



Dificultades probatorias en los procesos de responsabilidad medica

Natalia Henao Vélez

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2024



Dificultades probatorias en los procesos de responsabilidad medica

Natalia Henao Vélez

Trabajo de grado presentado para optar al título de abogada

Eddison David Castrillón García, Doctor (PhD) en Derecho Procesal Contemporáneo

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2024

Declaración de originalidad

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad. Declaro, así mismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Natalia Henao Vélez

Firma del estudiante

Sumario

Resumen

Introducción

1. Obligaciones de medio y de resultado frente a los riesgos de la practica medica sobre el paciente
2. Responsabilidad contractual y extracontractual en la práctica médica.
3. Dificultades probatorias en los procesos de responsabilidad médica.

Conclusiones

Referencias

DIFICULTADES PROBATORIAS EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MEDICA

Resumen

Los procesos judiciales por responsabilidad médica no deben desconocer que la salud es considerada como un derecho fundamental, por lo que a la hora de tomar la decisión judicial no se deben supeditar a un simple dictamen pericial o a una historia clínica como pruebas fundamentales, pues desde la libertad probatoria se debe ir más allá de una conclusión arraigada en medios de prueba que son producto de la misma actividad médica de aquel actor que es demandado en razón a su praxis en el campo de la salud. Es por esto que el presente artículo responderá a la pregunta por ¿cuáles son las dificultades probatorias en los procesos de responsabilidad médica?

Palabras clave: responsabilidad médica, dificultades probatorias, libertad probatoria, práctica médica.

Introducción

El objetivo principal del presente artículo es analizar esas dificultades probatorias que se presentan en los procesos de responsabilidad médica y encontrar la posible solución. Para alcanzar la meta propuesta se llevó a cabo una investigación cualitativa bajo el enfoque hermético-deductivo teniendo muy en cuenta la jurisprudencia colombiana sobre el asunto.

En la práctica médica el profesional de la medicina puede verse avocado a responder contractual y extracontractualmente por los efectos o perjuicios que puede generar una intervención quirúrgica o un procedimiento invasivo o no sobre el cuerpo y la salud del paciente. Sin embargo cuando hay un error médico o una mala práctica médica el profesional de la salud puede verse enfrentado a la exigencia de consignar lo ocurrido en la historia clínica, sea esta digital o impresa, sin embargo ante la

posibilidad de que dicha historia clínica sea usada en su contra para endilgarle la responsabilidad pueden generarse a su vez abusos sobre la manipulación de la historia clínica para encubrir aquellos defectos de la práctica médica que no salen tan bien en el procedimiento médico.

Una de las dificultades en los procesos de responsabilidad médica es la revisión del paso a paso que llevó el profesional en su actividad médica. A la hora de realizar una práctica en el campo de la salud, es difícil para el área legal acceder a evidencias que no sea diferentes a las ya manipuladas o intervenidas por el correspondiente profesional de la salud, esto al no poderse realizar in situ al momento de la correspondiente práctica, únicamente se puede recolectar una cantidad de información reducida y sacar deducciones, de las cuales se derivan una cantidad de probabilidades frente a los resultados frente a si el procedimiento se realizó de manera correcta o si se evidencian fallas en la praxis que genero la conducta típica.

Es así como en el campo de la responsabilidad médica se presentan grandes dificultades en el campo probatorio, con el fin de mostrar en un caso determinado las posibles faltas de conocimiento, impericia o negligencia en la atención o intervención médica, en tanto que el profesional de la salud tiene una gran injerencia sobre los registros que se realizan en la historia clínica, lo cual se traduce en dificultades en la práctica judicial de la prueba dentro de los procesos de responsabilidad médica. Es por ello por lo que se pretende abordar desde una perspectiva analítica los medios de la prueba más característicos en estos tipos de procesos, por la recurrencia en su uso y cómo se pueden llegar a manipular, en tanto el derecho deja esas grietas por la falta de preparación en el campo.

Es así como para lograr el propósito del presente artículo, en un primer momento se estudiarán los riesgos de la practica medica sobre el paciente; en un segundo apartado, se revisará la responsabilidad contractual y extracontractual en la práctica médica; y por último se analizarán las dificultades probatorias en los procesos de responsabilidad médica. Por último, se presentarán unas conclusiones.

1. Obligaciones de medio y de resultado frente a los riesgos de la practica medica sobre el paciente

El ejercicio de la práctica médica es una actividad que requiere precisión, constancia y tener un saber adquirido de las acciones que se están realizando al momento de cualquier intervención; de ahí que el principio "*primum non nocere*" subyace a cada acto asistencial, por lo que se puede asumir como un principio básico que cada profesional el ser considerado como un sujeto competente y responsable "que tiene como base de su actuación no generar daño" (Rocco y Garrido, 2017, p.785).

Para que el profesional cumpla con la competencia requerida se debe preparar y en algunos casos alcanzar una especialidad en los subtemas del campo, sin embargo la medicina y la práctica médica se mantienen en constante cambio y aprendizaje de nuevas técnicas y nuevos saberes, los cuales deben pasar por una investigación, documentación, certificación y habilitación de los correspondientes servicios de salud para garantizar la viabilidad de su aplicación; no obstante muchas de esas técnicas que van surgiendo a medida que evoluciona el mundo de la medicina, no pasan por este paso a paso y simplemente se adoptan por la figura de la costumbre, las modas que se imponen sobre el empleo de ciertos procedimientos, etc.

El riesgo de que una intervención médica tenga efectos adversos o indeseables ha existido siempre, pero el no cumplimiento de estándares de calidad lo potencializa, se pueden presentar casos donde el medico actúe con negligencia y este sustentado en una práctica que se lleva a cabo empíricamente o sin agotar los protocolos de calidad y seguridad requeridos; o si bien, puede darse el caso de que se encuentre medicamente aprobada la aplicación de la técnica médica realizada, pero puede adolecer de que no se haya realizado de la forma correcta o con el método indicado, si no por el contrario usando técnicas empíricas, sin que con antelación se hayan realizado estudios científicos serios que respalden su ejecución.

