

**LA CARGA DE LA PRUEBA EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN  
COLOMBIA  
CONCEPTOS ACTUALES**

**DIEGO ALBERTO LAYTON PRIETO  
DIANA MARTÍNEZ CABALLERO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MONOGRAFIA  
BOGOTÁ D.C  
2015**

**LA CARGA DE LA PRUEBA EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN  
COLOMBIA**

**CONCEPTOS ACTUALES**

**DIEGO ALBERTO LAYTON PRIETO  
DIANA MARTÍNEZ CABALLERO**

**OPCION DE GRADO**

**Trabajo presentado como requisito para optar al título de  
Profesional en Derecho**

**DOCENTE ASESOR  
Dr. JOSE LOPEZ OLIVA**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MONOGRAFIA  
BOGOTÁ D.C  
2015**

# LA CARGA DE LA PRUEBA EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN COLOMBIA

## CONCEPTOS ACTUALES

### INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la medicina en todas sus áreas, depende de la buena praxis de los profesionales de la salud y del conjunto de recursos humanos y tecnológicos dispuestos para su actividad; Dichos recursos son responsabilidad en nuestro país del sistema que organiza el servicio de salud y en particular son responsabilidad de las entidades públicas o privadas prestadoras del servicio en cada caso específico. El servicio de salud presupone además la relación médico-paciente regulada en la actualidad por la autonomía y la importancia de la voluntad del paciente sobre el profesional de la salud quien debe asegurarse de que se cumplan los derechos de sus pacientes, ya que en esta etapa de atención es donde se puede generar el daño que cause determinados perjuicios en los usuarios, y se haga necesaria la activación del sistema jurisdiccional.

Es por lo anterior que en el presente trabajo se analizarán los derechos que tienen los pacientes cuando se les presta el servicio de salud, y de igual forma, durante y después del proceso judicial derivado de la responsabilidad médica, ya que la acción en la rama civil del derecho es la que propende por lo anterior entendiendo que La actividad médica al ser una profesión liberal, genera obligaciones de medios y no de resultados, es decir que el incumplimiento contractual se deriva de la obligación ejecutada, mal ejecutada o incluso ejecutada morosamente (Le Tourneau, 2014) de allí que se derive el modelo de comparación del “buen profesional” (La Responsabilidad Civil Profesional, 2014) según el cual el grado de culpa o falla<sup>1</sup> se aprecia en consideración al contrato, y a las obligaciones que la ley o la jurisprudencia imponen al profesional.

---

<sup>1</sup> En Colombia como en Francia se aplica la división de jurisdicciones en materia de responsabilidad médica, no obstante la teoría las aceptada es la de responsabilidad de tipo contractual que se deriva en las dos jurisdicciones, sin descartar eventos en los cuales pueda surgir un eventual evento adverso de una relación que no se encuentre legalmente reglamentada y por ende el régimen de la responsabilidad aplicable sea el de responsabilidad extracontractual. (Fernández M, 2008)

Se tendrá en cuenta la teoría de la carga estática de la prueba, para entender como el demandante en principio debe probar al juez los supuestos de hecho que fundamentan sus pretensiones. Es esta teoría la que se aplica actualmente por la Corte Suprema de justicia y la que se entrara a analizar en los procesos de responsabilidad civil teniendo en cuenta las obligaciones derivadas de la praxis médica.

El presente escrito entonces analizara elementos de la responsabilidad médica y como se determina la responsabilidad y responder a la pregunta: ¿Cuáles son los elementos procesales y sustanciales de la responsabilidad médica en el marco de la salud como derecho fundamental?

Según el diseño metodológico la investigación es de tipo descriptivo ya que se estudian fuentes de derecho como la doctrina, la ley y la jurisprudencia para entender el origen y la aplicación de una teoría de derecho procesal y sustancial.

## **CAPITULO I SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA**

- Dignidad humana
- Derechos de los pacientes
- Reforma al sistema de salud-ley 1751 de 2015

## **CAPITULO II RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN COLOMBIA**

- Responsabilidad civil
- Obligaciones de medio y resultado
- Responsabilidad medica
- Lex artis
- Culpa y Exculpación
- Responsabilidad médica en gineco obstetricia
- Responsabilidad médica en anestesiología
- Responsabilidad médica en cirugía plástica

## **CAPITULO III CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MEDICA**

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFIA**

## **CAPITULO I SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA**

### **1.1 Dignidad humana**

Por el servicio que presta, un servicio de salud debe basarse entre otras cosas en la observancia de la condición humana como principio para desarrollar la estructuración y la organización del mismo, para de esta forma, comprometer sus recursos humanos, técnicos y científicos con un estándar que procure por la calidad al momento de la atención de los usuarios. Es por esto que se debe resaltar la condición humana a través de la implementación de mecanismos jurídicos que se establezcan sustancialmente con base en principios y derechos como la dignidad humana, la igualdad, la intimidad, entre otros.

Para conceptualizar la dignidad humana se tiene en cuenta que se caracteriza por: “El reconocerse a sí mismo en el otro, es universal para todos los seres humanos, No tiene precio, Coloca límites al comportamiento con los demás, Es producto de la civilización, Tiene implicaciones permanentes en el devenir de la existencia humana” (Tribunal Nacional de Ética Médica, 2015). Es decir la dignidad humana no es otra cosa que el reconocimiento que hace la misma especie en sociedad sobre su condición y establece así las bases para desarrollar y establecer derechos y mecanismos de protección.

Si bien entendemos la dignidad humana hasta ahora como una base que reconoce la condición de la especie humana, se puede entender como un limitante a condiciones “no humanas” como lo asegura Dworkin ya que para él es: “(...) derecho a no sufrir la indignidad, a no ser tratado de manera que en sus culturas o comunidades se entienda como una muestra de carencia de respeto” (Dworkin, 1991). Sobre esta concepción, se puede asegurar entonces que la dignidad humana es el límite entre una especie animal de cualquier otro tipo y la especie humana, o mejor es el límite entre el respeto y el irrespeto que puede tener un grado diferencial demasiado amplio según las culturas y costumbres de cada lugar en el planeta.

Para contextualizar esto en el plano internacional hay que entender los orígenes y las nacionalidades, en donde una costumbre en Estados Unidos, no puede ser

la misma en una comunidad del Congo. Por lo que, lo que es bien aceptado en una sociedad puede ser una infracción contra la especie humana visto desde el punto de vista de una organización internacional, por eso se puede confundir la implementación de la dignidad humana con la imposición de conductas que no son propias del lugar, pero esto porque se vulneran derechos básicos del ser humano en esos lugares.

“...al referirse a la igualdad y la libertad naturales de los hombres, consideró que dicha expresión no es la descripción de un hecho, sino la descripción de un deber “(Bobbio,1991). De igual forma la, el respeto de la dignidad humana es un deber de los estados y de los individuos de cualquier sociedad. La controversia se asoma cuando los mecanismos jurídicos no son eficientes en muchas latitudes por lo que, este reconocimiento del respeto a la dignidad humana se convierte en un deber ser que tal vez nunca sea en muchos lugares.

Este reconocimiento y limitante de la condición humana de la que se ha hablado se caracteriza también por: “Protección estatal por tratarse de un derecho fundamental, Permanente. Prohíbe su vigencia a futuro, Prioritaria frente a divisiones de tipo patrimonial, Antropocéntrica, pues excluye a los animales de su disfrute y reconocimiento, Individual, pues aunque es un elemento de igualdad, respeta y conserva a la misma como parte de interés general, Deontología, pues genera deberes con los demás, Inviolable pues no puede ser suspendida ni terminada por el estado.”(Tribunal Nacional de Ética Médica, 2015). Son estas características las que lo dibujan como un derecho fundamental que en estados como en el colombiano no puede ser suspendido o terminado ni siquiera en estados de excepción o situaciones similares. Típico y propio del ser humano, no puede en ningún caso hablar de dignidad humana cuando trate de derechos de animales, sin embargo, por el enfoque de interés general aunque aplicado al individuo, podemos hablar que un medio ambiente óptimo contribuye al desarrollo de la dignidad humana, ya que mejora la calidad de vida e influye en la salud física y mental del individuo.

El ordenamiento jurídico colombiano incorpora los principios para que el paciente pueda ejercer sus derechos. En la Carta Magna (Constitucion Política de Colombia, 1991)<sup>2</sup> se fundamenta el estado en el respeto a la dignidad humana, pilar básico en la atención sanitaria. En cuanto a la intimidad se resalta: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar...” (Constitucion Política de Colombia, 1991)<sup>3</sup>. Así mismo, la Norma de normas<sup>4</sup> garantiza la libertad de cultos, es decir en cualquier lugar del país las personas son iguales ante la ley sin importar su convicción religiosa, refiriéndose también a la prestación de la salud.

Como se observó anteriormente es claro que la dignidad humana, la intimidad y la convicción religiosa son principios constitucionales que devienen en la protección de los pacientes cuando sean usuarios de los servicios de salud. El bloque de constitucionalidad permite que los tratados internacionales tengan fuerza vinculante de carácter constitucional siempre y cuando tengan que ver con Derechos Humanos como lo asegura la Corte Constitucional al definir el Bloque de Constitucionalidad como una unidad jurídica compuesta por:

*“...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos diversos de reforma de las normas del articulado*

---

<sup>2</sup> La Constitución política de Colombia, señala en su artículo primero lo siguiente” Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política de Colombia, 2015)

<sup>3</sup> Además la Constitución Política De Colombia en su Art 15 establece: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. (Constitución Política de Colombia, 2015)

<sup>4</sup> Mediante el Art 19 de la Constitución:” Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva”. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley. (Constitución Política de Colombia, 2015)



*constitucional strictu sensu*". (Corte Constitucional de Colombia, 1995)

De igual forma la corte constitucional en su sentencia T-881 del 2002 estableció que la configuración jurisprudencial de la "dignidad humana" puede entenderse de dos maneras a partir de su funcionalidad normativa y a partir de su objeto concreto de protección. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado, tres lineamientos claros y diferenciables a lo largo de la jurisprudencia de la Corte:" (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)". (Corte Constitucional de Colombia, 2002). Según el objeto de protección del enunciado normativo que enuncia la corte la dignidad humana infiere entonces una autonomía y una determinación de cada individuo que debe estar acompañada de unas condiciones que permitan una calidad de vida aceptable y que reconozca el valor del individuo y agregados entendidos dentro de la ética, la moral y la salud.

A partir de su funcionalidad normativa la corte ha diseñado de igual forma tres lineamientos" (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo." (Corte Constitucional de Colombia). En estos lineamientos la corte define entonces que el estado sienta sus bases en el respeto y el desarrollo de la dignidad humana, que hace parte además de los principios constitucionales y puede ser objeto de protección mediante una acción de tutela ya que es entendido como un derecho fundamental autónomo.

La dignidad humana se debe desarrollar entonces no en un sentido o una interpretación desde una descripción abstracta sino desde una ordinaria que se aplique a la vida de un individuo y las situaciones en las que este se vea inmerso

## **1.2 Derechos de los pacientes**

No podemos introducir el tema de los derechos de los pacientes sin conocer en primer lugar su definición. Los derechos de los pacientes son aquellos que buscan proteger la integridad de las personas a través de la aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos principalmente en sus artículos 1, 2, 21 y 25 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948); procurando la protección de su dignidad, intimidad y convicciones religiosas cuando el paciente use el servicio de salud.

La relación médico-paciente aparece simultáneamente con la aparición del ser humano sobre la tierra, momento en el que los derechos de los pacientes no existían debido a que según (Iim, 2008): “En las sociedades primitivas, el médico era visto como una figura sobrenatural capaz de influenciar las misteriosas fuerzas de la naturaleza” Es decir, los pacientes de la antigüedad se sometían a una autoridad absoluta con unos conocimientos al que el humano ordinario no tenía acceso.

(Iim, 2008) asegura que a pesar del desarrollo de la humanidad en más de cuatro mil años de historia, hasta hace veinte años en particular, se ha visto el crecimiento de los derechos del paciente, principalmente porque la sociedad ya no ve al médico como alguien inmune con sus actos por un conocimiento superior al promedio. Ahora lo ve como un servidor social que dispone su conocimiento para el bien de cada paciente.

