

recurso de apelacion

reinaldo beleño <reinaldobeleguerra@yahoo.es>

Mié 18/01/2023 12:51 PM

Para: Juzgado 11 Civil Circuito - Santander - Bucaramanga <j11ccbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

remito sustentacion del recurso de apelacion, para los tramites pertinentes

recurso de apelacion

reinaldo beleño <reinaldobeleguerra@yahoo.es>

Mié 18/01/2023 8:31 AM

Para: Juzgado 11 Civil Circuito - Santander - Bucaramanga <j11ccbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

buenos dias, remito recurso de sustentación para el tramite pertinente

Señor
JUEZ ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
E.S.D.

Ref.: solicitud de pruebas

Demandante: EUGLENIS MARCELA TONCEL VERGARA, ROBERTH FRANCIS DAZA HIGIRIO
Demandado: CARLOS ARTURO VARGAS PRADA
Medio de control: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA
Radicado: 68001400302620190037101

Apreciado Doctor(a)

REINALDO BELEÑO GUERRA quien se identifica con la cedula de ciudadanía No 72.1542.629 expedida en Barranquilla y es portador de la tarjeta profesional N° 60.202 del Consejo Superior de la Judicatura, con domicilio en la calle 47 No 21^a. 47 Barrio Inscredial de la ciudad de Barrancabermeja, con correo electrónico reinaldobeleguerra@yahoo.es y actuando en mi condición de apoderados de la señora EUGLENYS MARCELA TONCEL VERGARA y ROBERTH FRANCIS DAZAHIGIRIO, dentro del proceso, estando dentro de los términos de ley procedo a presentar recurso de apelación sobre la sentencia proferida en primera instancia basado en las siguientes

CONSIDERACIONES JURIDICAS

En desarrollo de la actuación procesal en primera instancia, se logra determinar que el aquo no valoro declaraciones dadas por los afectados, en el interrogatorio desarrollado al demandado, en reiteradas ocasiones no permitió que preguntas se hicieran y en varias ocasiones le manifestaba al demandado que no contestara, lo cual considero con el mayor respeto que no actuó con equilibrio que debe reinar en toda actuación judicial.

Por otra parte y tal como lo manifesté en las pruebas solicitadas al despacho, de las declaraciones rendidas, se avizoraba la necesidad de practicar algunas pruebas que eran conducentes a brindarle al despacho una mayor claridad sobre los hechos narrados y de esta manera poder tener una mayor y mejor ilustración al momento de emitir su fallo.

Establece que solo hubo indicios sin que tuvieran el valor de certeza, que la ausencia de historia clínica era favorable al demandado, cuando muy a pesar que el demandado manifestaba que la historia clínica de mi prohijada, estaba en una caja que curiosamente desapareció, me pregunto? Como sabia con exactitud el profesional de la medicina que dicha historia clínica reposaba allí, si manifestó no haberla atendido, porque presento denuncia sobre perdida de dichos documentos una vez le presentaron solicitud de entrega de la misma, si argumento nunca haberla atendido.

Al respecto los elementos de la responsabilidad civil médica, al ser una responsabilidad de tipo subjetivo, consisten en i) un daño producto de una conducta activa u omisiva por parte de un agente ii) el nexo causal y, iii) el elemento subjetivo que consiste en la culpa o, si se quiere, la presencia de un comportamiento ilícito.

1.2.1 El daño La normatividad civil colombiana en el artículo 1494 define el daño como una fuente de obligaciones por ser un hecho que lesiona la integridad o bienes de otra persona (Ley 84, 1873). En otros términos, el daño puede definirse como la afectación, ya sea por acción o por omisión, a la integridad de una cosa o de un sujeto, y que trae consigo perjuicios y consecuencias. Es claro que hay ciertos daños que son intrínsecos a la actividad, como en el caso de la medicina en la que para efectuar cierta intervención quirúrgica es necesario producir incisiones en la piel por medio de elementos cortopunzantes como el bisturí; pero hay ciertos daños que no se tienen por qué soportar y son precisamente los que dan lugar a un juicio de reproche. Esto se sitúa en el terreno del daño antijurídico, que consiste en el perjuicio que la víctima no está en el deber jurídico de resistir, ya que no existe ninguna justificación que lo avale.