Los problemas con estas prácticas irregulares en el área médica se trasladan al proceso judicial, cuando se persigue la responsabilidad del profesional de la salud y concretamente al momento de aceptar la responsabilidad ya que dicha responsabilidad

puede tener un alcance sancionador por parte del juez. Se debe revisar si la intervención médica realizada implica una obligación de medio o de resultado para que se pueda generar la responsabilidad, sin embargo los profesionales de la salud se suelen excusar con que la medicina no es una ciencia exacta, en la cual se pueden presentar varios problemas a la hora de la ejecución y por tal motivo no puede ser obligación de resultado, y si bien es cierto que en muchos casos esto se puede justificar, hay un gran espectro de probabilidades que ante una deficiente práctica médica tal argumento significa solo una excusa sin suficiente argumento frente al error médico.

Lo anterior implica la necesidad de hacer un análisis para identificar si la práctica médica debe ser considerada obligación de medio o de resultado, ya que, según la doctrina, la contraposición de estas dos categorías tendrá relevancia sobre todo en relación con la responsabilidad, lo importante es saber cómo se maneja la interpretación de estos dos deberes en el área de la salud.

1.1. Obligaciones de medio en la medicina

En las siguientes consideraciones es importante destacar la conducta médica, más no el resultado. En el momento en que se presenta un incumplimiento por parte del profesional de la salud, este solo tendrá que demostrar haber actuado con la diligencia necesaria dependiendo del caso; el médico se compromete a poner todos los medios que se encuentran a su alcance para ejecutar un procedimiento o una intervención que solicita el paciente, obrando conforme con sus conocimientos adquiridos los cuales se comprenden de sus tecnicismos, diligencia y cuidado personal para curar los efectos generados por la enfermedad o la necesidad de un cambio a nivel físico, esto realizando la aclaración de que en tales escenarios no se garantizan resultados, al ser una ciencia en la cual varios factores pueden influir en el final es por lo cual se suelen hacer advertencias previas sobre los posibles riesgos y complicaciones que pueden conllevar los procedimientos, y por lo tanto en la generalidad antes de que el paciente ingrese a que le realicen la intervención debe firmar un documento el cual consta su consentimiento sobre su voluntad de realizarse el correspondiente procedimiento y los

posibles efectos que puedan conllevar liberando de responsabilidad al profesional de la salud.

En las obligaciones de medio el medico debe cumplir con realizar su práctica facultativa impuesta por la *lex artis*, y esto será independiente del fin que se está buscando alcanzar, lo cual significa que a partir de dicha obligación "el médico debe responder por el daño antijurídico ocasionado a un paciente en su salud, vida o integridad física" (González, 2021). De acuerdo con esto se el compromiso del profesional se reduce a aplicar su conocimiento practico y científico con el fin de curar o mejorar las dolencias del paciente, bastaría con la diligencia y el cuidado en su actividad médica, pues el resultado de dicha actividad se encontrará atada a factores que son externos al ejercicio profesional, entre ellos la procedencia y la gravedad de la enfermedad, lo cual tendría directa o indirectamente efectos sobre el eventual resultado.

Actualmente en nuestro sistema de salud la regla general es que las actividades propias del ejercicio de la práctica médica están encuadradas como obligaciones de medio, por lo que el médico solo se compromete a aplicar sus conocimientos técnicos, pero no va más allá, pues el resultado puede quedar en la aleatoriedad, aunque se pueda estimar las probabilidades del resultado orientadas hacia una finalidad específica.

1.2. Obligaciones de resultado en la medicina

Para establecer el momento en que la obligación entre el profesional de la salud y el usuario deja de ser de medio para convertirse de resultado se debe hacer un estudio donde se identifique el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos que se ha celebrado entre las partes. En tal caso debió haberse pactado expresamente un resultado específico para que se pueda hacer un reclamo efectivo, y solo existirá cumplimiento de dicha obligación de resultado cuando el acreedor obtenga dicho resultado conforme a las expectativas creadas al inicio de la relación contractual. En este orden de ideas, si el medico promete un objetivo en específico, como generalmente ocurre con los procedimientos estéticos sin desconocer su grado de

aleatoriedad, se da por entendido que tiene todo bajo control y por esta situación deberá cumplir con la prestación exactamente como lo prometió.

No obstante, en nuestro sistema de salud no se obliga a los médicos a prometer obligaciones de resultado, sin embargo, hay situaciones en las que el profesional se compromete a generar el producto deseado por el paciente, lo cual en la práctica se puede presentar en el contexto de las cirugías estéticas, sin embargo el paciente deberá tener especial atención no solo a lograr el resultado prometido, sino también que el proceso para dicho resultado sea efectuado de la manera indicada por la academia.

Es así como la clasificación entre obligaciones de medio o de resultado en el contexto médico es relevante como punto de partida “para determinar la responsabilidad civil, y en el caso en concreto la responsabilidad del médico” (Rozo Sordini, 1998, p.143), sin embargo, la excesiva proliferación de procesos judiciales en materia de responsabilidad médica ha develado la desincentivación en el escenario propio de algunas especialidades médico-quirúrgicas.

En el caso particular de la responsabilidad del profesional de la salud, es importante tener en cuenta que en las obligaciones de medio se debe aplicar la regla general de la responsabilidad por culpa, de acuerdo con la cual el médico no es responsable si la conducta que realizó fue diligente, mientras que en las obligaciones de resultado se aplicaría la regla de la responsabilidad objetiva, en la cual la diligencia que realizó el profesional de la salud no es relevante y resulta de cualquier manera responsable por el resultado que se haya generado.

