia.com/resumen/locuciones_latinas_famosas_ejemplos_y_significado.html
- Lluch, X. (2012). *Derecho Probatorio*. Madrid: Bosch Editor.
- López, J., & Terrada, L. (2000). *Introducción a la medicina*. Barcelona: Crítica.
- Mazeaud, H., & Mazeaud, L. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y contractual*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América.
- Midón, M. (2007). *Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Montero, J. (2002). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas.
- Muñoz, L. (2001). *Fundamentos de la prueba judicial civil*. Barcelona: JM Bosch.
- Muñoz, L. (2009). Reflexiones sobre probática o ciencia de la prueba judicial. *Diario La Ley (Núm. 7128)*, 1-3.
- Muñoz, L. (2010). *Curso de probática judicial*. Madrid: La Ley.
- Ortiz, Á. (1997). *Manual de obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Ospina, G. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Peña, R. (2010). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Pérez, Á. (1955). *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Quinche, M. (2009). *Derecho Constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- RAE. (28 de Julio de 2017). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>
- Rawls, J. (2012). *Teoría del justicia [Traducción de María Dolores González]*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, R., & Borges, J. (2008). Algunas reflexiones sobre el proceso de responsabilidad medica desde el punto de vista medico legal. *Revista Electrónica de PortalesMedicos.com*, Disponible en: <http://site.ebrary.com/lib/biblioucatolicasp/reader.action?docID=10249676&pg=7>.
- Rojas, G. (2004). *Diccionario de derecho*. Bogotá: 3R Editores.
- Sanjurjo, E. (2013). *La prueba pericial en el proceso civil: procedimiento y valoración*. Madrid: Reus SA.

- Sentís, S. (1947). *La prueba*. Buenos Aires: EJEA.
- Serra, M. (1969). Contribución al estudio de la prueba. En M. Serra-Domínguez, *Estudios de Derecho Procesal* (págs. 355-366). Barcelona: Ariel.
- Serra, M. (1970). La prueba de las obligaciones. En F. Castellón-Olarte, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Tomo XVI, Volumen 2)* (págs. 51-54). Barcelona: Ariel.
- Steín, F. (1990). *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces SA.
- Steín, F. (1990). *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el Derecho Probatorio en ambos procesos*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos [Traducción de Jordi Ferrer Beltrán]*. Madrid: Trotta.
- Ternera, F., & Mantilla, F. (2004). La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual. *Revista de Derecho Privado. Universidad De Los Andes. Núm. 33. Diciembre 2004*, 53-70.
- Woolcott, O. (2014). Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el estatuto del consumidor. *Revista Principia Iuris, Núm. 22*, 237-266.
- Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. *Revista Criminalidad, Vol. 57, Núm. 51*, 61-74.
- Woolcott, O., Vivas, T., & Garzón, T. (2017). *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente*. Bogotá DC: Universidad Católica de Colombia.
- Zubiri, X. (2001). *Sobre la realidad*. Madrid: Alianza.

NORMATIVIDAD

- Constitución Política De Colombia (1991, julio 4). Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Ley 1564 De 2012 (julio 12). *Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial Núm. 48.489. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

- Ley 23 De 1981 (febrero 27). *Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.* Diario Oficial Núm. 35.711. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm
- Decreto 3380 De 1981 (noviembre 30). *Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.* Disponible en: https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0023_81.pdf

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional De Colombia.

- Sentencia T-406 de 1992 (junio 5). MP: Angarita, Ciro. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Sentencia C-980 de 2010 (diciembre 1). MP: Mendoza, Gabriel. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm>
- Sentencia C-621 de 2015 (septiembre 30). MP: Pretelt, J. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-621-15.htm>
- Sentencia T-083 de 2010 (febrero 11). MP: Sierra, H. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-083-10.htm>
- Sentencia T-852 de 2010 (octubre 28). MP: Sierra, H. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-852-10.htm>
- Sentencia T-694 de 2013 (octubre 8). MP: Pretelt, J. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-694-13.htm>
- Sentencia T-051 de 2016 (febrero 10). MP: Mendoza, G. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-051-16.htm>

Consejo De Estado.

- Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Radicado Núm. 5902. CP: Greiff, Gustavo. Disponible en: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52623578>
- Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Radicado Núm. 18364, CP: Gil, Enrique. Disponible en: <https://www.notinet.com.co/pedidos/18364.doc>
- Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Radicado Núm. 14515. CP: Hoyos, Ricardo. Disponible en: www.notinet.com.co/pedidos/CES.DOC
- Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Radicado Núm. 9467, CP: Fajardo, Mauricio. Disponible en: http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focososalud/docs/eje_3_consejo_de_estado/8_principioresio/76001-23-25-000-1997-04474-01_20087_a.pdf
- Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Radicado Núm. 20511, CP: Correa, R. Disponible en: www.verdadabierta.com/.../428-sentencia-consejo-de-estado-por-el-caso-de-manuel-cepeda.pdf