Ahora bien, si los derechos de los pacientes tienen su mayor crecimiento hace veinte años ¿Por qué se establecen en esa época? ¿Por qué no antes? ¿Cuáles son esos derechos del paciente reconocidos a nivel mundial?

Para responder las preguntas formuladas anteriormente partamos de que la existencia de los derechos de los pacientes se debe en primer lugar a la aceptación mundial de la aplicación de los derechos humanos; como afirma (Fernandes Alvez, 2001), desde la Declaración Universal de los derechos humanos en 1948 se ha producido un cambio fundamental en la relación médico-paciente en donde tradicionalmente existió un modelo paternalista, que ahora muta a uno autonomista donde el paciente ha pasado a ser quien toma la

decisión. Este cambio de modelo es el que explica la relevancia del paciente y la importancia de sus derechos.

A partir de este cambio mundial después de la segunda guerra mundial aparecen cartas y tratados internacionales tales como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, La carta social europea de 1961, El Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, El Convenio Europeo sobre derechos sociales, económicos y culturales de 1996, La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa Comisión de Salud y Asuntos Sociales de 1976, Plan de humanización de la Atención Sanitaria Carta de Derechos y deberes de los pacientes. Instituto nacional de Salud de España de 1984. Derechos de los pacientes de la Asociación Médica Mundial de 1995.

La evolución de los Derechos del Paciente se encuentra estrechamente ligada a la aparición y confirmación de los derechos civiles, sociales, culturales y políticos junto con los cuales integran los Derechos Humanos. Y aparecen con más fuerza en los años sesenta, como resalto (King, 1992) la época de los sesenta era una elección de libertad todo el espectro de la opinión pública se ocupaba del movimiento de los derechos civiles y políticos y de las ideas y la importancia de Martin Luther King ya que el debate ideológico dominaba la cultura política y legal en Estados Unidos.

H. King concluye: “Hay muchas similitudes entre las revoluciones de los 80 en Europa Central y el Movimiento de derechos civiles y políticos de los 60 en Estados Unidos (...) es notorio que esas sublimaciones dieron cabida a las realidades de los años 90” (King, 1992) Lo que demuestra la importancia de la búsqueda de derechos civiles y políticos en el mundo, principalmente en Europa y América que eran las regiones más poderosas en ese momento.

¿Cuáles son los derechos de los pacientes?

(Fernandes Alvez, 2001) clasifica los Derechos de los paciente en dos grupos, los colectivos y los individuales; el primer grupo hace referencia a los derechos que son exigibles por parte de una comunidad usaría de un servicio específico de salud es decir, aquellos aspectos de la prestación del servicio que afectan a

un grupo de personas en un lugar determinado que buscan la mejora de factores como: la calidad, la disponibilidad o la cobertura. El segundo grupo hace referencia a esos derechos personalísimos de cada persona en calidad de paciente.

Según el Concejo Nacional de Salud de los Estados Unidos basado además en los Derechos de los Pacientes, la carta realizada por la Asociación Médica Mundial; los derechos de los pacientes son los que ofrecen un oportuno acceso a la atención especializada teniendo en cuenta el consentimiento informado para las decisiones terapéuticas, se hace necesario entonces que la información sea concisa y fácil para que el paciente comprenda su condición y la cobertura que tiene. El concejo nacional de salud de los Estados Unidos establece igualmente que los pacientes tienen derecho a conocer los costos de su cobertura, las formas de pago y a elegir proveedores, de igual forma conocer los mecanismos para apelar en diferentes casos.

Para complementar un poco la visión de los derechos de los pacientes en el mundo. (Fernandes Alves, 2001) explica que en toda sociedad como mínimo deben existir los siguientes derechos para el paciente.

1. Derecho a una asistencia de calidad científica y humana
  2. Derecho a recibir una información adecuada, comprensible y veraz
  3. Derecho a la autodeterminación y por lo tanto a aceptar o rechazar tratamientos
  4. Derecho a la confidencialidad de sus datos y al respeto a su intimidad
  5. Derecho a que se les respete su dignidad y se evite el sufrimiento
  6. Derecho a que se le respeten sus convicciones culturales, morales, etc.
- (Fernandes Alves, 2001)

En España los derechos de los pacientes según el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (Cortes Generales, 1986). Se dan frente a las distintas administraciones públicas sanitarias quienes deben respeto a la personalidad, la dignidad humana e intimidad y sin ningún tipo de discriminación por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

Tienen derecho los pacientes en España a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso, a la confidencialidad, al conocimiento sobre el médico que los trata, a reclamar y

sugerir en los plazos previstos y a recibir respuesta, a elegir al médico y demás prestadores de salud.

### **Derecho de los pacientes en Colombia**

El derecho de los pacientes en Colombia ha evolucionado conforme lo ha hecho el mundo, por lo que su implementación y seguimiento se ha dado con mayor fuerza en las últimas tres décadas. Si bien la base del ordenamiento jurídico que protege estos derechos son los tratados y cartas internacionales que incorporan la vigía de los Derechos Humanos en el país. El paso más importante ha sido la expedición de la nueva Constitución Nacional en la que se confirman Derechos Humanos que son la base para hablar de los Derechos de los pacientes.

### **Derecho de los pacientes en el ordenamiento jurídico Colombiano**

El marco legal general del sistema de salud en Colombia es la ley 100 de 1993 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993) donde es el Estado quien debe planificar, regular y vigilar la prestación del servicio en todo el territorio garantizando la pertenencia de todo colombiano al sistema de salud y protegiendo la libre escogencia de los profesionales de salud y las IPS por parte de los pacientes y de igual forma les otorga el derecho de organizarse en asociaciones, alianzas o constituir veedurías para estar representados ante las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de salud.

En la ley 23 de 1981 (Congreso de la Republica de Colombia, 1981) que regula la ética médica se establecen los siguientes principios:

1. El respeto por la vida y la función social de la profesión médica al darle funciones de conservación y perfeccionamiento de la especie sin distinción de nacionalidad, ni orden socio-económico, racial, político o religioso.
2. El médico debe estudiar el ambiente con el fin de diagnosticar al paciente siempre como persona que es.
3. Sea cual sea la investigación se deben observar los principios metodológicos y éticos buscando siempre la protección de los derechos de los pacientes evitándole el sufrimiento y conservando su integridad.

4. La relación del médico con el paciente debe enmarcarse en la lealtad, el respeto, la responsabilidad y la autenticidad por lo que debe haber una estricta reserva profesional.

Con base en lo anterior esta ley regula la relación médico-paciente estableciendo en primer lugar que el médico debe dispensar su atención a toda persona sin más limitaciones que las que imponga la ley. Así mismo la elección del médico por parte del paciente debe ser libre y las instituciones deben respetar en lo posible ese principio.

La relación médico-paciente se configura específicamente en los siguientes casos:

“1.Por decisión voluntaria y espontanea de ambas partes 2.Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia 3.Por solicitud de terceras personas 4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad pública o privada” (Congreso de la Republica de Colombia, 1981)

En la ley 23 de 1981 básicamente se obliga a los profesionales de la salud a respetar los derechos de los pacientes permitiendo la libertad de que estos prescindan de sus servicios, dedicando el tiempo necesario para realizar una evaluación adecuada e indicar los exámenes indispensables, omitiendo la prescripción de tratamiento o exámenes innecesarios, reservándose diagnósticos que no tengan la suficiente base científica y que pueda llegar a preocupar al paciente sin necesidad, evitando la exposición del paciente a riesgos injustificados, usando siempre métodos y medicamentos aceptados en la comunidad médica, informando sobre procedimientos y el riesgo de los mismos para que los pacientes firmen el consentimiento informado con plena conciencia de los posibles resultados o secuelas, asistiendo oportunamente al paciente en caso de emergencia sin que se condicione a pago alguno y consultando a una junta médica cuando el caso así lo requiera.

Los anteriores son los límites y obligaciones legales que tiene un médico y que básicamente refuerzan el derecho de los pacientes. Para la protección de estos derechos existen las acciones jurisdiccionales, la acción de tutela<sup>5</sup> y además

---

<sup>5</sup> En Sentencia t- 737 la corte asegura que “El derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional”(Corte Constitucional de Colombia,2013).

existen medidas ejecutivas o administrativas que permiten comparar el accionar del gobierno con funciones judiciales adelantadas por entidades como la Superintendencia Nacional de Salud facultada por la Ley 1122 de 2007<sup>6</sup> para conocer de casos en que las IPS vulneren los derechos de los pacientes reconocidos legalmente.

Siguiendo con el estudio de la doctrina jurisprudencial acerca del derecho de los Pacientes tenemos la Sentencia T-216 (Corte Constitucional, 2008) en la cual se estima que:

*La persona profesional de la medicina está obligada a informar del modo más claro, completo, detallado e integral posible, qué procedimientos resultan pertinentes para restablecer la salud – entendiendo la salud, claro está, como un concepto amplio que abarca tanto la salud física, como mental, social y emocional - y cuáles son los riesgos que se ligan con su aplicación´.*

Es decir la relación médico paciente es el medio para que el paciente se informe de su condición, los posibles tratamientos y los riesgos de los mismos, lo que se debe plasmar en el consentimiento informado que se debe ser entendido como el:

*(...) ejercicio del derecho a la autonomía, los/las pacientes tienen la facultad de optar por una alternativa diferente cuando ella existe o por abstenerse de aplicar el tratamiento recomendado, pues únicamente de esta forma se respetará el derecho de los/las pacientes a elegir aquello que tienen razones para valorar´´ (Corte Constitucional, 2008).*

Es decir el consentimiento informado no es solo una comunicación para los pacientes, este les otorga la capacidad de decidir si seguir adelante con el tratamiento o buscar uno diferente si lo considera necesario con otro profesional de la salud o si es el caso con otra institución.

---

<sup>6</sup> Ley 1122 de 2007 expedida por el congreso de Colombia atribuye la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud en su Art 41, a su tenor: "Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: **a)** Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; **b)** Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; **c)** Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; **d)** Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud".(Congreso de la Republica de Colombia)

De lo establecido anteriormente por la corte también se puede resaltar el sistema autonomista en la relación médico-paciente en nuestro país ya que por sobre el concepto médico, la decisión en cuanto a los pasos a seguir es exclusivamente reservado a los usuarios del servicio prestador de salud.

Cuando el paciente no tiene la posibilidad de probar los elementos de la responsabilidad médica se puede entender que la justicia no es eficaz, es decir aunque existe un acceso a la justicia el paciente demandante no logra que los derechos reconocidos en la ley sean efectivamente desarrollados y reconocidos.

De acuerdo a los derechos consagrado en la constitución entre ellos el Art 29 (Constitucion Política de Colombia, 1991) que establece que el debido proceso se debe aplicar a todas las actuaciones y judiciales y administrativas que se realicen en Colombia. Con base en lo anterior la ley 1437 desarrolla principios que protegen el debido proceso en los casos que se lleven frente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo estableciendo en su Art 103 lo siguiente:

*Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. [...] En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal. [...] En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. [...] Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código (Congreso de la Republica de Colombia, 2011)*

Con la gravedad según el Art 214 del Código Contencioso Administrativo (Congreso de la Republica de Colombia, 2011) de que si una prueba viola el debido proceso será nula de pleno derecho

Es mandato de la ley que los sujetos procesales y los funcionarios judiciales propendan por el cuidado de las garantías procesales, que además pueden estar sujetas a la distribución de la carga de la prueba dentro del proceso; concepto incorporado en el Código General del Proceso en su Art 167 a su tenor:

*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 (Congreso de la Republica de Colombia, 2012)*

El concepto sobre la carga de la prueba mencionado anteriormente incorpora al ordenamiento jurídico y a la aplicación del régimen probatorio, el análisis que debe hacer el juez para dilucidar si el demandante es en cada caso el llamado a probar los hechos o si el demandado en ciertas ocasiones será el poseedor de la carga probatoria, situación que sin lugar a duda puede mejorar el desarrollo de un proceso puesto que las pruebas se allegaran de una manera más sencilla, y a la parte en desventaja para probar, se le estará facilitando la realización de su derecho reclamado o si es el caso del demandado, este puede ser absuelto de la culpa o dolo que se le endilgue. Derechos de los pacientes en la ginecobstetricia

### **Derechos de los pacientes en ginecobstetricia**

En primer lugar hay que aclarar que la ginecología es aquella especialidad de la medicina que se encarga de cuidar la salud de las mujeres en lo concerniente a su sistema reproductor; mientras la obstetricia es aquella especialidad encargada de estudiar el cuidado del proceso del parto en la mujer; la combinación de estas especialidades permite la vigilancia del proceso del embarazo, el parto y el puerperio con un detallado control del estado tanto de la madre como del recién nacido.