Desde el concepto de la responsabilidad médica, el daño antijurídico es aquel que el paciente o sus allegados, no tiene por qué soportar al no ser inherente a su enfermedad, patología o condición médica.

1.2.2 La culpa

Como segundo elemento subjetivo se encuentra la culpa, que consiste en un error de conducta de quien genera el daño, ya sea por acción o por omisión, y que una persona prudente no hubiera incurrido en él si estuviera en las mismas circunstancias del agente. Cuando se evidencia una actitud imperita, negligente, imprudente o cuando hay inobservancia de reglamentos o deberes a cargo, se está en el campo de la culpa o de un comportamiento ilícito, como actualmente se entiende este elemento. Aquí no interesa el análisis de lo que quiso o no el agente o de lo que pasaba por su mente al realizar la conducta, lo que realmente interesa es analizar si ese comportamiento ilícito tiene la potencialidad de generar un daño.

La *lex artis* es el parámetro de conducta que permite saber si un galeno incurre o no en una actuación culposa o dolosa. La definición de este concepto se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de marzo de 2017, en la que la Corte afirma que: La *lex artis ad hod* es un concepto concreto, medible, transparente y constatable a la luz de los dictados de la medicina evidencial, que no solo es bien intencionada, sino que además está bien orientada, documentada y experimentada. De manera que ese es el parámetro objetivo que han de seguir los jueces para valorar las pruebas que dan cuenta de la conducta (activa u omisiva) de los agentes prestadores del servicio de salud, a fin de poder determinar la presencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad civil, o descartarlos si hay prueba de ellos en el proceso (Corte Suprema de Justicia, SC9193-2017, 2017). Así que más allá de la pregunta de cuál fue la intención del profesional de la medicina al actuar o al dejar de hacerlo, es saber si incurrió en una conducta médica defectuosa cuando el comportamiento fue objetivamente distinto del que exigía la situación.

Mejor dicho, si se está ante una vulneración de los postulados de la *lex artis* debido a que la conducta no resultó idónea de acuerdo con el contexto y, además, produjo un daño. El análisis de la actuación para que sea fuente de responsabilidad consistirá en cuestionar si la misma se muestra capaz de generar una afectación de un bien jurídico tutelado o de producir un determinado daño; sin embargo, no cualquier actuación del profesional que previsiblemente pudiera producir un resultado dañoso es fuente de responsabilidad, sino que es necesario que haya originado un riesgo jurídicamente desaprobado. Si es un riesgo aprobado, no hay, en principio, una fuente generadora de responsabilidad. En el ejercicio de la profesión médica, serían riesgos permitidos aquellos que se desprenden de la práctica ordinaria de la profesión de conformidad con la *lex*

artis. Por lo tanto, se incurre en una mala praxis cuando el médico omite prestar adecuadamente los servicios a los que está obligado como profesional o también cuando actúa con culpa y provoca un daño en la salud del paciente, situación que lo obligaría a reparar el daño causado. Por esta razón, cuando se analiza si efectivamente hubo un evento de responsabilidad civil médica, se debe indagar si el galeno incurrió o no en una actitud reprochable por no ajustar su conducta a los postulados de la *lex artis*; obviamente atendiendo las especiales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. Es importante tener en cuenta esto último, ya que se debe realizar un juicio valorativo y determinar si un profesional incurre o no en una conducta culposa, atendiendo a las especiales circunstancias en que se desarrollan los hechos, toda vez que no siempre se cuentan con los mismos recursos respecto del personal humano, ni de los insumos físicos ni con los mismos conocimientos calificados requeridos. De modo que se deben analizar las características especiales de quien ejerce el acto, la disponibilidad de recursos con que se cuenta, el nivel de estudio del profesional, la complejidad del acto médico, el contexto económico y social del momento y, obviamente, las particularidades de cada paciente y su enfermedad o patología. Se debe partir del hecho de que la medicina no es una ciencia exacta (Corte Suprema de Justicia, SC7110-2017/2006-00234, 2017), así que no resulta acertado hablar de 10 determinismos debido a que cada paciente y cada organismo presenta características particulares. Por esta razón, cuando se realiza el juicio de valor sobre la conducta del galeno, y se determina que, conforme a lo acontecido, un médico prudente y diligente posiblemente habría incurrido en el mismo error conductual que cometió el hoy juzgado, no habría lugar a endilgarle culpa alguna.