Todo lo anterior se considera en tanto que de lo que se espera en la práctica médica es la protección del paciente, evitando lesiones o efectos indeseados, pero en caso de que estos existan, es necesario poder establecer el grado de responsabilidad del médico tratante.

El principio “*primum non nocere*” hace referencia a cada acto asistencial que realiza el profesional, por lo cual se podría asumir como un principio básico en el que, cada médico es competente y responsable frente a su práctica, la cual debe implicar el no

generar daño, minimizando o evitando lo más que se pueda los riesgos asociados a la intervención médica o médico-quirúrgica.

La seguridad del paciente no solo depende del cuidado del médico, toda vez que la misma implica también garantizar un conjunto de condiciones en la prestación del servicio médico o la atención en salud, tal como es por ejemplo el caso de la estructura físico-ambiental que se dispone para la atención al paciente, lo que incluye el material, el equipamiento técnico y el lugar físico donde se realiza la intervención, todo lo anterior es importante puesto que no disponer de dichas condiciones adecuadas implicaría la exposición del paciente a riesgos que implican la causa de eventos adversos, lo cual es precisamente lo que se presenta con cierta frecuencia e implica indagar por la calidad asistencial en la intervención médica.

Frente a lo anterior, es relevante indicar que existen tres factores que son esenciales en la calidad asistencial y que son importantes para minimizar o evitar riesgos asociados a la práctica médica:

- El factor científico-técnico, que consiste en la aplicación del mejor conocimiento en función de los medios existentes en el momento y los recursos que se encuentren a disponibilidad.
- El factor percibido, el cual implica la percepción que tienen los pacientes con la atención de su dolencia, los resultados como consecuencia del procedimiento y el trato de la recuperación
- El factor institucional o corporativo, que se asocia a la forma como se encuentra el centro médico-asistencial en calidad de atención, salubridad, instrumentación y en general, qué tan completo está el servicio a la hora de brindarse.

Se debe tener presente que detrás de la práctica médica está el derecho a la salud, el cual es definido por la Organización Mundial de la Salud como “el estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no sólo la ausencia de la enfermedad” (OMS, 1946), por esto se debe garantizar que la seguridad del paciente no debe implicar solo la ausencia de riesgos, pues así mismo se debe exigir poner el foco tanto de atención en los riesgos como en todos aquellos factores que se deben prevenir para

evitar circunstancias que pueden escalar en potenciales riesgos, para lo cual se deben diseñar estrategias en los ámbitos institucional, profesional, político y social.

De esta forma generando el nivel de prevención necesario, se organizarán escenarios de atención con bajo riesgo, que tengan como enfoque la importancia de la competencia del médico y donde las prácticas profesionales se realicen de modo seguro, incluyendo como prioridad la seguridad del paciente en la atención médica en todos los niveles del sistema de salud como una prioridad para evitar incidentes con efectos negativos sobre el paciente.

En la clasificación internacional de la Organización Mundial de la salud para la seguridad del paciente se entiende que un incidente consiste en cualquier suceso o circunstancia que dañe o pueda dañar innecesariamente a un paciente(OMS, 2007), es así como los incidentes son aquellas situaciones que enfrentan los médicos a la hora de efectuar un procedimiento, por lo que el ideal es su prevención en todos los niveles, tanto desde lo físico como lo psicológico, lo cual puede significar el exponer al paciente a otras afectaciones en la salud o enfermedades que no presentaba el paciente, y con ello lesiones, sufrimiento e incapacidad. El incidente es un escenario que lleva al paciente a un escenario judicial en búsqueda de desagravio y responsabilidad frente a la consecuencia de un incidente en el marco de la práctica médica, sin embargo, la gran dificultad en dicho contexto es poder demostrar a través de la prueba el hecho de que el incidente fue generado por un error o por la mala praxis del profesional.

Es así como el análisis del incidente se debe hacer separando cada capa del proceso: el paciente, el resultado que se espera, el equipo médico, el lugar de trabajo, entre otros. La pregunta fundamental en el marco de un proceso judicial está dirigida hacia el por qué se ha cometido el error y en qué etapa se generó, sin embargo, el hecho de que la defensa médica se cimiente en que la regla general en el contexto médico es que se la práctica está asociada a una obligación de medio y el hecho de que sobre el profesional recae el efectuar los registros en la historia clínica hace que muchas veces la historia clínica esté confeccionada hacia una eventual defensa de la praxis médica, y esto a su ve lo que hace es que el incidente termine pareciendo una mera situación externa al profesional de la salud, lo que hace que los riesgos para el

paciente aumenten cuando de entrada es complejo poder probar la pericia y diligencia empleada por el facultativo al momento de realizar un procedimiento médico o quirúrgico.

2. Responsabilidad contractual y extracontractual en la práctica médica

La responsabilidad civil está dirigida a indemnizar los daños ocasionados en la vida de los particulares, sin importar si se trata de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación que ya fue pactada o que se trate de un daño resultado de una conducta, sin que en el orden obligacional se haya acordado.

El Código Civil colombiano establece un sistema dual de responsabilidad, haciendo una separación entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, en tanto que lo que distingue a estas dos es la existencia o no de un contrato celebrado entre el médico y el paciente, sin embargo, el criterio realmente utilizado en el Código Civil es la relación obligacional, haciendo referencia a una “responsabilidad obligacional” y una “responsabilidad extra-obligacional”. Se diferencia la una de la otra en que la responsabilidad obligacional se genera por la obligación de reparar un daño producto de un incumplimiento por un deber jurídico específico y que previamente se pactó, mientras que la responsabilidad extra-obligacional es consecuencia de un incumplimiento a un deber general y no es necesario que entre los sujetos, en este caso el médico y el paciente, exista algún vínculo obligacional anterior.