Como lo dice el Dr. Jorge Vargas el médico especialista en ginecobstetricia se encarga de observar el proceso del ser humano desde su periodo de gestación para que el proceso llegue a feliz término con su nacimiento. Como el proceso lo inicia una pareja es esta misma la que debe conocer paso a paso las novedades con o sin contratiempos de su evolución (Cortes, 2011). Es decir la pareja de la

mujer embarazada tiene derecho de igual forma a conocer los por menores del proceso.

Como las demás especialidades médicas la ginecobstetricia debe respetar de igual manera la ética médica y el principio de autonomía de los pacientes

### **1.3 Salud como derecho fundamental**

Aunque la jurisprudencia sobre los derechos de los pacientes es extensa a través del tiempo la línea jurisprudencial no ha cambiado mucho sobre el trato que se les debe dar; En la sentencia T-548 (Corte Constitucional, 1992) se expone que no se acepta como derechos fundamentales única y exclusivamente los expresamente contenidos en la carta magna sino también por la relación que guarden con los principios y valores consagrados en ella con el fin de que estos desarrollen de igual forma los fines constitucionales, de igual forma lo son aquellos derechos que tengan conexión con derechos fundamentales expresamente contenidos en la Constitución Política. La corte asegura que el estado debe de asimilar las necesidades de los pacientes y los recursos existentes para así mismo satisfacerlos teniendo en cuenta que la salud es por conexidad un derecho fundamental.

La condición de ser humano es suficiente para que los cuidados sean debidamente proporcionados al paciente; quien tiene derecho a un buen trato, y a una comunicación con su médico que le proporcione suficiente información acerca de sus dolencias, la naturaleza de esta, su evolución y la terapia. Así mismo, el médico debe estar dispuesto a hablar con sus familiares y otros médicos para conocer el aspecto factico del caso para establecer una relación entre los derechos del paciente y los principios éticos de su profesión.

De igual forma la Corte cita la Constitución Política de Colombia<sup>7</sup> y afirma: "...El derecho a la salud, cuando su vulneración o amenaza compromete otros

---

<sup>7</sup> El constituyente en el art 49 de la carta ordena: "La atención a la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud de los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y

derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter de fundamental..." (Corte Constitucional de Colombia, 1992)

La corte concluye:

*Los derechos derivados de la salud, particularmente los específicos del paciente, deben coexistir con las exigencias propias de los principios científicos de las profesiones médicas y los deberes imperativos de la ética profesional, siempre y cuando que unos y otros no vulneren derechos constitucionales fundamentales de los pacientes (Corte Constitucional de Colombia, 1992)*

Es claro que según lo que dice la corte en esta sentencia, la salud es un derecho conexo a otros fundamentales expresamente establecidos en la Carta Política como la vida, el trabajo, la no discriminación, la libertad de cultos, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad o la integridad personal; valores que se desprenden de fines intrínsecos en el desarrollo del estado social de derecho, que junto con los principios constitucionales garantizan que este se cumpla. Pero además esto requiere que los derechos que se derivan de la salud como lo son los del paciente de alguna forma requieran protección legal y terminen siempre relacionados con derechos fundamentales, por lo que la tutela es un mecanismo evidente para el amparo de los derechos de los pacientes mientras no haya otro procedimiento administrativo o acción jurisdiccional para que se proteja o restablezca el derecho de manera oportuna y eficaz.

El cambio "radical" que buscan los legisladores con la ley 1751 del 2015 es convertir la salud en un derecho fundamental no como conexo a otros derechos, tan es así que en la misma reforma a la salud en su primer artículo se establece: Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

---

condiciones señalados por la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad". (Constitución Política de Colombia, 1991)

Artículo 2 • Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Congreso de la Republica de Colombia, 2015)

La expedición de la nueva reforma ratifica a la salud como un servicio público esencial en cabeza del estado pero el cambio sustancial es en la calificación de la salud como un derecho fundamental, por lo cual no se tendrá entonces que sustentar la conexidad con otros derechos de esta categoría sino simplemente será un derecho individual y autónomo.

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”. (Congreso de la Republica de Colombia,2015) Este acápite de integración del nuevo sistema de salud configura un sistema que busque la integración del sistema por parte de todas las entidades conformadoras del mismo para que haya una prestación del servicio completa que permita proteger la dignidad humana al momento de la atención.

La nueva legislación confirma y establece derechos de los pacientes en la prestación del servicio de salud tales como el acceso, siempre y cuando sea un servicio integral oportuno y de alta calidad, a recibir atención de urgencias sin pago alguno o sin que se le exija algún documento, a una relación de comunicación con los profesionales prestadores de salud.

## CAPITULO II RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN COLOMBIA

### 2.1 Responsabilidad civil

En el derecho romano se utilizaba la palabra “*Obligatio*” para señalar el crédito o la deuda (Petit, 2002) que una persona contrae con otra; de allí que autores como Carbonnier señalen que al causar un perjuicio a otro, nace la obligación de reparar el mismo (Droit Civil, 1959), es decir que “quien es responsable, en sentido jurídico, tiene una obligación a su cargo” (Velásquez Posada, 2011); bajo estas premisas se define la responsabilidad civil como la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros (Tamayo Jaramillo, 2007); en palabras del doctor Obdulio Velásquez, la responsabilidad civil en sentido jurídico estricto nace cuando la obligación, la contraprestación, tiene como contenido específico la obligación de reparar un daño. (Responsabilidad Civil Extracontractual, 2011).

Ahora bien cuando se habla de responsabilidad civil se debe tener en cuenta los elementos esenciales de la misma, los cuales son 1) Una conducta realizada con dolo o culpa<sup>8</sup>, 2) La existencia de un daño cierto, personal y antijurídico<sup>9</sup> y finalmente un nexo causal entre la conducta y el daño causado. Los anteriores elementos pueden simplificarse en la siguiente formula:

$$R=(C+c+D+N)$$

---

<sup>8</sup>La culpa es uno de los elementos de la responsabilidad civil, salvo en los casos de responsabilidad objetiva, en los cuales se prescinde de ella. En materia de responsabilidad civil se concibe como un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente, en las mismas circunstancias externas en que actuó el autor del perjuicio.

<sup>9</sup> En el derecho Romano se trataba el daño como “*Nemo damnus facit nisi qui id fecit quod facere ius non habet.*” Nadie causa daño sino cuando ha hecho lo que el derecho no le permite hacer

En la fórmula (R) representa la incógnita que tiene el operador jurídico para identificar si alguien es o no responsable de reparar un perjuicio; para tal efecto se hace necesario verificar si el demandado realizó una conducta (C), con culpa o dolo (c), comprobar si existió un daño (D) y si el daño es consecuencia de la conducta desplegada (N). (Velásquez Posada, 2011) En cuanto a la carga dinámica de la prueba en Colombia se ha abordado con más profundidad en la responsabilidad médica en lo Contencioso Administrativo; es por ello que analizaremos a profundidad una variedad de sentencias con el objeto de analizar la postura del Consejo de Estado en esta materia. Doctrina acogida por los hermanos Henry y León Mazeud, en donde los elementos axiológicos de la responsabilidad son: el daño, la culpa y el nexo causal.

La fórmula representada por el doctrinante Jaramillo nos ilustra los elementos sin los cuales no existe la responsabilidad “ Cuando se produce una declaración de responsabilidad se dicen a la vez tres cosas: causalidad Jurídica, delito o culpa y daño; las tres facetas de un mismo hecho valorado jurídicamente, así que ninguna de ellas existe o subsiste autónomamente” (Darío Barrera, 1997) , dichos elementos son comunes y esenciales sin importar si la responsabilidad derive de un contrato o sea derive de una responsabilidad extracontractual.

Desde sus inicios la responsabilidad ha hecho una distinción en dos grandes géneros o ramas tomando como base el surgimiento de las obligaciones entre los sujetos; en el derecho romano estos géneros tomaron la denominación del *Neotium* y *Lex Aquiliana* por la causal de relación que unía a los sujetos procesales, tomando como principio el nacimiento de la obligación de un contrato o de un negocio en donde media la voluntad de los contratantes y las obligaciones nacidas por un hecho vinculante donde no se medía la voluntad pero se ha generado un daño que debe ser reparado. Nuestro código civil colombiano trajo del derecho romano estos conceptos en su artículo 1494 responsabilidad contractual y artículo 2341 responsabilidad extracontractual.

Los doctrinantes han entendido la responsabilidad contractual como aquella obligación de reparar los daños nacidos por un contrato, donde nacen

obligaciones de dar hacer o no hacer, es decir dentro del contrato en sí, no nace la obligación de reparar pero como el contrato es ley para las partes *Pacta Sunt Servanda*, el daño derivado del incumplimiento del contrato genera la obligación por la parte de quien incumple, de reparar los perjuicios causados a la parte que cumple con sus obligaciones contractuales. Es decir la responsabilidad contractual nace de un acuerdo de voluntades hecho válidamente por las partes, es decir es de un contrato lícito; del cual se deriva la obligación de reparar los perjuicios por el incumplimiento o inejecución del contrato. Entonces podemos afirmar que el daño tiene origen en el incumplimiento puro y simple del contrato, en el cumplimiento moroso o en el incumplimiento defectuoso del mismo (Velásquez Posada, 2015)

Por su parte la responsabilidad civil extracontractual surge cuando el daño ha sido causado por la violación al principio general de “nadie puede causar daño a otro” *Neminem Ledere*, es decir, no hay un incumplimiento derivado de las obligaciones de un contrato, la obligación nace pura y simple y no tiene condición lo que hace que no haya un sujeto contractual determinado, sino por el contrario puede ser un cualquier sujeto a quien se le cause un perjuicio. La responsabilidad civil extracontractual puede ser dolosa o culposa, lo que explica la diferencia entre responsabilidad delictual y cuasidelito, por tanto la responsabilidad extracontractual o Aquiliana, está derivada según el origen del daño así: A) Por el Hecho Propio B) Por el hecho ajeno. C) Por el hecho de las Cosas. D) Por el hecho de las actividades peligrosas. E) por el incumplimiento de obligaciones legales o cuasicontractuales. (Tamayo Jaramillo, 2013)

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual implica consecuencias teóricas y procesales de gran importancia la Corte Suprema de Justicia frente a ello afirmó “estas diferentes esferas en que se mueve la responsabilidad contractual y extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y el mecanismo probatorio” (Corte Suprema de Justicia, 2012)

Las semejanzas entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual es que siempre debe demostrarse el hecho, el daño y el nexo de causalidad, regla necesaria para todo proceso de responsabilidad civil.

La jurisprudencia ha desempeñado un papel importante al momento de crear una línea jurisprudencial respecto de las obligaciones del profesional y la responsabilidad que se derivan de estas, enfocándose en la protección al derecho del consumidor, imponiéndoles a los profesionales una gama de obligaciones cuya violación compromete una responsabilidad del profesional (Le Tourneau, 2014)

Podemos deducir que la responsabilidad se encarga de resarcir el perjuicio causado, ya sea a la parte de un contrato o a un tercero que se ve perjudicado, siempre que se demuestre los elementos que constituyen la responsabilidad, sin importar si esta es una responsabilidad contractual o extracontractual.

## **2.2 Obligaciones de medio y resultado**

En primer lugar hay que tener claro que es una obligación; para Cubides una obligación es “todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en favor de otra” que está constituida por cuatro elementos: El Sujeto Activo, el sujeto pasivo, el vínculo jurídico y el objeto (Camacho, 2012). Trasladando esto a la relación médico-paciente se identifica que el objeto es la prestación de salud por parte del sujeto pasivo, en este caso el médico y al sujeto activo, es decir, el paciente; quienes están unidos por un vínculo jurídico que puede ser un contrato civil o la obligación del médico al pertenecer a una entidad pública que preste servicio de salud a quien lo necesite.