1.2.3 El nexo de causalidad

Por último, está el nexo causal, que consiste en la relación entre la acción u omisión ilícita y el daño que se provoca, y que trae como consecuencia la obligación de indemnizar. El nexo de causalidad establece que el daño se debe a un comportamiento indebido en el momento de atender al paciente, por consiguiente, es un elemento determinante a la hora de realizar un juicio de imputación para declarar o no la responsabilidad.

El nexo causal cobra especial importancia porque hay ciertos daños que el paciente tiene que soportar en el ejercicio natural de la labor médica. Un ejemplo es el caso de una mujer que sufre de hipertrofia mamaria debido a un crecimiento excesivo en los senos que causa problemas osteomusculares; se realiza una mastopexia de reducción, que posteriormente presenta infección en la herida quirúrgica a pesar de haberse utilizado profilaxis antibiótica, un adecuado ceñimiento al protocolo de asepsia en el quirófano y de haberse ordenado a la paciente un ciclo de antibióticos. Debido a la infección, se presentan problemas en su proceso de cicatrización que hace necesario realizar curaciones y utilizar medicamentos para aplicar en la herida, lo que finalmente deja como secuela cicatrices poco estéticas. Es evidente que hay un daño que consiste en la presencia de cicatrices inusuales, pero que no se debe a una conducta médica reprochable toda vez que el profesional tomó las medidas necesarias para que esto no ocurriera, lo que sin duda nos sitúa en un daño no imputable al profesional, ya que agotó todas y cada una de las conductas esperadas en el tratamiento dado a la paciente. Lo acontecido es, sin duda alguna, un riesgo inherente que rompe con el nexo causal.

Como ya está claro que la responsabilidad médica se rige por un sistema de culpa probada, es preciso hacer la salvedad de que en ciertas ocasiones se ha aplicado 22 sistemas de aligeramiento probatorios como lo es la culpa virtual o el conocido principio *res ipsa loquitur*, que significa “la cosa habla por sí misma” o *prima facie* que significa “a primera vista”.

Resulta innegable que en el escenario judicial en algunos casos el tema indiciario cobra especial importancia cuando los hechos que generaron el daño le permiten inferir al juez que solo un comportamiento culposo del profesional explica la causa del perjuicio. Al tratarse de conceptos que parten de una prueba indiciaria, obviamente implica convencer al juez de lo ocurrido, y esto se logra al poner de presente las circunstancias particulares en que se ocasionó el daño y evidenciar elementos que le permitan la certeza de que el profesional actuó en contravía de los postulados de la *lex artis*, así no se pueda demostrar de forma directa el no cumplimiento de la norma.

En virtud de lo anterior, en procesos donde se discute la responsabilidad médica, las altas cortes en ocasiones han favorecido a las víctimas por medio de la aplicación de la prueba indiciaria, sin que esta determinación haya malogrado el sistema de imputación de culpa probada que opera en este tipo de responsabilidad.

En el escenario judicial, uno de los principios procesales obligatorios para que el juez emita un fallo sobre un determinado litigio es el principio de la necesidad de la prueba, que está consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012): “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”. De acuerdo con este principio, las decisiones judiciales siempre deben estar soportadas por la prueba obrante en el proceso porque los hechos, sobre los que se va a fundamentar una decisión, deben estar completamente acreditados; aun así no se debe perder de vista que la prueba no siempre debe ser directa, ya que están permitidos los aligeramientos probatorios o la prueba indiciaria como anteriormente se expuso. El principio de la autorresponsabilidad, o también conocido como carga de la prueba, se refiere a la responsabilidad que deben tener cada una de las partes de desplegar una labor probatoria que sustente lo afirmado dentro del pleito. En otras palabras, las partes deben tener una actitud de compromiso para hacer lo que esté a su alcance, obviamente en términos de legalidad, con el fin de sustentar lo afirmado y generar credibilidad en el juez, para que, finalmente, él pueda elegir la hipótesis que más resulte justa. Si la parte quiere salir avante, ya sea con sus pretensiones o sus excepciones, debe tener claro un papel probatorio activo puesto que la carga consiste justamente en la exigencia de su propio interés, cuyo incumplimiento deriva consecuencias. 25 Resulta importante indicar que cuando nos referimos a la carga de la prueba, se deben diferenciar dos conceptos: La carga de la prueba en sentido objetivo y la carga de la prueba en sentido subjetivo. La carga de la prueba en sentido objetivo (material) se refiere a la carga de averiguación y responde a la pregunta: ¿A quién perjudica la no averiguación de los hechos? o, dicho de otro modo, ¿Quién pierde si no hay prueba suficiente? La respuesta a dicho cuestionamiento es a quien pretenda la aplicación de la consecuencia jurídica del supuesto de hecho. Es la regla de juicio final en donde el juez luego de hacer una valoración probatoria aún cuenta con incertidumbre, es decir, cuando los elementos aportados al debate probatorio no permiten superar el estándar de prueba previsto. Si el hecho está probado, se declara su existencia y en caso de que no se logre acreditar su existencia, no se podrá tener como cierto, con la consecuencia lógica de la desestimación de las pretensiones. En este sentido, solo opera de forma residual cuando hay un fracaso de la actividad probatoria. Se trata entonces de una distribución del riesgo probatorio, toda vez que “determina las

consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho”

La carga de la prueba en su dimensión subjetiva (formal) responde a la pregunta: ¿Qué parte debe aportar la prueba? La misma se deriva de la carga de la prueba en sentido objetivo, o más bien resulta siendo una consecuencia de la misma ya que al entender que es posible perder el proceso, la parte se esfuerza por tener una actitud activa con el fin de que esto no ocurra. Al tener claro que la pretensión puede ser rechazada en caso de que no haya prueba de los hechos, la parte se siente motivada a aportar o a lograr la prueba para evitar dicha consecuencia. Aun así, debe quedar claro que afirmar que la parte tiene un incentivo para producir la prueba, no es lo mismo que decir que tiene un deber en sentido estricto. Por lo tanto, ante la pregunta de quién debe aportar la prueba hay que tener presente que ese deber no es una prescripción como tal, sino que dependerá de la voluntad que tenga la parte de obtener un resultado positivo, y es claro que, para obtener ese resultado ventajoso frente a su contraparte, debe aportar pruebas que sustenten lo pedido. En este orden de ideas puede hablarse de dos dimensiones de la carga de la prueba, las cuales estas dirigidas a dos sujetos distintos y expresan dos tipos de reglas. Así, la carga de la prueba en sentido objetivo se refiere a la fase de decisión por lo que está dirigida al juez y es lo que se conoce como regla de juicio, que en últimas no es nada distinto a la valoración de la prueba; mientras que la carga de la prueba en sentido subjetivo se presenta en la fase de aportación por lo que el destinatario es la parte procesal

Como se desarrollará más adelante, se pretende sustentar que cuando no se cumple con la imposición del juez al aplicar el dinamismo probatorio, la consecuencia debe ser un indicio en contra de la parte que no acató tal directriz y no una presunción de culpa o de responsabilidad en su contra. Por este motivo, se considera pertinente referenciar como ha sido el desarrollo en las altas cortes respecto de la ausencia en el debate probatorio de la historia clínica, toda vez la postura mayoritaria es entender que no contar con la misma se debe tomar como un indicio en contra, pues éste solo hecho no configura una presunción de culpa o de responsabilidad en contra del profesional o de la institución que tenía la custodia de dicho documento. El diligenciamiento de la historia clínica es uno de los temas que se ha desarrollado tanto por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, que sin duda tiene relación con el tema de estudio. En términos generales se acepta que cuando se cuenta con una historia clínica incompleta o que, definitivamente, hay ausencia de ella, no puede hablarse de una presunción de responsabilidad, pues lo que habría es un claro incumplimiento en el deber de diligenciar adecuadamente el documento, lo que no se traduce en una responsabilidad en la atención médica del paciente. Aun así, se debe resaltar que incumplir con el diligenciamiento apropiado de la historia clínica puede ser considerado un indicio en contra del profesional o de la institución. Lo primero es hacer referencia a la importancia de la historia clínica en los procesos de responsabilidad médica; por ello, un adecuado diligenciamiento es un deber que se encuentra estipulado en la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, y su decreto reglamentario, además de otras resoluciones. En virtud de la normatividad que regula este documento, la historia clínica se define como el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente y se le da el carácter de documento privado sometido a reserva. Por consiguiente, se considera un documento con un gran peso probatorio que pudiera resultar indispensable en procesos de responsabilidad médica, ya sean procesos patrimoniales o sancionatorios. En consecuencia, este protocolo