Aunque ha habido discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil médica, ahora es más claro que la regla general que la responsabilidad del prestador del servicio de salud frente al paciente es de tipo contractual, sin embargo, pueden presentarse diversas situaciones en las que la responsabilidad del profesional tendrá naturaleza extracontractual, tales como:

- Cuando el paciente fallece como consecuencia de la atención médica.
- Si la prestación del servicio se realiza contra la voluntad del paciente.
- Los servicios prestados espontáneamente en los casos que se presente una urgencia.

- En caso de que el contrato celebrado entre médico y paciente sea nulo, por falta de alguno de sus elementos esenciales.

El tipo de responsabilidad que se le imputa al médico trae consigo su propia sanción, en caso de la responsabilidad contractual se dan lugar las siguientes sanciones “El deudor que incurre en culpa leve sólo responde por los daños y perjuicios que podían preverse al momento de constituir la obligación” (Artículo 1321 del C.C.), sumado a esto vale la pena mencionar que el deudor que incumple su obligación “por culpa inexcusable o dolo responde tanto de los daños y perjuicios previsibles como imprevisibles Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso se debe a culpa leve del deudor” (Artículo 1329 del C.C.). Por último, si el acreedor quisiera agravar la responsabilidad del deudor, para que responda por los daños previsibles e imprevisibles, tendría que probar que éste obedeció a culpa inexcusable o dolo del deudor.

La responsabilidad civil medica como se menciona es de naturaleza contractual, sin embargo puede tener sus excepciones en ciertos casos y no se deja de lado la posibilidad de que en determinadas situaciones se presente un caso donde se convierta en una responsabilidad de tipo extracontractual, por lo que “su aplicación en el campo médico es excepcional (asistencia médica por estado de inconsciencia o desmayo, accidente o shock” (López y Jaramillo, 2007, p.11), un ejemplo que aclara el panorama de esta posibilidad es cuando el perjuicio ha sido causado luego de terminado un contrato, pues podría presentarse que después de mucho tiempo de realizar una intervención al paciente se le genere una consecuencia que afecte su salud, en tales casos se presentan que “el agente dañoso responde por los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles, siendo indiferente si actuó con culpa o dolo” (Código Civil, artículo 1969).

En este orden de ideas, lo más relevante es reparar el daño, por lo que se debe perseguir el derecho de que la víctima que sufre el daño, en este caso el paciente, debe tener la facultad de hacer efectiva su pretensión por la vía que sea más expedita posible.

Sin embargo, tal como se indicó con antelación, para que se genere cualquiera de los dos tipos de responsabilidad, debe existir culpa, aunque en ciertos casos esta se presume y en otros es necesario que se llegue a comprobar: cuando se hace referencia a una obligación de medio la culpa debe probarse, por el contrario, cuando la responsabilidad de conseguir un resultado en específico la culpa se presume.

Es así como frente al escenario de la responsabilidad civil médica existen unos presupuestos esenciales que se deben presentar, los cuales son: que exista culpa médica, que se haya generado un perjuicio y que se tenga una relación de causalidad. La existencia de los anteriores aspectos subordina la imputación de la obligación de reparación en diferentes escenarios pudiendo tener como resultado que varias dificultades que se encuentren en el proceso médico logren encontrar una solución para solventarlas.

La culpa médica se puede definir como aquella “que el profesional de la salud comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la profesión y la llamada *lex artis*” (Fernandez, 2002, p. 96), sin embargo esto no implica solo hecho de una negligencia por parte del profesional, pues él también responderá cuando tuvo la imprudencia o una falta de atención que revelan un desconocimiento de sus deberes en el campo, teniendo más claridad violando la *lex artis*, ya que esta se entiende como “la norma de conducta que exige un buen comportamiento profesional algo así como el comportamiento del buen profesional” (Fernández, 2002, p. 86).

Para determinar la culpa en este contexto se debe comparar la conducta del médico con la figura del “buen profesional”, por lo que se realiza un análisis al comportamiento que pudo haber realizado o asumido un buen profesional en un caso con iguales condiciones y similares circunstancias, de este análisis se llegará a la conclusión sobre si se está presentando la culpa o no, teniendo presente que al profesional no se le puede exigir resultados por fuera de su capacidad, por lo que el médico no puede poner en práctica actividades que se le escapan de su conocimiento, pues en tal caso este acto sería el hecho generador de la responsabilidad, lo cual no puede desconocer que también implica varias fases, no es únicamente la intervención quirúrgica, toda vez que también implica el diagnóstico, el tratamiento y la vigilancia que se realiza de

manera postoperatoria, por lo tanto la culpa se puede presentar en cualquiera de las anteriores fases.

Del acto médico se genera un resultado, este puede ser satisfactorio para el paciente, pero también se puede generar un perjuicio o malestar para él, “la jurisprudencia ordena la reparación plena de los perjuicios, siempre y cuando el incumplimiento y la generación de estos se le es imputable a un deudor” (Fernández, 2002, p. 119) en el caso en concreto al médico. Para que el hecho pueda ser propuesto como causa exoneraría para que al profesional de la salud no se le sea imputada la responsabilidad, debe ocurrir que la dolencia o afectación a la salud no sea producto de la intervención del profesional.

Cuando el profesional de la salud, pide la exoneración del daño o perjuicio provocado presuntamente por el acto médico que alegue la parte demandante, se requiere que como parte demandada identifique a través de los medios probatorios por qué no fue el factor determinante para que se le endilgue la responsabilidad. No obstante, la defensa médica desde el inicio tiene una ventaja y es que una falla en la atención médica se asocia con una culpa sin la intención de hacer daño, teniendo como referencia que el procedimiento realizado al paciente es catalogado en la mayoría de las ocasiones como necesario para buscarle solución a un padecimiento o patología y con esto ya se comienza sumándole puntos a la defensa del profesional.