En cuanto a las obligaciones de medio y resultado se hace una distinción muy clara “...si el objeto del acto es una simple "alea", si su existencia no depende de la voluntad y acción directa del deudor, sino que, en todo o en parte esta condicionada por el azar, nos encontramos frente a lo que los romanos llamaban ya la "emptio spei" (compra de la esperanza), como ocurre cuando el particular acude al



consultorio del médico, con la esperanza de obtener su curación. En estos eventos, el resultado no se puede garantizar, pero el contrato es válido. Si el resultado no se logra, pero el médico-deudor ha puesto de sí todo lo que se esperaba, no hay responsabilidad de parte suya. Si el resultado se malogró por culpa grave o dolo del médico-deudor, es claro que debe responder”(Guzman,F,2015). Es decir, la responsabilidad se deriva de la obligación contraída por lo que se distingue entonces de las obligaciones en las que no se obliga a un resultado sino a la actividad y de las que si exigen dicho resultado.

En el ámbito de la prestación del servicio de Salud el Dr. Fernando Guzmán asegura que el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma el cual “tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El "alea", pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto”(Guzman,F,2015). Por lo anterior se deduce entonces que el profesional de la salud en general se suscribe a obligaciones de medios y no de resultado.

Conociendo la definición de lo que son las obligaciones podemos adentrarnos en la clasificación de estas, específicamente en las de medio y resultado. En primer lugar debemos tener en cuenta que la obligación de medio y obligación de resultado no se encuentran en las normas colombianas y su definición deviene de la aplicación de conceptos extranjeros especialmente del derecho francés que la jurisprudencia colombiana ha tratado para dar aplicación en nuestro país. Como aparece en la revista INDRET “La distinción entre obligaciones de medio y resultado ha sido originalmente elaborado en Francia, donde constituyo todavía una división fundamental de las obligaciones” (Crespo, 2015), y de igual forma el autor asegura: “Se admite que la principal y, según algunos autores, única diferencia entre ambas es el diverso contenido de la relación obligatoria o compromiso asumido por el deudor”. Es entonces el contenido de la relación obligatoria lo que diferencia las obligaciones de medios con las de resultados.

En el contenido de la relación obligatoria se puede incluir esos medios y acciones pertinentes que configuran el incumplimiento de determinada obligación, por ejemplo en la relación médico-paciente el contenido de la relación obligatoria por parte del profesional de la salud, incluye el conocimiento de la *lex artis*, la diligencia, la ética profesional, los instrumentos y herramientas sanitarias y científicas, pero de igual forma existen elementos circunstanciales que pueden afectar esa relación médico - paciente que no dependan del médico y si lo hagan de la condición del paciente o de las características de una patología.

Pese a lo anterior hay otras posiciones que sugieren que no se habla de obligaciones de medio o resultado dependiendo de la terminación del cumplimiento de la obligación que configure la utilización de unos medios y que según estos se garantice un resultado específico o solo se cumpla debidamente la actividad para la que el profesional fue contratado, sino según WIEACKER” más que diferenciar entre obligaciones de medios y de resultado, lo que puede inducir a errores terminológicos, considero que la clasificación debería hacerse entre aquellas obligaciones en las que el deudor se compromete a satisfacer el interés del acreedor y aquellas otras en las que el deudor no asume tal compromiso”(Crespo,M,2013). Se puede inferir entonces que el resultado será evaluado según esta premisa dependiendo del compromiso del deudor, en el caso médico, del compromiso del profesional de la salud.

Esta noción de WIEACKER traída por Carmen Crespo de la Universidad Carlos III de Madrid supone entonces que el deudor puede cambiar una obligación de medios por una de resultado en el entendido que ya no solo se obligue a desplegar los medios necesarios, su conocimiento específico en el área y su diligencia sobre la actividad a ejecutar para beneficio del acreedor sino que se obligue a que de este despliegue se obtenga un resultado concreto, específico y tangible, esto enmarcado en el principio de autonomía de voluntad de las partes, así nos acerca el concepto Carmen Crespo y lo ilustra con un ejemplo en el que un abogado se obliga a ganar un proceso. Claramente sería entonces esta una obligación de resultado y no de medios

Retroalimentando los inicios de esta clasificación de las obligaciones nos remontamos entonces al año 1925 cuando el famoso profesor de la Facultad de

Derecho de la Universidad de París, René Demogue, publicó el quinto y último tomo de su Tratado de las Obligaciones en General. Un referente indispensable en el área que nos ocupa. “Demogue se encargó de precisar que esta división no estaba ausente de analogía con aquella otra del Derecho Penal que clasificaba a los delitos en formales y materiales. Estos últimos se caracterizan por el resultado, en tanto que los primeros se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir un resultado.”(Castillo, M, 2000). Valiosa analogía para partir en la construcción de la presente clasificación, una analogía entre el derecho penal y el derecho civil en la que la relación es la actividad y el resultado o no de ciertas conductas, es la forma básica de la clasificación de dichas obligaciones.

El Consejo de estado ha dilucidado las diferencias entre las obligaciones de medio y resultado de la siguiente manera:

*Quando la obligación es de medio el deudor se exonera de responsabilidad probando diligencia y cuidado, en tanto que cuando la obligación es de resultado, éste deberá probar una causa extraña. O visto desde otro ángulo, cuando la responsabilidad se fundamenta en la culpa la obligación que se contrajo es de medio y cuando se responde a título objetivo la obligación incumplida es de resultado. Por ello, aunque en la legislación colombiana no figura dicha clasificación, a ella se puede acudir a partir del régimen de responsabilidad que se aplique frente a determinadas obligaciones, bien por virtud de la ley o del desarrollo jurisprudencial.*

*(...) Muchos criterios pueden ensayarse para determinar, en ausencia de norma expresa o disposición de las partes, cuándo una obligación es de medio y cuándo es de resultado. La Sala considera que el criterio más razonable, si se parte de la definición misma de estos tipos de obligaciones es el de la mayor o menor probabilidad de alcanzar la realización del objeto de la obligación, es decir, y si la probabilidad de que se cumpla ese objeto es menor la obligación es de medio y si la probabilidad es mayor, la obligación es de resultado. Por supuesto, esta definición deja al juzgador un margen bastante amplio de valoración para determinar cuándo esa probabilidad es alta y cuando es baja. (Consejo de Estado, 1998)*

De lo anterior se puede inferir entonces que las obligaciones de resultado son aquellas en las cuales una parte, se compromete a entregar un resultado cierto

independiente de los medios a los cuales allá acudido para obtener dicho resultado, como la construcción de una casa o la entrega de una obra de arte. Mientras que, las obligaciones de medio son aquellas en las que la persona que se obliga con el cumplimiento de alguna encomienda debe poner en el cumplimiento de su labor los medios de los cuales dispone con el fin de tratar de conseguir el resultado querido más no obligándose a conseguir el resultado de manera cierta.

Las obligaciones en el ejercicio de la medicina en el país y a nivel mundial se ubican como obligaciones del medio, teniendo en cuenta las numerosas variables en el ejercicio de la medicina. En Colombia inicialmente se hablaba de las obligaciones de medios para el ejercicio de la medicina excepto para aquellas en las que comprometía su resultado o eran procedimientos relacionados con la estética.

Hay que tener en cuenta que la única referencia legal expresa acerca de la prestación del servicio de salud como obligación de medio la observamos en el Art 26 de la ley 1164 (Congreso de la Republica de Colombia, 2007)

### **2.3 Responsabilidad médica en Colombia**

La responsabilidad de los médicos por una defectuosa prestación de los servicios constituye una obligaciones de medios (Tamayo Jaramillo, 2011) en donde el médico pone a disposición todos sus conocimientos para tratar de curar al paciente es decir del acreedor y es este que tiene que probar la culpa del médico por un tratamiento defectuoso para poder comprometer la responsabilidad de este.

La responsabilidad médica en Colombia se ha desarrollado por vía jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, y esta ha determinado que las obligaciones del galeno son de medio y no de resultado ya que debe poner, toda su pericia y experticia para curar al paciente. La relación médico paciente se ve determinado por un lazo contractual o extracontractual, en la cual se puede determinar la reparación del perjuicio ocasionado, ya sea por las convenciones pactadas en un contrato o con la obligación de reparar y no causar un daño a terceros, hecho acogido en el código civil en su artículo 2341, contenido en el principio latino *neminem ledere*.

La obligación contractual o extracontractual del médico se ve inmersa durante la prestación del servicio médico enmarcado en el consentimiento, en relación con el paciente, ya que no podrá realizarse un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente; entonces, podemos decir que la relación medico paciente esta reglado por un acuerdo de voluntades, sim embargo como se mostrará mas adelante la relación contractual o extracontractual en la responsabilidad médica, se derivará en si ha mediado con anterioridad a la prestación médica que puede ser asistencial o quirúrgica, un contrato donde obre la voluntad y se firme un consentimiento informado.

Para que se configure una responsabilidad contractual es imperioso la existencia de un contrato escrito, es decir en la responsabilidad médica se tratará de un contrato entre el paciente y el profesional médico tratante; del cual se desprenden obligaciones que serán las trasgredidas y generadoras de daño, para que se configure la responsabilidad civil.

De la relación médica no solo basta el acuerdo de voluntades, tal como lo expresa la Corte Constitucional, pues son necesarios los elementos de juicio del profesional pues la ética médica impone un mandato según el cual nadie puede disponer sobre otro; así entonces el consentimiento informado es imperativo y estructural para la aprobación de cualquier procedimiento médico o intervención quirúrgica (Republica, 1981)

*De ahí que, los profesionales tratantes siguiendo sus elementos de juicio y, obviamente, en aplicación de los parámetros determinados por esta Corporación, deben delimitarse a ponderar y especificar la procedencia de un determinado consentimiento, (...) haría inexistente la manifestación de voluntad del paciente y, por ende, se alejaría del consentimiento informado como requisito sine qua non para adelantar cualquier tratamiento médico, además, desconocería el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: "nadie puede disponer sobre otro" (Colombia, Corte Constitucional, 2002).*

La profesión médica ha sido categorizada por ser una profesión de medios, es decir que en las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos suele existir incertidumbre frente a los resultados, en donde los riesgo son asumidos por el paciente en el consentimiento informado, toda vez que no se le puede exigir al galeno el resultado de un tratamiento médico pues el cuerpo humano y la salud están determinados por infinidad de factores " (...) lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución

propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado al margen de la intervención de aquéllos” (Consejo de Estado de Colombia, 2004)

En Colombia ha existido una disparidad de jurisdicciones en torno a la responsabilidad médica, a efectos de analizarla nos ubicaremos en primera instancia en el ámbito civil para revisar luego el concepto dual que expone el ámbito administrativo es decir el Consejo de Estado.

La Corte Suprema de Justicia en fallo de casación del 5 de marzo de 1940 declaró que “Entre el médico y el enfermo interviniente, por regla general, un contrato sobre prestación de servicios profesionales de aquel a éste y del contenido del pacto se desprende la responsabilidad del uno hacia el otro” (Corte Suprema de Justicia MP Liborio Escallon pg 116)

En ese entendido debe comprenderse que la corte señaló que por regla general entre el médico y el paciente existe un contrato de prestación de servicios profesionales, así sea un contrato verbal, en el cual el médico se compromete al cumplimiento de las obligaciones contractuales que serán de medio. Sin embargo existen excepciones pues no se puede entender que toda demandada por responsabilidad médica será contractual, así cuando el galeno en una intervención quirúrgica a fin de preservar la vida de una persona, realiza un procedimiento cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia es decir donde no obra la voluntad del paciente (consentimiento) la relación a tratar será extracontractual o si es el heredero del paciente el que pide la reparación del perjuicio también debe entenderse que no media un contrato y que dicha relación será extracontractual (Corte Suprema de Justicia MP Hernando Morales 14 de octubre del 1959)

Por desarrollo jurisprudencial la Corte Suprema de justicia acogió la tesis en la cual “ la obligación profesional del médico no es, por regla general de resultado, sino de medio”, en el entendido en el que el médico se compromete a aplicar todos los mecanismos y conocimientos de la ciencia médica para curar al paciente pues “ Las incertidumbres de la ciencia, las insuficiencias de los conocimientos médicos y los misterios del cuerpo humano prohíben que se

puede exigir con exactitud del médico la curación del paciente”(LAMBERT-FAIVRE la Loi in 2002)

En la relación contractual el médico adquiere una obligación principal consistente en la prestación del servicio médico de modo diligente y obligaciones secundarias como la información que debe otorgar al paciente, el secreto profesional, el deber de diligencia de la historia médica entre otros. Sin embargo esto no significa que el médico tenga obligaciones de resultado, es decir de curar al paciente, como ya se expuso anteriormente; pues debido a la complejidad de esta ciencia no supere asegurar la curación en su totalidad “ El facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y su pericia y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece el cliente o de la no curación” (Corte Suprema de Justicia Casación civil MP librorio escallón 1940)

La jurisprudencia Colombia acoge la Francesa el *Mercier* en la cual se establece que los cuidados médicos deben tratarse como concienzudos, solícitos y conformes a los datos adquiridos por la ciencia ( La responsabilidad Civil médica F Vallejo ps 300, 1993).