permite averiguar qué fue lo que ocurrió en una determinada atención médica, además de conocer las condiciones de salud del paciente, las patologías, diagnósticos, tratamientos recibidos e, igualmente, las conductas que tuvieron cada uno de los profesionales médicos que participaron en la atención. En procesos de responsabilidad civil médica, la historia clínica se considera un documento clave para probar el compromiso médico, pues este, junto con la prueba pericial, resuelta siendo uno de los elementos más idóneos para acreditar la relación de causalidad entre la actuación culposa o dolosa del profesional médico y el daño sufrido por el paciente, ya que sirven para verificar si el galeno ajustó o no su conducta a los postulados de la *lex artis*. En las altas cortes se ha discutido lo relacionado al adecuado diligenciamiento de la historia clínica, pues se han analizado casos en los que no se cuenta con un adecuado registro de ella o incluso casos en las que ni siquiera existe. 43 Vale la pena mencionar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de marzo de 2016, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, donde la Corte afirmó que, en el marco de un proceso de responsabilidad civil médica, quien alega la culpa del galeno es al que le corresponde demostrarla. Sin embargo, gracias a la interpretación que se ha hecho del principio de la carga de la prueba en sentido dinámico, la parte que esté en mejores condiciones y posibilidades de demostrar la verdad dentro del proceso es a la que le corresponde allegar las pruebas. De manera puntual, en casos de responsabilidad médica, se cuenta con la prueba documental de la historia clínica que tiene una importancia vital gracias a su valor probatorio, motivo por el que la omisión de un correcto diligenciamiento de la historia clínica puede servir de indicio en contra del médico en el momento de la declaratoria de responsabilidad de los involucrados. Además, la Corte indica que, incluso la omisión por parte del eventual responsable de allegar al proceso la historia clínica, permite deducir una mala praxis médica. La Corte se expresó en los siguientes términos: Se resalta lo anterior por cuanto la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa - débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo- viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. Lo que se traduce en que su análisis resultará de una importancia inusitada a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no solo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podrá servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, SC2506-2016, 2016, págs. 47-48

Así, por ejemplo, no suministrar la historia clínica, hacerlo de manera incompleta o no documentar datos relevantes de la prestación médica puede inferirse que hay interés de la parte en ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como también puede serlo en contra de la parte demandante el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la

veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica. Por eso, de manera reciente, la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

De conformidad con lo anterior, tanto la jurisdicción civil como la contencioso administrativa reconocen que las normas procesales se quedan cortas frente a la realidad que se vive en los escenarios judiciales, pues no brindan herramientas en el momento de enfrentarse a casos difíciles o atípicos en los que el principio de la carga estática no es suficiente. La normatividad procesal no se podía quedar atrás, y en ese aspecto la comisión redactora del Código General del Proceso vio la necesidad de consagrar normativamente el dinamismo probatorio.

Este sistema es propio de procesos en los que la sana crítica es determinante en el momento de tomar decisiones, pues se le confiere al juez la posibilidad de interpretar la ley y hacer valor los principios. Más que orientarse en la legalidad de la decisión, al aplicar las normas apropiadas en cada caso, la mirada se enfoca hacia la justicia y en la búsqueda de la verdad sustancial a través del decreto de pruebas de oficio o la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Esto es lo que se conoce como activismo judicial que es muy característico en el Código General del Proceso.

El dinamismo probatorio se consagró por primera vez en el ordenamiento jurídico con la expedición del Código General del Proceso y es la segunda regla consagrada en el artículo 167 del estatuto procesal, ya que como se referenció antes, la primera corresponde a la noción clásica de la carga de la prueba. 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 (Ley 1564, 2012).

El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y esta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho.