Las diferentes etapas del acto médico -el diagnóstico, la intervención y el tratamiento- están reservadas al profesional de la salud y en cualquiera de ellas se puede presentar un daño, por ejemplo, el error en el diagnóstico, en donde un error como este no es considerado como culpa del profesional, sin embargo, otras etapas como la intervención médico-quirúrgica o el tratamiento pueden tener más notoriedad. En el caso de un procedimiento quirúrgico, por ejemplo, pueden haber diferentes factores tanto externos como internos que impliquen una culpa; así mismo en lo que respecta a la vigilancia postoperatoria o post-tratamiento se debe exigir completa diligencia, de esta manera el profesional no puede desinteresarse de su paciente luego de haber culminado un acto médico, generalmente esto es fundamental en el campo de la cirugía plástica, principalmente la vigilancia postoperatoria es necesaria para

poder evidenciar que no se haya generado un perjuicio asociado a la intervención quirúrgica.

La presencia de un perjuicio indemnizable implica aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales. Los perjuicios patrimoniales apuntan al daño emergente y el lucro cesante, los cuales están expuestos en el artículo 1614 del Código Civil y son más fáciles de determinar, la dificultad se da en relación con los perjuicios extrapatrimoniales, pues cuantificar los daños morales es más complejo por la subjetividad que traen consigo.

Para poder establecer un perjuicio es necesario establecer el nexo de causalidad entre la conducta del profesional y el daño causado, se debe tener claro que esta figura es un elemento autónomo y una condición de la responsabilidad, por lo que sin la existencia o prueba de este no se puede condenar.

Cuando se habla de causalidad se diferencian dos elementos importantes, la causa material y la causa jurídica, entre ellas se complementan para generar una sola, la causa material es el hecho que realiza el sujeto, mientras que la causa jurídica es la que determina el deber de responder del sujeto.

En el caso de la responsabilidad en la práctica médica la jurisdicción ordinaria se inclina a la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, como estrategia para poder determinar si el daño que se le genero al paciente es una consecuencia directa de la practica medica e implica la culpa del médico, pero sin perder del radar que el profesional de la salud será responsable solamente cuando la falta haya sido determinantes del perjuicio causado.

La determinación de los anteriores presupuestos genera la responsabilidad médica, sin embargo se presentan algunas dificultades en la etapa probatoria del proceso judicial, “según lo explica la Corte Suprema de Justicia en este tipo de procesos ha sido recurrente la dificultad a la que se enfrenta la víctima cuando pretende acreditar sus pretensiones” (Ámbito jurídico, 2016), la vía para poderle transmitir al juez la convicción sobre los hechos referentes a la práctica médica son los medios de prueba aportados por las partes, de un lado se pide acreditar el daño y del otro demostrar que se cumplió con la diligencia del “buen profesional”.

No obstante, las dificultades probatorias también se configuran para el caso de la defensa del profesional de la salud. Supongamos que un paciente fallece durante una cirugía para extraerle un tumor maligno del cerebro, y que el médico sabe que fue diligente, pero carece de cualquiera de los medios probatorios para demostrarlo, pues no dispone de testigos, ni documentos, ni filmaciones, ni necropsia, ni dictamen pericial (Tamayo, 2021), en este caso se evidencia lo difícil que puede ser la etapa probatoria en los procesos de responsabilidad médica.

3. Dificultades probatorias en los procesos de responsabilidad médica

En el escenario judicial, uno de los principios procesales obligatorios para que el juez emita un fallo sobre un determinado proceso es el principio de la necesidad de la prueba, que está consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). Adicionalmente, se debe considerar que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, por lo que las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho, según esto todas las decisiones judiciales deben estar soportadas en la certeza que brinda la prueba entendiendo por prueba judicial “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o certeza sobre los hechos” (Devís Echandía, 2006, p.34).

A la hora de llevar a cabo un proceso judicial, ambas partes deben presentar aquellos medios probatorios para generarle seguridad al juez de cómo sucedieron los hechos, esta se conoce como la carga de la prueba, la cual debe diferenciar dos conceptos de ella, en el sentido objetivo se refiere a ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? y la carga en sentido subjetivo ¿qué parte debe aportar la prueba? En primer término, de la carga de la prueba se asocia con la fase de decisión del juez y el segundo termino con la fase en la cual las partes realizan la aportación de ella.

Las partes deben tener claro que tienen que agotar todos los medios para poder probar lo que pretenden, sin embargo hay situaciones en las cuales, existen procesos que no son tan fáciles para alguna de las partes realizar el ejercicio de aportar varios medios de prueba, este escenario es propio de la responsabilidad médica, pues

teniendo en cuenta los conocimientos técnicos que existe en la medicina, la parte demandante, es decir el paciente que terminó con un perjuicio a causa de una mala praxis, poco o nada sabe sobre términos médicos y entre ellos los procedimientos que se deben realizar dependiendo el tipo de intervención.

A la hora de presentar un medio probatorio donde se acredite un perjuicio, no solo se deben adquirir conocimientos para poder llevarlo al proceso, también se debe esperar a que el juez tome una buena decisión sobre estos, teniendo en cuenta que el demandante tampoco tiene amplio conocimiento sobre términos médicos, mientras que el profesional de la salud como contraparte le queda un poco más sencillo expresar desde su conocimiento, una defensa, como también puede llevar peritos, pruebas documentales y testigos expertos, que al expresarse, terminen generando una confusión en el juez y solo por usar tecnicismos genere una certeza o más bien una certeza fundamentada en quien explica mejor lo que paso a la hora de la intervención.

En efecto, en ocasiones la prueba de los hechos invocados por el actor para obtener el reconocimiento jurisdiccional de un derecho puede resultar particularmente dificultosa, compleja o difícil de obtener, arriesgando la posibilidad de una tutela jurisdiccional efectiva al generar indefensión (Hunter, 2015).