La discusión de obligaciones de medio y de resultado que ha tenido la corte se debe a que esta recae directamente con la carga de la prueba, pues como sabes en principio esta recae sobre el demandante.

La Corte Suprema en un comienzo señaló que el médico se obliga a poner todos sus conocimientos con miras a curar al paciente, pero que en situaciones de reclamación, será el paciente quien deberá probar la culpa del médico; así pues desde el punto de vista probatorio no existe diferencia entre una responsabilidad contractual y extracontractual pues se anula el poder indiciario del incumplimiento contractual (Responsabilidad de los Médicos R Lorenzetti pa 7)

La corte ha tenido como referencia esta teoría sin embargo acepta que en algunos casos se presenta dificultades para el paciente en aportar dicha prueba al proceso para ello se trajo la inversión probatoria.

La carga dinámica de la prueba como fenómeno atípico del principio del onus probandi incumbit actorii se ha desarrollado en Colombia principalmente en

casos de responsabilidad médica, por lo que se hace necesario definir el concepto de responsabilidad como fuente de obligaciones especialmente de las derivadas de la actividad médica.

En reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado acerca de la responsabilidad médica acogiendo el sistema de la culpa probada, según el cual no existe responsabilidad sin culpa (Corte Suprema de Justicia, 2001), de manera que quien haya sufrido el daño o perjuicio es quien debe demostrar que se ha obrado con culpa, es decir que la carga de la prueba está en cabeza del demandante, este en todas las condiciones debe tener en cuenta los generadores de la culpa: la negligencia es decir la omisión o postergamiento de una determinada actuación sin ninguna causa justificada, la impericia tomada como el irrespeto a una norma técnica o la imprudencia que es la violación de las normas de cuidado o cautela.

Si bien es cierto en un comienzo existieron teorías que prescindían de la exigencia de la demostración de la culpa como elemento estructural de la responsabilidad, fundamentándose en el artículo 2356 de código civil por cuanto la responsabilidad extracontractual del médico era considerada una actividad peligrosa, también podría darse bajo el incumplimiento de un contrato pues el médico al tener una relación contractual con su paciente podía incumplir las cláusulas que en él se estipulaban; tal como lo planteo la sentencia de la Corte el 3 de noviembre de 1993 con ocasión que el daño debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación donde la culpa se presume y la inversión de la carga de la prueba queda estipulada.

Dijo la corte “Esta condición o requisito del daño aparece de suyo en el proceso donde el paciente fallece y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírseles que demuestren que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la supresión o disminución del tratamiento, es el médico a quien corresponde demostrar, ora que si presto competentemente sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o que si lo hubiera prestado el paciente hubiese fallecido” por cuanto bajo estos planteamientos se podría estipular que habrían dos teorías para la carga



probatoria una la doctrina de la culpa probada y la otra en donde la culpa se presume pero este conflicto lo resolvió la corte por cuanto debe descalificarse la actividad médica como una actividad riesgosa ya que tal tesis haría imposible el ejercicio de la profesión y debe consolidarse la doctrina de la culpa probada, ya que con ello se afirma que la profesión del médico, es una profesión de medio y no de resultado en el entendido que el médico solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo.

Así se ratifica que la responsabilidad civil extracontractual y contractual sigue la regla de la culpa probada en un comienzo. Ahora no puede desconocerse que al paciente en algunas ocasiones le es extremadamente difícil la demostración de la culpa por parte del galeno, es así que se le podría estar imponiendo una carga diabólica al exigirle al paciente que no cuenta con la experticia necesaria para probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales no posee un conocimiento sobre la materia que va a tratar, es de señalar que según sentencia del 30 de julio de 1992 de la corte Suprema de justicia hace un aclaramiento en cuanto que debe darse la inversión de la carga de la prueba cuando se le imposibilite al actor demostrar un conocimiento técnico y real, ya que resultaría mucho más beneficioso para la administración de justicia en general en lugar de someter al paciente a probar estos supuestos de hecho, invertir la carga de la prueba al médico el cual debe exponer que no obró con los elementos generadores de la culpa, es decir con impericia, imprudencia ni negligencia.

Para efectos del artículo 1604 del Código civil Colombiano el deudor debe acreditar que el incumplimiento le es inimputable por causa de fuerza mayor o caso fortuito o si se obligo a realizar una seria de actos que obró con la diligencia y cuidado (ausencias de Culpa) “En donde tratándose de responsabilidad contractual, el médico tiene a su cargo demostrar que actuó con el conocimiento suficiente y con el cuidado y diligencia sumo con el que otro en su lugar, versado en la misma ciencia. Hubiese responsablemente actuado en igualdad de circunstancias, o lo que es lo mismo, que el médico tiene que probar la idoneidad del tratamiento que prescribió al paciente o de la intervención que practicó” (corte suprema de justicia sala casación sala de casación civil 2001, MP Jose F Ramirez Gomez)

Hay que tener en cuenta que la única referencia legal expresa acerca de la prestación del servicio de salud como obligación de medio la observamos en el Art 26 de la ley 1164 (Congreso de la Republica de Colombia, 2007)

Entonces vemos que la responsabilidad del médico por una defectuosa prestación del servicio médico, se funda en una obligación de medio, no obstante en algunas reglas excepcionales dicha responsabilidad puede comprometerse con bases en una obligación de resultado como el e caso de los hospitales cuando estos deben velar por la seguridad de los pacientes ya que se comprometen a que nada ocurra dentro de las instalaciones del hospital, de manera tal que si llegará a producirse, el daño, se desprendería de una obligación de resultado.

## **2.4 Lex artis**

Un concepto acertado sobre la lex artis es el del Dr. Fernando Guzmán quien en su artículo El acto médico Implicaciones éticas y legales conceptualiza: “La Lex Artis ad hoc. La locución latina Lex Artis, literalmente "Ley del Arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión de la cual se trata, ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse; en definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano. Es decir, se intenta calificar si la actuación del profesional se ajusta al concepto de excelencia en el momento en que se juzga dicha actuación. La Lex Artis se aplica para la medición de la obra o el resultado obtenido por un profesional.”

La lex artis es clave en la responsabilidad medica ya que es aquel elemento de juicio que reúne los criterios científicos, éticos, técnicos y en general los criterios del ejercicio de la profesión que permiten examinar la calidad e idoneidad en la prestación de un servicio de salud, ya sea la implementación de un tratamiento, una intervención quirúrgica, la prescripción de un fármaco o en general cualquier actuación que se desprenda de la prestación de este servicio. Es la lex artis

entonces la que puede dilucidar y facilitar la determinación del grado de culpa y la configuración de los elementos de la responsabilidad, por lo que siempre es parte de la valoración del juzgador a la hora de definir un título de imputación.

Otra definición que se encuentra relevante asegura que la *lex artis* es: “la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme a cuidado objetivamente debido. No cabe la aplicación de la *Lex Artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la *Lex Artis* es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones. Siempre con la salvedad de la libertad profesional.”(Valencia, 2001). La *lex artis* compromete entonces el conocimiento de la profesión médica así como la experiencia y el desarrollo científico la que se equipara con la prestación del servicio en cada caso en particular.

El ejercicio de la medicina no exige solo la técnica y el conocimiento de los galenos exige una serie de medios técnicos, científicos, humanos, éticos entre otros, que exigen que la *lex artis* sea un concepto muy amplio ya que “Dentro de la medicina existen actos de distinta complejidad. No es lo mismo un acto diagnóstico que uno quirúrgico. No es lo mismo formular un analgésico que practicar una transfusión sanguínea. Dentro de esta óptica, en la evaluación del acto médico, deben tenerse en consideración la mayor parte de variables que inciden en la consecución de un resultado, particularmente la complejidad del acto en sí, la gravedad del enfermo sobre quien se ejecuta el acto, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, y la preparación de quien ejerce” (Tribunal Nacional de Ética Médica, 2014).

“La *Lex Artis* tiene en cuenta la actuación y el resultado. Se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene”. Encontramos en este acápite de una sustentación del Tribunal Nacional de Ética Médica lo importante de la *Lex artis* ya que hace parte del contenido de la obligación, del vínculo jurídico en la relación médico-paciente “En resumen, la *Lex Artis* orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia entre las personas, se establece por analogía y

su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad: los mismos médicos”. (Tribunal Nacional de Ética Médica, 2014)

Es en cada caso en específico y particular que se debe evaluar mediante la *lex artis* el actuar del profesional de la salud

## **2.5 Culpa y Exculpación**

La Culpa como elemento estructurante de la responsabilidad civil ha tenido grandes debates desde el surgimiento de la responsabilidad objetiva que tiende a eliminar su concepto dependiendo de la actividad, ya que en la responsabilidad objetiva no se va a mirar el alcance de la culpa sino por el contrario lo que se va a determinar es el comportamiento de los sujetos que se ven inmersos en la responsabilidad. Desde el siglo XX los contradictores de la culpa y sus defensores entrelazaron discusiones dogmáticas sin que ninguna de ellas alcanzara a ser victoriosa en estas disputas, El doctrinante Cortés considera que la culpa ha adquirido “Un carácter de principio general residual de la responsabilidad, en torno de la cual, por inclusión o por exclusión giran los demás criterios que completan el cuadro global de la materia” (Cortés, 2001). Como vemos la culpa es el elemento que sirve de mediación de la diligencia normal y el debido obrar humano cuando se ha causado un daño a un tercero y es por ello que mantiene hoy un deber social.

Sin embargo doctrinantes como Tamayo Jaramillo deja de un lado el componente de la culpa como un sentido social, moral y axiológico “Hacer el esfuerzo intelectual de pulsar al máximo la entidad de la responsabilidad objetiva, pues sus partidarios hablan de ella creando la sensación de que la culpa es un elemento estorboso en todas las instituciones de la responsabilidad civil” (Tamayo Jaramillo, 2013)

En cuanto a la división tripartita de culpas esta se ha desarrollado desde la antigüedad en donde “Nuestros antiguos interpretes del derecho romano, tales como Dumoulin y Pothier, habían comprendido de otro modo la teoría de las culpas: la culpa Lata, la culpa Leve y la culpa levisima” (Eugene Petiti 1924), la ley colombiana ha acogido el modelo de Cospus de Justiniano clasificandola en grave, leve, levisima ( Congreso de la Republica de Colombia, 1853). En la responsabilidad

civil extracontractual o Aquiliana, la culpa ha tenido un desarrollo diferente ya que no hay un contrato o una prestación anterior, se ha establecido por doctrina y jurisprudencia que cualquier clase de culpa basta, es decir, que en materia extracontractual solo la demostración de la culpa levisima desencadenará la responsabilidad si se demuestra los elementos de tal; acogiendo el principio romano *in lege aquila et levissima culpa venit* (Ulpiano) En la ley aquiliana una culpa levísima es suficiente.

La Corte Suprema de Justicia expuso “ La graduación de las culpas en el artículo 63 del Código Civil se refiere a los contratos y cuasicontratos, mas no a delitos y cuasidelitos, de los cuales esta clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa cuando la ley, regulando relaciones contractuales acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida” (Corte Suprema de Justicia, 1974).

Como se ha nombrado con anterioridad las obligaciones contractuales pueden ser de medio y de resultado, ello toma importancia al momento de definir la carga de la prueba, ya que en las obligaciones de medio la demostración de la culpa la carga de la prueba está en cabeza del acreedor y del demandante no hay presunción de culpa motivo por el cual el no tiene en su poder la responsabilidad del Onus. En cambio en las obligaciones de resultado.

En lo que se refiere a la responsabilidad contractual como hemos visto esta basada en la culpa, y esta debe ser demostrada o probada por el demandante, en algunos casos la responsabilidad se presume pero el deudor.

La culpa en materia de responsabilidad deberá probarse por parte del acreedor, cuando se trate del incumplimiento por parte del médico, tal así que al no probarse la culpa el deudor en este caso el médico tendrá que ser absuelto, sin embargo existen casos en los que la culpa se presume por la sola existencia del daño.

## **2.6 Responsabilidad médica en la práctica de la gineco-obstétrica en Colombia**

La Gineco-obstetricia es la rama de la medicina encargada de la atención de un proceso normal de un paciente que va a dar a luz por tanto, debe ser entendida

como la rama de la medicina relacionada con el desarrollo del embarazo que comprende, este se comprende desde la etapa gestacionaria en ella la etapa diagnóstica, pasando por el control prenatal, hasta la atención del parto y los sucesos ocurridos después de este como son los del pos-parto.

En el estado Colombiano, a los pacientes se les pueden ver vulnerados los derechos en dos etapas, la primera es en el momento en el que reciben la prestación de servicio de salud, la que debe estar acorde a principios constitucionales como la dignidad humana, la intimidad personal y la libertad de cultos. La segunda cuando se le ha generado un daño al paciente por la falla en la prestación del servicio de salud, ya sea por negligencia, impericia o imprudencia de los galenos y este es llevado a una etapa judicial, en donde las reglas probatorias pueden trasgredir sus derechos, pues la carga de la prueba entra a esclarecer las condiciones procesales en las cuales las partes deben aportar las pruebas al proceso, para ello debe tenerse en cuenta que según las sentencias del Consejo de Estado, las obligaciones de responsabilidad médica en la Ginecología y Obstetricia son obligaciones del régimen de culpa o falla probada, es decir son obligaciones de Medio y por tanto ha de aplicarse la carga dinámica de la prueba; sin embargo en algunos casos se valora que de esta profesión nacen obligaciones de resultado y por tanto se aplica el régimen de culpa o falla presunta y la carga probatoria será el principio del Onus es decir el de la carga estática de la prueba; en este estadio los derechos de los pacientes son vulnerados pues estos no cuentan con las facilidades para probar la responsabilidad médica.

En la gineco-obstetricia es importante entender que el paciente no está bajo el tratamiento de una patología sino a un proceso natural propio de la condición de una mujer en estado de embarazo; bajo esta premisa, esta ciencia médica a lo largo de la historia ha desarrollado un sinnúmero de teorías tratando de determinar bajo cual régimen de obligaciones debe incorporarse la ginecología y obstetricia, y por tanto determinar la carga procesal en caso de un evento adverso. Antes de entrar en materia, es necesario aclarar que la configuración de tal responsabilidad tiene su fundamento en el incumplimiento de una obligación preexistente hablamos en este sentido de la etapa precontractual y contractual; de ahí la importancia de

definir la naturaleza de la obligación del médico gineco-obstetra para determinar el régimen de responsabilidad aplicable, que en estos casos es el subjetivo.

Esta profesión, la médica ha sido catalogada como una profesión con obligaciones de medio, sin embargo en el caso de la ginecobstetricia es diferente; pues se ha dado la aplicación por jurisprudencia que en algunos casos que la ginecobstetricia abarca obligaciones de resultado y no de medio, bajo esta doctrina el galeno obstetra analizando las etapas gestacionarias podrá valorar todas las circunstancias en las cuales se desarrolla el embarazo y consecuentemente se dará el nacimiento, por tanto el galeno desarrolla toda su pericia para que no se produzca un evento adverso

Bajo este contexto, se pretende dar una respuesta general al interrogante respecto a cuál es el régimen de responsabilidad vigente y el título de imputación aplicable en los eventos en que se produce un daño con ocasión a la actividad gineco-obstétrica, y a partir de ahí, definir cuál es el régimen probatorio instituido para tramitar esta clase de asuntos. La evolución jurisprudencial en materia contencioso Administrativo por responsabilidad en daños ocasionados por la actividad médica de la ginecobstetricia en Colombia en una primera fase sostuvo la teoría de la falla presunta; es decir, se afirmaba que la ginecobstetricia era una profesión con obligaciones de resultado y por tanto la carga probatoria era estática, es decir “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por ellas perseguido”. (TRUJILLO CABRERA, 1988, pág. 1), y como se mencionaba anteriormente la responsabilidad médica hacía énfasis a que esta profesión denotaba la teoría de falla probada por tanto sus obligaciones siempre serán de medio pues el galeno deberá desarrollar toda su pericia, seguir los protocolos médicos y la *lex Artis* para que no se produzca un evento adverso.

Bajo estas condiciones tomadas por el Consejo de Estado, a la víctima se le desprotegen todos sus derechos como pacientes, pues al aplicar el régimen de falla presunta la carga de la prueba permanece con el carácter estático, y la víctima que no tiene la pericia ni la oportunidad para recolectar el material probatorio suficiente se le impone la obligación de aportar las pruebas necesarias

Bajo los fallos del Consejo de Estado se permite definir la responsabilidad médica estatal a partir del análisis del acto médico como una actividad compleja, “el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre-quirúrgica, la atención post-quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención)” (Consejo de Estado de Colombia, 2011) buscando con ello determinar el “alcance de los deberes de la actividad médica conforme al principio de la confianza legítima” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2011).

Con lo que se concluye que la actividad médica y la medicina obstétrica en muchas debe entenderse como una ciencia compleja que en muchas ocasiones está supeditado al comportamiento asumido por otros médicos, toda vez que las etapas gestacionarias debieron ser analizadas por médicos obstetras diferente al que atiende el alumbramiento ya que si una o varias de las intervenciones médicas anteriores al parto fueron negligentes, imperiosas o imprudentes, ello influirá en la configuración o no de un evento adverso.

Como vemos, la decisión del juez, en los casos de responsabilidad médica por prácticas en la gineco-obstetricia ostenta un papel determinante, ya que como fue expuesto existe discrecionalidad por parte del administrador de justicia y que los criterios usados por línea jurisprudencial dejan a éste el juez con un pequeño andamiaje para que pueda determinar el régimen aplicable en cada caso; si bien como se expuso con anterioridad, la gineco-obstetricia como rama de la medicina compleja debe ser comprendida bajo la óptica del sistema de obligaciones de medio para que en este caso se utilice el régimen de la falla presunta; y en esta eventualidad se utilice la inversión del Onus, es decir, que la carga dinámica de la prueba entre a regir este tipo de responsabilidad; no solo por las razones ya expuestas, sino que también porque con ello se garantiza la protección de los derechos fundamentales de las víctimas.

## **2.7 Responsabilidad médica en anestesiología**



En el campo de acción de la medicina aparece la anestesiología que es una “rama de la medicina especializada en la atención médica de los pacientes sometidos a procedimientos medico quirúrgicos, obstétricos o de otra índole, en estado de inconsciencia, insensibilidad al dolor, al estrés emocional o a una combinación de los anteriores.” (Pérez, 2008). Se aplica entonces a áreas específicas de la prestación del servicio de salud, asegura el Dr. Pérez que su acción directa es “mediante la administración, por distintas vías, de sustancias farmacológicas, por lo que también se dedica al cuidado y protección de las funciones de sistemas vitales como el nervioso central, el nervioso autónomo, el cardiovascular, el respiratorio, el hepatorrenal y el hematopoyético, con el propósito de mantener la homeostasis del organismo humano” (Pérez ,2008).

De lo anterior se desprende que la actividad que realice un profesional de la salud especialista en esta rama de la medicina se realiza antes, durante y después del procedimiento médico, ya que debe haber un estudio y una valoración previa del paciente que permita determinar según la *lex artis* el procedimiento más adecuado y de menor riesgo en cada caso, para evitar incurrir en un error médico, de igual forma debe haber una correcta aplicación de la anestesia y una vigilancia constante del estado del paciente durante el procedimiento médico. No menos importante es la recuperación de la condición normal del paciente luego de que el efecto de anestesia haya pasado.

De igual forma el Dr. Pérez de la Universidad de la Habana puntualiza que “Sus campos de aplicación se extienden al cuidado de pacientes sometidos a procedimientos diagnósticos o terapéuticos, al tratamiento del dolor agudo y crónico y al manejo de enfermos” (Pérez, 2008).

Una vez enmarcado el campo de acción de la anestesiología y su función en la prestación del servicio de salud hay que establecer las fuentes de obligaciones del anestesiólogo. En primer lugar obligaciones contractuales cuando el medico se compromete a desplegar los medios y el conocimiento necesario para llevar a cabo una buena anestesia y el paciente se obliga a pagar los honorarios pertinentes, de igual forma cuando existe una relación contractual del anestesiólogo con un seguro o servicio social de salud y este a su vez con el paciente usuario del servicio de salud. En segundo lugar nacen obligaciones

extracontractuales en situaciones en las que sin haber una relación contractual hay una prestación del servicio por parte del médico anesthesiologo, por ejemplo en casos de emergencias medicas.

De cualquier forma "La obligacion del medico anesthesiologo es la de proporcionar todos los medios anesteticos adecuados para preservar la salud del paciente durante el acto anestésico. El manejo anestésico del paciente debe ser integral y se deberán prever todas las posibles funciones irregulares del paciente anestesiado" (Uribe-Velázquez, 2006). Por lo que la negligencia y la impericia pueden generar el incumplimiento de dicha obligacion que configure una mala practica medica ya sea por la falta de conocimientos técnicos o por la falta de la ejecucion del deber cuando no se ejecutan debidamente las obligaciones de la prestacion del servicio aun teniendo los medios y la capacidad.

## **CAPITULO III CARGA DE LA PRUEBA EN RESPONSABILIDAD MÉDICA**

### **3.1 Carga de la prueba**

En el derecho procesal moderno la carga de la prueba ha surgido como un elemento intrínseco en la naturaleza del debate jurídico; pues se considera que la carga probatoria indica al juez la responsabilidad que tienen las partes de probar los hechos que pretender hacer valer dentro de la demanda; así pues dentro de las normas procesales ésta se ha elevado como una de las reglas con más importancia y como se observa en ella se releva un sentido categorico.

"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por ellas perseguido". (Trujillo Cabrera, 1988, pág. 1)

Bajo esta regla del derecho se puede inferir que se le impone una obligacion a la parte de acreditar el supuesto de hecho que pretende hacer valer dentro de un proceso jurídico, lo cual revela la existencia de un imperativo categorico, que indica que el comportamiento procesal es estático ("Si A es, entonces B debe ser") (Dworkin, 1989) La Concepcion positiva del derecho a través de la historia ha sido discutida por varios doctrinantes, pues no se puede ver el derecho y las

normas que lo componen como un sistema rígido, inamovible, el cual contiene las conductas humanas objetivadas; pues desde esta óptica el todo jurídico perdería su valor, su sentido y se convertiría en un conjunto de normas sin coherencia.

Históricamente en el derecho, la carga de la prueba surgió como una doctrina cambiante pero en un inicio se concibió la idea estática de la prueba, en la cual se le impone la obligación a la parte demandante de probar los hechos que pretende se le reconozcan. Remontándose a épocas clásicas en el antiguo derecho romano, el juez tenía el poder de dirimir el conflicto desde su perspectiva, pues se le facultaba con el poder discrecional para solucionar el conflicto, de tal manera que de no existir prueba, el juez estaría obligado a pronunciarse a favor del demandado, (Bethmann, 1865, pág. 182) sin embargo los romanos en el procedimiento de la *Legis actio sacramento* la carga de la prueba le correspondía por igual a ambas partes. En el periodo clásico la carga era una tarea del juez que debía considerar según el caso en quien recaía el Onus. La compilación del Ius Civile de Justiniano establecía el principio en el cual el actor tiene la carga (primaria) de probar el fundamento de la propia *intentio*, y el demandado tiene la Carga (secundaria) de justificar la propia excepción (Micheli, 1961, pág. 29); de esta manera el juez tomaba la decisión final basándose en un procesamiento interno de los hechos, donde el resultado de su decisión, es decir del fallo solo procedía de las pruebas que aportaran las partes al proceso; entonces si el actor no prueba el demandado es absuelto. (Biondi, 1989) En la edad media la carga de la prueba se funda en el principio de que incumbe al actor probar, remontando las ideas romanísticas. En la Revolución Francesa con la expedición del código civil de Napoleón se toma la idea "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta" (Biondi, 1989, pág. 393). Desde esta época los códigos procesales han adentrado esta teoría en su cuerpo normativo.