Ahí está el porqué de lo importante de dinamizar la prueba, se cumple con el objetivo de que la parte con más conocimiento se involucre en la verificación de los hechos que se discuten en el proceso y de esta manera el juez tendrá mayor cantidad de herramientas para obtener certeza, ya que en ocasiones el legislador considera que, aunque el juez siga las normas generales, puede llegar a tomar decisiones equivocadas como consecuencia de una mala distribución en la carga de la prueba.

Darle la oportunidad a las partes de ese dinamismo de la prueba, es muy beneficioso en este tipo de casos, donde una de ella se encuentra en desventaja haciendo referencia a tecnicismos, sin embargo el profesional de la salud no va a permitir, o realizara todo lo posible para que no se le demuestre la generación de un daño y en caso de que sea muy evidente, que no sea a causa de una mala praxis o un exceso de confianza, si no que sean aquellos momentos inesperados, los cuales dicen que no pueden controlar.

El doctrinante Ferrer Beltrán (2019) expresa que las dos preguntas sobre la carga objetiva y subjetiva entran a la confusión ya que ¿quién debe aportar la prueba? se está modificando y por lo tanto también debe modificarse por ¿quién pierde si no hay prueba? (pp. 77-78).

Un ejemplo de lo anterior es el caso de un profesional de la salud que haya sido demandado, quien puede tener pruebas importantes para el proceso en su poder, como la grabación del momento en el que se realizó la intervención quirúrgica que le genero presuntamente el daño al paciente y la única manera para que el aporte ese aspecto fundamental, es fundándolo en el deber de colaboración ya que por iniciativa propia no lo va a ser y de por sí ya es complicado que proporcione su accesibilidad sobre ese medio de prueba.

Lo que se busca con esta inclusión del dinamismo probatorio es fortalecer el procedimiento, en su etapa de facilidad probatoria, de tal manera que el juez pueda darse cuenta de cuál de las partes puede generar mayor grado de certeza, no sobre la culpabilidad de la contra parte, si no sobre qué sucedió realmente durante el procedimiento que genero la falla o si es concretamente sobre la etapa de la post-intervención, esta figura humaniza procesos haciendo la debida investigación, para poder llegar a una justa decisión.

Según Alarcón, Arciniegas y Ballesteros (2016) para que el juez pueda acceder a esta figura se debe cumplir con ciertos requisitos, los cuales son la dificultad o imposibilidad de una de las partes para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión o defensa que se está llevando y que se encuentre en una mejor posición probatoria de la contraparte en relación con el mismo hecho.

La teoría de la carga dinámica de la prueba se encuentra basada en criterios de justicia, equidad, lealtad, buena fe y solidaridad, y tiene como finalidad la de facilitar la adopción de decisiones ajustadas a la verdad real de los hechos (Arias Gómez, 2020, p. 6). Así mismo la carga dinámica de la prueba tiene unos principios de flexibilización como lo son: la igualdad procesal, la solidaridad social, el derecho al acceso efectivo a la justicia, el derecho a la defensa, la buena fe, la colaboración con la administración de justicia y el principio de equidad, de esta manera es que se garantiza el derecho a

los medios de prueba, y por ende el deber de los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia y no entorpecer el correcto funcionamiento (Alarcón, Arciniegas y Ballesteros, 2016, p. 64).

No obstante, la carga dinámica de la prueba también tiene varios factores en contra donde se puede ver impactado el resultado del proceso, de por si pedirle al profesional de la salud que facilite una prueba que puede desvirtuar su testimonio o desprestigiar el procedimiento realizado, es muy riesgoso para su carrera y la decisión del caso, muchos tienen la excusa de que el procedimiento no se grabó o no se lleva a cabo tal practica en su consultorio.

Por lo anterior, el medico sigue teniendo una ventaja sobre el proceso judicial, pues tiene facilidad probatoria y conocimientos técnicos los cuales, tanto para la parte decisoria como para la contraparte pueden llegar a ser complejos y desconocidos, “la dificultad probatoria del nexos causal se agudiza aún más para el demandante en responsabilidad médica debido a que existen muchos casos en los que respecto causación del daño no hay prueba representativa a la cual recurrir” (Ortiz, 2011, p. 344).

No obstante, las posibilidades para que un juicio sea justo, no solo implica el dinamismo probatorio, si no también conocimientos por parte del juez sobre esos tecnicismos y procedimientos, pues es más sencillo juzgar un hurto, un homicidio, etc., porque los procesos ya son conocidos, a diferencia de juzgar daños y perjuicios después de una cirugía, por lo que implica los conocimientos técnicos relacionados para comprobar cuál fue a causa del el error en el procedimiento o la intervención quirúrgica.

La posición del juez en estos procesos es fundamental, no es solo el análisis de la prueba a la que le puede brindar certeza o constituir el único medio del cual se puede obtener conocimientos de cómo se llevó a cabo la correspondiente intervención, para saber si es posible los daños o si realmente se siguió el protocolo médico aceptado, por lo que el material técnico-científico debe ser evaluado por el juez a la luz de que debe tener conocimiento de cómo se realiza el tipo de procedimiento y que fallas se pueden presentar o qué puede dificultar la obtención del resultado esperado.

Es así como para generarle certeza al juez, se puede utilizar una variedad de medios de prueba, pero se debe tener en cuenta que “la responsabilidad médica es un asunto estrictamente científico y por tal motivo requiere prueba en ese sentido” (Allianz Seguros S.A., 2023, p. 9), sin embargo, hay algunos medios de prueba que destacan frente a la posibilidad de la acreditación del hecho a través de ellos, tales como:

La prueba pericial: como medio de prueba le otorga credibilidad al hecho, ya que, a través de un conocimiento experto, otro profesional de la salud le narra el paso a paso que se realiza para hacer el tipo de intervención que se alega, esto le otorga un conocimiento al juez, una imagen de lo que posiblemente pudo haber sucedido y otorga el acercamiento a la certeza.