Es necesario resaltar que las normas procesales recibieron de la tradición romana la elaboración del derecho común de la carga probatoria, en donde la necesidad de probar el hecho el cual pretende obtener un efecto jurídico corresponde a quien lo solicita o alega; sin embargo esta obligación de la lógica

procesal se determina siempre y cuando exista el supuesto de hecho dentro de la norma para con ello obtener un efecto jurídico.

El aspecto evolutivo de la carga de la prueba se torna de gran importancia que queremos detenernos un poco sobre los conceptos de regla probatoria que han tratado de definir varios doctrinantes, para ello nos resulta imperioso resaltar el concepto de prueba dada por la Real Academia Española, la cual la define así: “Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o verdad de algo con razones, instrumentos o testigos” (Real Academia Española de la Lengua, 2014) es decir la actividad probatoria consiste en la demostración fáctica de un hecho en la cual se pretende revelar la verdad de lo acontecido. El concepto de prueba en el derecho se da a través de su función social junto a su función jurídica, por prueba debe entenderse el conjunto de reglas que regulan la admisión producción y valoración de los diversos medios que pueden entenderse para llevar al juez a la convicción de los hechos (Devis Echandia, 2012) en concordancia en nuestro derecho colombiano es el método con el cual se justifica y demuestra un hecho para dar certeza al juez de la veracidad de lo narrado y que en consecuencia este falle a favor de las pretensiones.

La escuela Italiana ha sido una de las interesadas en definir el concepto de la Carga Probatoria

Brunneti por su parte consideraba que el *Onus* era un instrumento que las partes podríaniutilizar deliberadamente, Carnelluti en una primera etapa en *La prueba civil* Fija una controversia entre el *Onus* y la obligación pues esta debe ser diferenciada desde la sanción jurídica y en una segunda es considerada la carga probatoria de la sanción al interés, en el cual elabora la noción del *Onus* en cuanto es un poder pues es sujeto procesal el que escoge a su libertad el solicitar y aportar las pruebas que lo coloquen en un posición ventajosa al momento en el cual el juez discierne sobre la verdad de los hechos.

Tulio Ascarelli dice que la no satisfacción de la carga conlleva a una sanción atenuada, ya que en su sentir el incumplimiento de la obligación no implicaba la imposición de pena o resarcimiento, sino la simple decadencia de oportunidades para obtener ventaja en el litigio de manera similar al que se presenta cuando se dejar vencer un término procesal, Salvatore Messina reduce la idea de la simple

auto-responsabilidad propia del derecho privado a la facultad de ejercitar una libertad concedida por las normas procesales. Doctrinantes colombianos como Parra Quijano han definido el concepto de carga de la prueba como la Autorresponsabilidad que tienen las partes dentro del proceso para que acredite los hechos que le sirven de supuesto a las normas jurídicas (Quijano Parra, 2006, pág. 27).

Sin embargo en el derecho procesal moderno nacieron diferentes teorías para la aplicación del *Onus*, entre ellas se elevó la teoría de la Posibilidad probatoria la cual se desarrolló para permitir demostrar la consecuencia jurídica de la demostración de los hechos, no estando condicionada a la existencia de los hechos objetivos. Dicho contenido estaba solamente relacionado con el proceso y por tanto resultaba reduciendo la labor judicial a resolver la dicotomía entre hechos probados y no probados, lo que generaron discrecionalidad judicial (HANNIS, 2010, pág. 458)

Rosenberg plantea que la carga de la prueba:

*“(...) El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó”* (Rosenberg, 2002, págs. 56-57)

*“las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada”* (Rosenberg, 2002, pág. 22)

Como se observa en este aparte Rosenberg da una alta relevancia a las cargas procesales indicando que estas son el instructivo que se le da al juez para que tome una determinación en búsqueda de la verdad y así pueda determinar un fallo, siempre de la mano con la libre apreciación de la prueba que como se ilustró deja un vacío que se debe suplir con las cargas procesales; es entonces, la imposición que se le da a una parte de demostrar los hechos jurídicamente relevantes que pretende se le hagan valer en el proceso.

Micheli, sin embargo da un concepto de carga de la prueba distinta pues la examina como una entidad jurídica distinta a la de una obligación, que ha llevado a un primer plano la actividad de decisión del juez, al afirmar que:

*la noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba es precisamente la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para un fin jurídico alcanzado, pero de otro lado, el sujeto es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca y por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario previsto por la norma. La no observación de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino solo a una sanción económica y precisamente la no obtención de aquel fin conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado (Micheli, 1961, págs. 60-62)*

(...)

*“La regla de la carga de la prueba tiene (...) como su principal destinatario al juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, el proceso.” (La Carga de la Prueba, 1961, pág. 213)*

El concepto determinante que deja Micheli al proporcionar un concepto sobre la no sanción jurídica de la norma, sino no la sanción económica abre la posibilidad de la auto responsabilidad de la parte para probar sus supuestos de hecho con un fin coercitivo sino con una sanción no reparadora de perjuicios, teoría que es acogida por el profesor Jairo Parra Quijano, ya que para él, el concepto de la carga de la prueba:

*Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que le sirven de sustento de las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además le indica al juez cómo deben fallar cuando no aparezcan probados tales hecho” (PARRA QUIJANO, 2006)*

Para DEVIS ECHANDÍA la carga de la prueba

*Es una noción que contiene la regla de juicio, por medio del cual se le indica al juez cómo deben fallar cuando no encuentren en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitar las consecuencias desfavorables (Devis Echandía, 1936,)*

Echandía al igual que Micheli expone que la carga de la prueba es un mecanismo que utiliza el juez para guiarse acerca de la verdad que busca perseguir en el proceso, cuando la sana crítica y la libre apreciación de la prueba dejan un vacío para poder tomar una determinación, según Echandía la carga de la prueba es un instrumento de decisión o regla de juicio para el juez con base en la cual le

juez puede fallar sin inhibirse, *non liquet*, es decir cuando los hechos no estén plenamente demostrados (Devis Echandia, 2012, pág. 138).

Sin embargo el profesor Devis echandia indirectamente también observa que la carga de la prueba puede servir como un instrumento orientador o “regla de conducta” (Compendio del derecho Procesal, 2012) para las partes que no las obliga a probar determinados hechos sino que les indica que hechos tendrían que probar para que el fallo sea favorable a sus pretensiones entonces como vemos adopta la posición de Micheli al observar que se tendría una sanción económica mas no jurídica; según Echandía; la carga de la prueba sirve de “Norma de distribución del riesgo por falta de prueba entre las partes” (Devis Echandia, 2012)

Es claro que la doctrina ha elaborado varias discusiones en torno a la naturaleza jurídica de la carga de la prueba, por tanto se examinó que algunos doctrinantes la definen como la obligación que tienen las partes de aportar o solicitar una prueba dentro del proceso, es tan fuerte y amplio el concepto de obligación que de no probar debe ser sancionado y esta sanción se traduce en la pérdida de la indemnización a resarcir los perjuicios dentro del proceso; sin embargo consideramos que difiere el concepto de la obligación de la prueba del de carga probatoria, pues la carga de la prueba debe ser vista como un poder que se puede ejercer o no en interés propio y que la parte que se abstiene de ejercerlo asume las consecuencias jurídicas que deriven de su no acción procesal. (Pardo, 2009). Por tanto la regla probatoria debe ser vista como una facultad que el ordenamiento jurídico otorga a la partes de ejecutar deliberadamente determinado acto procesal, y a pesar de que su inobservancia puede ser desfavorable, esta no debe ser entendida como una sanción jurídica.

Por lo anterior la carga de la prueba debe ser analizada desde su óptica de orientador en la actividad probatoria de las partes (Perez, 2012, pág. 2), en el sentido que la carga advierte a las partes la necesidad de probar los hechos que alegan, evitando así en consecuencia acciones judiciales desfavorables que se generan al omitir usa esta regla orientadora conllevando el menoscabo de los derechos de las víctimas en algunos casos. Entonces “No se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte” (Devis Echandía,

Teoría general de la prueba, 1984) es decir la prueba que resulte favorable al hecho el cual tenía que demostrar el actor de la pretensión así no sea aportada por este será valorada, haciendo hincapié en el principio procesal de comunidad de la prueba. (Teoría general de la prueba, 1984)

La jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha establecido que la carga de la prueba es aquella situación que la ley instituye para realización de una determinada conducta facultativa, que normalmente es establecida en interés de un sujeto y cuya omisión trae consecuencias desfavorables como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

*“No obstante, por el solo hecho de ser pertinente para un proceso no toda carga puede considerarse a priori ajustada a la Constitución, pues las consecuencias derivadas de una carga impuesta por el legislador, no deben ser desproporcionadas o irrazonables”* (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

### **3.2 La teoría de la carga estática de la prueba**

La actividad probatoria debe recaer sobre ciertos hechos determinados, es decir sobre aquellos hechos que puedan ser controvertibles para que el juzgador pueda establecer un criterio de estos, por tanto, es la carga de la prueba, el referente de apreciación para el juzgador en el sistema de valoración de la prueba, tal como lo señala, (Pereira, 2003, pág. 79) “la eficacia de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez”. Resulta entonces evidente que la actividad procesal es un determinante para las partes pues lo que importa es quién tiene la carga, quien soporta el peso (onus) de realizar los actos necesarios para aportar los medios probatorios y obtener la demostración de existencia o inexistencia de ciertos hechos

Como ya se ha enunciado en repetidas ocasiones las reglas de la carga de la prueba no sólo están dirigidas a las partes sino también a la actividad del juez, de tal manera que la carga estática de la prueba en su doctrina clásica expresa que el demandante deben probar los presupuestos fácticos que invocan como fundamento de su pretensión, toda vez que si no lo hacen, el juez impondrá las



consecuencias negativas de la insuficiencia probatoria o falta de certeza en quien tenía la carga de probar, según el postulado de Micheli incurre en una sanción económica. En la teoría en Colombia de la carga de la prueba tiene una consagración legal expresada en el artículo 177 del código de procedimiento civil 177 y en el Código General del Proceso en su artículo 167 en el que en primer instancia concibe a la carga de la prueba como estática, sin embargo agrega un aparte en que se faculta a usar la teoría de la Carga dinámica del prueba:

*ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. 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 (Congreso de la Republica de Colombia,2012)*

### **3.3 La teoría de la carga dinámica de la prueba**

La teoría de la carga dinámica de la prueba surge desde la responsabilidad médica en Argentina y de las teorías de (Peyrano, 2002) “más allá del carácter de actor o demandando, en determinados supuestos de la carga de la prueba recae sobre ambas partes en especial sobre aquellas que se encuentren en mejores condiciones para producirlas”

Desde el punto de vista de Peyrano las normas jurídicas en sí son de carácter estático sin embargo se dinamizan debido a aplicación de las mismas; veamos, el derecho en su conjunto no puede ser visualizado desde la óptica positivista, debe ser entendido desde su fin con propósitos teleológicos, los cuales permiten ver el derecho con coherencia; por tanto el derecho podrá ser tanto estático como dinámico. En el Onus como vemos esta regla también se aplica pues adquiere un dinamismo y se dará a quien tenga la facilidad y se encuentre en las mejores condiciones para conseguir las pruebas que demuestren los hechos que se controvierten en el litigio.

Se observa que:

*“Esta es una regla que le permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes deben correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que ésta le resulte más fácil suministrarla”*  
(Peyrano, 2002)

El derecho es dinámico, cambiante, elástico, por tanto ha de mirarse siempre bajo esta perspectiva; así mismo debe observarse la carga probatoria en el proceso, donde si bien es cierto existe en principio la regla de que el actor le incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que pretende; debe tenerse en cuenta que dependiendo del litigio, del caso en concreto le corresponderá aportar la prueba a quien esté en mejores condiciones para hacerlo.

Para esto Tamayo Jaramillo afirma “No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real.” (Tamayo Jaramillo, 1993, pág. 91)

El espíritu de la carga dinámica de la prueba consiste en que ambas partes tengan la obligación de aportar pruebas al proceso para brindarle al juzgador todas las herramientas para que pueda fallar, y de esta manera solucionar el litigio teniendo plena certeza de los hechos y en consecuencia buscar un fallo que se encuentre de manera proporcional a la verdad y lo justo. Así que a través de la jurisprudencia vemos que los jueces se ocuparon por aplicar más la primacía de la verdad objetiva sobre la Formal. (Trujillo Cabrera, 1988, pág. 91) Con lo cual podemos analizar que la teoría de la carga dinámica de la prueba tiende a ver el derecho desde la realidad y la perspectiva que es cambiante elástico.

Anteriormente se explicó que el código general del proceso incorporó en su cuerpo normativo la teoría de la carga dinámica de la prueba, sin embargo , esta no es absoluta, sino que por el contrario la carga dinámica es aplicable excepcionalmente cuando una de las partes tenga la mayor facilidad probatoria de demostrar un hecho determinado, fundamental para el proceso.

Protegiendo esta teoría la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Civil, afirmó que:

*Es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte a esta situación (...) Dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común la lógica o la ciencia, deduzca ciertas presunciones relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprosales derivados de la conducta de las partes; o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur... (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil, 2010)*

Según la Corte suprema de Justicia es necesario y de gran importancia la utilización de ambas teorías procesales, pues son una herramienta orientadora del juez para consignar la verdad del proceso, sin embargo en cuanto a la carga dinámica, esta debe ser utilizada de manera subsidiaria y exclusiva así lo referencia el Consejo de estado:

*Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos hospitalarios...(Colombia, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, 1992)*

El código procesal civil colombiano en su artículo 177 y ahora el nuevo código general del proceso en su artículo 167, así como el código civil en su artículo 1757 y el código de comercio artículo 113; y otras normas incorporan la teoría de ROSENBERG en su cuerpo normativo (onus probandi incumbit actorii,); sin embargo el código general del proceso consagra la dinamización de las cargas probáticas; pues incorpora en su cuerpo normativo la dimanización de las cargas así: "(...) No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar" (Congreso De la República de Colombia, 2012)

Pero antes de hablar de ello es necesario recopilar jurisprudencialmente la posición de las cortes colombianas frente a este tema, el cual ha sido tratado en sus inicios en el régimen de las acciones populares.

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso (...) Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones” (Corte Suprema de Justicia, 1985, pág. 427) Es decir la corte en este punto adopta la teoría de Micheli en el cual la carga de la prueba no es entendida como una imposición de la ley; sino como la auto-responsabilidad que tienen los sujetos dentro del proceso.

Este criterio es compartido por la Corte Constitucional, quién en Sentencia C-662 de 2004 manifestó que “las cargas procesales, bajo estos supuestos, se fundamentan como se dijo, en el deber constitucional de colaboración con los órganos jurisdiccionales (art. 95-7 de la C.P.). De allí que sea razonable que se impongan a las partes, incluso en el acceso a la administración de justicia o durante el trámite del proceso, con el fin de darle viabilidad a la gestión jurisdiccional y asegurar la efectividad y eficiencia de la actividad procesal. Esas cargas son generalmente dispositivas, por lo que habilitan a las partes para que realicen libremente alguna actividad procesal, so pena de ver aparejadas consecuencias desfavorables en caso de omisión” (Corte Constitucional, 2004) Como vemos la corte constitucional aborda el tema de la carga de la prueba desde la óptica jurídica de la imposición que le otorga la ley, probar los supuestos de hechos a quien pretende le sean reconocidos; pero tiene en cuenta la carga dinámica y desde este punto comienza a ver el principio de Integridad de la prueba; por ello habla que la prueba no son de las partes sino del proceso; y que la carga de la prueba se tendrá en cuenta en caso de que no exista suficientes

medios de prueba en tal caso se sancionará a la parte que estaba en la obligación de hacerlo

## CONCLUSIONES

- ❖ La salud se entiende como un derecho fundamental a partir de la interpretación y de la adecuación de la Constitución Política, por parte del legislador; integrando así su esencia como servicio público con características propias como la dignidad humana, la universalidad y la intimidad, que gozan de protección por parte del estado.
- ❖ La responsabilidad civil médica es el resultado del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el prestador del servicio de salud, que en el desarrollo del mismo rompe con las reglas de la lex artis incurriendo en negligencia imprudencia o impericia.
- ❖ Las obligaciones del prestador del servicio de salud nacen de una relación jurídica extracontractual o contractual, en esta última es necesaria la existencia del consentimiento informado, para que de esta forma el paciente autorice todos los procedimientos a los que será sometido y se advierta de los posibles riesgos.
- ❖ El Consejo de estado ha establecido que en el ejercicio de la Ginecología se generan obligaciones de resultado, sin embargo, al ser un área de la salud tan especializada está sujeta al “alea”, por tanto, no bastan los exámenes de control prenatal para que el proceso gestacionario no sufra complicaciones; y debe entenderse que generan obligaciones de medio.
- ❖ El ejercicio de la Anestesiología origina obligaciones de medio
- ❖ La carga de la prueba en procesos por responsabilidad civil médica, seguirá el principio del Onus , ya que al ser un título de imputación subjetiva está basada en la culpa, la cual debe ser probada teniendo en cuenta que la prestación del servicio médico genera obligaciones de medios.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Paris: Resolución 217. Extraído de [www.un.org](http://www.un.org)
- Bethmann, H. (1865). *Der Civil process de Gemein*. Boon.
- Biondi. (1989). *Intorno alla romanità*.
- Carbonnier, J. (1959). *Droit Civil*. Paris: Thémis.
- Camacho, J. C. (2012). *Obligaciones* (7 ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Congreso De La Republica De Colombia. Ley 23. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. (1981).
- Congreso De La Republica De Colombia. Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral (1993).
- Congreso De La Republica De Colombia. Ley 1122. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (2007).
- Congreso De La Republica De Colombia. Ley 1164. Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud. (2007).
- Congreso De La Republica De Colombia. Ley 1437 Código Contencioso Administrativo. (2011).
- Congreso De La Republica De Colombia. Ley 1564. Código General del Proceso. (2012).
- Corte Constitucional De Colombia. Sent C-662 del 2004 (M.P Rodrigo Uprimmy Yepes 2004).
- Corte Constitucional De Colombia. Sent C-755 (M.P Maria Victoria Calle Correa 30 de octubre de 2013).
- Corte Constitucional De Colombia. Sent c -279 (M.S Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 15 de 05 de 2013).
- Corte Constitucional De Colombia. Sent T- 1025 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa, 27 de noviembre de 2002).
- Corte Constitucional De Colombia. Sent C-225 (M.P Alejandro Martínez Caballero 1995).

Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación civil. (M.P. Dr. Horacio Montoya Gil 17 de septiembre del 1985)

Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación civil . (M.P. José Fernando Ramírez 30 de enero del 2001 )

Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación civil. (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena 22 julio 2010)

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, 6897 (Consejo de Estado 30 de julio de 1992).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera expediente 6897 (sentencia del 30 de julio del 1992 1992).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, 24 de octubre del 1990 (Alier Eduardo Hernandez Enriquez 2004).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, sentencia 14696 (Mauricio Fajardo Gómez 1 de julio de 2004).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Expediente 19.471 Sentencia de 28 de julio (M. P Gladys Agudelo Ordoñez 2011).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Expediente 12.123 Sentencia de 17 de agosto (M.P Alier Eduardo Hernández Enriquez 2000).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Expediente 12.123 Sentencia de 17 de agosto (M. P Alier Eduardo Hernández Enriquez 2000).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Sentencia de 14 de julio Expediente 15.276 (M.P Ruth Stella Correa Palaci 2005).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Expediente 17.001. Sentencia de 1 de octubre (M.P Myriam Guerrero de Escobar 2008).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Expediente 27.268 Sentencia de 1 de octubre (M.P Enrique Gil Botero 2008).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Expediente 19.760 Sentencia de 25 de mayo (Jaime Orlando Santofimio Gambo 2011).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, Expediente 19.471. Sentencia de 28 de julio (M.P Gladys Agudelo Ordoñez 2011).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera, expediente 8.940 (sentencia del 24 de junio 1994).

Consejo De Estado de Colombia, sección tercera Expediente 27.268, Sent de 1 de octubre (M.P Enrique Gil Botero 2008).



Consejo De Estado de Colombia, sección tercera Expediente. Sent 24 de 06 de. (1998).

Dellepiane, M. F. (2010). *Apología de una cuestionada inversión*. (Disertación doctoral o tesis de maestría) Buenos Aires, Argentina: Universidad de Belgrano.

Devis Echandía, H. (1936, ). *"Nociones generales del derecho procesal civil*. Madrid: Bravo Aguilar.

Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general de la prueba*. Bogotá: editorial Rubinzal- Gulzoni.

Devis Echandía, H. (2012). *Compendio del derecho Procesal*. Bogotá: Temis, Universidad Pontificia Javeriana.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.

Fernández M, M. L. (2008). *La Responsabilidad Médica Problemas Actuales*. Bogotá D.C: Librería Ibañez.

Guzman, Fernando,(1994), El acto medico, Acta Med Colomb Vol. 19 N°3 - 1994

Gil Botero, E. (2012). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogota: Ibañez Cuarta edició.

Hanns, P. (2010). , *Carga de la prueba y Estándar probatorio: La influencia de Roserbergn y Karl Hainz Schwab para el desarrollo moderno del derecho probatorio*. CHILE: Universidad de Talca revista lus et Praxis.

Jaramillo, J. T. (2004). Obtenido de La falla presunta en materia médica conduce necesariamente a una presunción de causalidad:  
[www.eleccionesvisibles.com](http://www.eleccionesvisibles.com)

Le Tourneau, P. (2014). *La Responsabilidad Civil Profesional*. Bogotá: Legis.

Lim, a. s. (2008). *An Introduction to medical ethics. The patients first* (2 ed.). Singapur: world scientific publishing.

Lopez Ordoñez, M. A. (2004). Demandas a los medicos, observaciones sobre casos. *Revista Colombiana de Gastroenterologia* 19(1), 37-43.

King, R. H. (1992). *Civil rights and the idea of freedom. The repertory of freedom* (1 ed.). New york: Oxford University Press.

Castillo, Mario Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 53. Lima, diciembre del 2000, Páginas 475 a 512

Micheli, G. A. (1961). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.

Pardo, G. (2009). *El derecho aduanero en el siglo XX*. Universidad del Rosario.

Parra Quijano, J. (2006). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: ediciones librería el profesional.

Petit, E. (2002). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Bogotá: Ediciones Esquilo.

Peyrano, J. (2002). *Cargas probatorias Dinámicas*.

Pereira, C. S. (2003). Los sistemas de valoración de la prueba. En S. P. CAMPOS, *Los sistemas de valoración de la prueba* (pág. Pag 79).

Perez, C. (2012). *Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano*. Bogotá: Justicia y derecho.

Quijano, J. P. (2006). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: ediciones librería el profesional.

Real Academia Española de la Lengua. (08 de 2014). <http://www.rae.es/>. Extraído el 05 de 08 de 2014, de Real Academia Española de la Lengua: <http://www.rae.es/>

República, C. D. (1981). Ley 23 de 1981 código de ética médica.

Rosenberg, L. (2002). *La carga de la Prueba*. Montevideo.

Tamayo Jaramillo, J. (1993). *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I*. Bogotá D.C.: Legis.

Trujillo Cabrera, J. (1988). *La carga dinámica de la prueba*. Barcelona: Leyer.

Tribunal Nacional de Etica Medica, 2015

Velásquez Posada, O. (2011). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A.