En este entendido, la prueba pericial es aceptada como herramienta probatoria de carácter técnico, fundamentada en conocimientos especiales por parte de un experto sobre un tema determinado (Quevedo, 2019, p,15).

El dictamen pericial tiene alta credibilidad por su complejidad ya que la persona que lo realiza tiene una complejidad en la información que entrega, además de que debe tener una especialidad en el tema, todo perito debe estudiar para poder determinar el daño que se generó, y al tener conocimiento puede dar un informe con propiedad sobre el tema.

La historia clínica como prueba documental: la historia clínica es definida como “el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley” (Ley 23 de 1981, artículo 34). La historia clínica como elemento probatorio es muy importante, por su confidencialidad y especificidad, a través de ella se puede definir de manera general el estado de salud del paciente y sus patologías. La historia clínica refleja la idoneidad de la atención médica “por lo cual la historia clínica se transforma en un elemento material de prueba de singular relevancia, en la valoración que de esta haga el fallador para determinar la responsabilidad civil por falla en el servicio” (Núñez y Guerrero, 2016, p. 20),

La historia clínica es un documento muy importante en el área de la salud, con esta se garantiza el conocimiento del paciente y sus necesidades, y presentándosela a un juez se le enseña lo que se conoce como precedente, ya que en ella se consigna un recorrido de salud de la persona y se puede determinar, en caso de una intervención, sus alergias, sus órganos más complicado, sus enfermedades, sus procedimientos, entre otros, y así que el juez al conocer todo esto y escuchar un perito experto puede determinar la verdad de la manera más cercana posible.

El Consejo de Estado en sentencia del 20 de octubre de 2014 con ponencia de la Consejera Olga Mélida Valle de la Hoz, también discutió la relevancia de la historia médica en procesos de reparación directa, en la que se estudia una posible falla médica en el caso de una paciente que recibió un diagnóstico equivocado, gracias a los registros de su historia clínica, oficios y comunicaciones aportadas, se logró acreditar que la paciente fue atendida correctamente.

Sin embargo, así como este medio de prueba es muy aclamado y solicitado en los procedimientos, también puede ser tergiversado o manipulado por diferentes médicos, su pérdida es muy fácil y ocurre de manera constante, por lo que termina siendo un medio de prueba contraproducente para la tesis de ambas partes, un profesional de la salud no puede escudarse con el daño a un paciente cuando la historia clínica claramente expresa que no se le podían realizar ciertas intervenciones, mientras que por otro lado para el paciente acceder a este medio de prueba es bastante complicado, teniendo en cuenta que no es el quien lo diligencia o lo tiene en su poder, si no su institución prestadora de salud, sumado a que no está seguro si la están modificando o le están dejando lagunas de información en ella.

La declaración de parte: consiste en la manifestación que procede a rendir alguna de las partes del proceso, este testimonio le ayuda al juez a obtener conocimiento sobre hechos personales o hechos no personales (Fallas Carvajal, 2021, p. 179). Para este tipo de procesos, se utiliza en la cotidianidad la narración de cómo el medico realizo la intervención, su experiencia y por qué siente que el daño no fue generado como consecuencia de esto, y del otro lado de la moneda se encuentra el paciente dando testimonio de que fue lo que fallo y cuales fueron esas advertencias que el

medico no consideró antes de que el procedimiento se llevara a cabo. En este medio probatorio hay una desventaja clave para el demandante, pues al médico dar su declaración si la parte juzgadora no tiene conocimientos de la intervención que se realizo puede llegar a confundirse o dejarse llevar por conceptos alejados a su conocer, de igual manera la parte demandante tiene que informarse previamente de cómo es la manera correcta de la intervención, para en caso de pasar al interrogatorio de partes su apoderado pueda desmeritar esa declaración.

El testigo experto: en este tiene más protagonismo el testigo experto, al ser un tercero ajeno a la controversia, pero que aporta información específica sobre el tema a discutir, resulta muy útil para mantener la imparcialidad del caso, al ser una persona que no tienen interés alguno en el caso, más que brindar un testimonio de algún hecho ocurrido, como se presenta en la generalidad al usar este medio de prueba, lo que hace es brindar un conocimiento exponiendo de forma narrativa y teniendo como finalidad informar sobre los hechos, en este caso procedimientos e intervenciones en el área de la salud, proporcionando elementos de interés respecto de lo que se constituye como tema de prueba.

Según Toro Garzón, Orlando, Ocampo y Tobón Mejía (2023):

Este testigo tiene dos requisitos para poder ser utilizado como medio de prueba: 1. Presenciar los hechos y 2. Tener conocimiento técnico en relación con el hecho que se está discutiendo, como bien es cierto ayuda mucho en la parte de generarle conocimiento al juez, creyéndose que no tiene ningún interés en el caso, se continua con la duda, que igual puede ser influenciado por sus colegas para beneficio propio, ya que el paciente no tiene como presentar un testigo experto en estos casos. (p. 164)

Al no tener relación con quienes hicieron la práctica, la única manera es convenciendo a alguno de los que presenciaron los hechos y sean profesionales en el área, no obstante esto tiene un grado de dificultad puesto que difícilmente entre colegas rendirían testimonio en contra.

Si bien es cierto que los anteriores medios de prueba pueden ser aportados por cualquiera de las partes, también es necesario resaltar que “el deber de colaboración procesal de las partes en el proceso les vedaría la posibilidad de obtener ventaja de su

deslealtad probatoria, al no aportar pruebas que tienen disponibles o accesibles” (Ferrer Beltrán, 2019, p. 66), sin embargo existen aún deficiencias que pueden ser perjudiciales para la víctima para el correcto funcionamiento del proceso, se puede notar que el profesional de la salud tiene ventajas, tanto en conocimiento y aplicación de tecnicismos, como en la presentación de medios de prueba, se tiene que tener una parte decisoria no solo imparcial, además que también se debe tener conocimientos técnicos sobre el tema, para que a la hora de entregarle una prueba, tenga la capacidad de hacer el análisis, sin necesidad de un tercero que le brinde explicación.

El análisis de los medios probatorios es la parte decisoria de cualquier caso de responsabilidad médica, estos otorgan la certeza suficiente sobre la intervención y permite evidenciar si la misma fue llevada conforme al protocolo, es donde el juez realiza el fallo, pero abordando el anterior análisis sobre las dificultades que pueden llegar a presentarse, lo cual es particularmente difícil para el juez por falta de conocimiento en prácticas de la salud, por lo que resulta complicado para la parte demandante sentirse satisfecha cuando el fallo no le es favorable.

Conclusiones

Lo expuesto a lo largo de este trabajo permite arribar a las siguientes conclusiones:

Aunque existe una lista amplia de medios probatorios que se utilizan al momento de llevar a cabo un proceso por responsabilidad médica, estos aun presentan dificultades y particularidades por las cuales pueden generar una falsa certeza, por tanto, es importante realizar un análisis en su estructura y tapan los posibles vacíos que le permiten a una de las partes tener ventaja sobre el proceso.

En cuanto a la existencia de la necesidad donde la parte juzgadora tenga por lo menos un conocimiento técnico sobre áreas de la salud, para realizar una correcta evaluación de los medios de prueba entregados por las partes, aun sigue siendo relevante la experiencia, un juez con varios años en el campo de procesos médicos, tiene por obvias razones un conocimiento especializado y una capacidad de jugar más amplia.

Según lo anterior se concluye que debe existir un refuerzo en el área del derecho de la responsabilidad médica, pues “la deficiente actividad probatoria siempre podrá evitarse mediante figuras que el legislador ha provisto para averiguar la verdad material, estas son la prueba de oficio” (Morales, 2020, p. 83) es por ello que se hace necesario mayor preparación y preparación de parte de los abogados y jueces para poder juzgar en áreas especializadas como lo son la responsabilidad médica, esto significa abrir especializaciones no solamente en la materia como tal, sino en otras materias de amplios conocimientos donde puedan estar profesionales que conozcan de ambas, y por consecuente se le brinde un debido proceso de calidad y especialidad a las partes implicadas.

Referencias

- Acosta, Cristian (2021). *La responsabilidad civil médica debe ser probada para hallar responsabilidad del profesional*. Asuntos Legales.
- Agudelo Ramírez, M. (2007). *El proceso jurisdiccional*. Comlibros.
- Alarcón, Arciniegas y Ballestero. (2016). *Las cargas probatorias en la responsabilidad civil médica a partir de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. *Dixi*, 18(23), 59-68.
- Arias, T. (2020). *La aplicación judicial de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica*. Universidad Eafit.
- Chaverra, P. (2019). La carga de la prueba: una barrera de acceso a la administración de justicia para los empleados públicos. *Revistas UdeA*.
- Consejo de Estado (2014, 20 de octubre). Sentencia 5000-23-26-000-2001- 01792-01. MP. Olga Mélida Valle de la Hoz.
- Couture, E. J. (Ed 3). (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Depalma.
- Echandía, Devis. (2006). *Teoría General de la prueba judicial*. Culzoni Editores.
- Fallas Carvajal. (2021). *El medio de prueba “La declaración de parte”*. Poder Judicial Costa Rica, 177-194.

- Fernández, J. (2002). *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Ed. Comares, 1-173.
- Fernández, M. (2017). *Responsabilidad médica en la especialidad civil*. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). *La carga dinámica de la prueba*. Dialnet.
- Ferrer Beltrán, J. (2019). *La carga dinámica de la prueba. Entre la Confusión y lo innecesario*. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, & L. J. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, *Marcial Pons*, 53-84.
- García, J. (2010). *Responsabilidad civil de los médicos*. Dialnet.
- Giraldo Gómez, L. F. (2022). *La naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil por los daños causados en la prestación del servicio público de salud en Colombia*. *Estudios Socio-Jurídicos*, 24(1), 267-298.
- Hunter Ampuero. (2015). *Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta*. Scielo.
- Legis. (2024). *En materia de responsabilidad médica, principio de carga de la prueba tiene sentido dinámico*. *Ámbito Jurídico*.
- López, Jorge. y Jaramillo (2007). *La responsabilidad médica*. Tesis de Grado, Instituto de Ciencias de la Salud CES.
- Martínez Rave, G. (1996). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Diké.
- Morales, A. (2020). *El dinamismo probatorio en la responsabilidad civil médica: análisis de la norma y propuesta de interpretación en aras de evitar vulneraciones al debido proceso*. Tesis de grado, Universidad EAFIT.
- Núñez, J. y Guerrero, J. (2016). *La carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil del acto médico*. Universidad de San Buena Aventura – Seccional – Cali.
- Ortiz Fernández, A. (2011). *El indicio en la responsabilidad estatal por falla del servicio médico asistencial*. *Estudios de Derecho*, 68 (151), 337-35.

- Quevedo, J. (2019). *La prueba Pericial en la Responsabilidad Médica*. Tesis de grado, Universidad Libre.
- Quevedo, J. (2022). *La Prueba Pericial en la Responsabilidad Médica*. Tesis de Grado, Universidad Libre Colombia.
- Rocco y Garrido (2017). Seguridad del paciente y cultura de seguridad. *Revista médica Clínica La Condes*, 28 (05), 785-795.
- Rozo, P. (1999). *Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano*. Revistas externado.
- Tamayo, J. (2021). *Las cargas probatorias dinámicas en la responsabilidad médica*. Legis Ámbito Jurídico.
- Toro Garzón, L.; Ocampo Henao, L. y Tobón Mejía, D. (2023) *El testigo experto: efectos de convicción para la decisión judicial en procesos de responsabilidad civil por error médico*. *Novum Jus* 17, núm. 3.157-187.