Hoy en día, el proceso busca la efectividad de principios como lo son la solidaridad, la igualdad de las partes, la lealtad y la buena fe procesal, que conciben la actividad de las partes en términos de colaboración para que la parte que pueda probar un determinado hecho lo haga, y no tener esa visión irrestricta según la cual quien lo alega debe probarlo. Este sistema es propio de procesos en los que la sana crítica es determinante en el momento de tomar decisiones, pues se le confiere al juez la posibilidad de interpretar la ley y hacer valor los principios. Más que orientarse en la legalidad de la decisión, al aplicar las normas apropiadas en cada caso, la mirada se enfoca hacia la justicia y en la búsqueda de la verdad sustancial a través del decreto de pruebas de oficio o la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Esto es lo que se conoce como activismo judicial que es muy característico en el Código General del Proceso.

La norma consagró supuestos para facilitar la aplicación. Este no es un listado cerrado, sino unas situaciones específicas en las que a la parte que le correspondería probar le queda difícil mientras que la contraparte cuenta con esa facilidad probatoria. 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

Todo lo anteriormente manifestado es de vital importancia, toda vez que el demandado al ocultar la existencia de la historia clínica, pretende obtener ventaja, cuando existe una obligación de aportar las pruebas que por su condición, esta obligado a entregar al despacho.

Es importante mencionar que el criterio para acudir al dinamismo probatorio en un determinado caso es “la mejor posición para probar”. El juez podrá ejercer sus poderes de instrucción cuando objetivamente se haya constatado que la parte que tiene la carga de la prueba le queda difícil y, en consecuencia, su contraparte sí tiene la facilidad o disponibilidad probatoria que se requiere. Por ser una situación de excepción, el juez debe verificar que efectivamente hay una mejor disponibilidad probatoria. Asimismo, la norma ofrece ejemplos de cuándo se podría estar ante esa “mejor posición probatoria”. Cada uno de estos criterios orientadores podrían parecer claros, pero, sin duda alguna, en la práctica jurídica no resultan sencillos de establecer al momento de la aplicación

El primer criterio es la “cercanía con el material probatorio” que se refiere a la disponibilidad, que está ligado con el siguiente que consagra el artículo, y que sería el segundo criterio: “por tener en su poder el objeto de prueba”. El artículo hace referencia a que en ciertas ocasiones una de las partes tendrá a su disposición los medios probatorios adecuados para aclarar lo que se debate. Por ejemplo, si se alega el pago de una obligación dineraria, pareciera lógico que le resulte más fácil a la parte que pagó acreditar la extinción con el comprobante de la consignación o transacción.

Como se observó, la Historia Clínica es un documento que reviste bastante complejidad, y los datos allí consagrados deberán ser precisos y registrados cronológicamente, igualmente se trata de un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, de conformidad a la Resolución 1995 de 1999, expedida por ISSN: 0124-2067 que se caracteriza por la integralidad 2 secuencialidad 3 racionalidad científica 4 disponibilidad 5 oportunidad . Igualmente, la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, consagra en su artículo 36 que “en todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad. Cuando quiera que haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos a su reemplazante”, con lo anterior, se observa que es una obligación ética del profesional de la salud el correcto diligenciamiento de la historia Clínica.

Tiendo como fundamento el reconocimiento de la dificultad de orden procesal probatoria en materia médica y por considerarse la Historia Clínica el principal medio de prueba en materia de responsabilidad médica la Ley 1437 de 2011 en su artículo 175 inciso segundo del parágrafo primero ordena que: “Artículo 175. Contestación de la demanda. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá:

(...) Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción

Parágrafo transitorio. La historia clínica única electrónica será de obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013, esta tendrá plena validez probatoria.” (Negrita fuera de texto) La Ley 1438 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, quiso combatir las Historias Clínicas de difícil entendimiento, labor loable por parte del legislador, que de conformidad a las disposiciones del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012 (artículo 244) se deberá presumir su autenticidad, lo que cobra fundamento en la medida que se trata precisamente de un documento público (cuando se trate de Instituciones del Estado) que dan fe de lo allí contenido

En resumen, el hecho que el demandado omitiera la historia clínica, teniendo el deber profesional de hacerlo, buscando solamente favorecerse de dicha situación, que el juez de primera instancia omitiera la recopilación de pruebas de oficio, que hubiera brindado una mejor ilustración, el desconocer que en las redes sociales el demandado se anuncia como médico que realiza procedimientos estéticos, el no atender las investigaciones que le realizó el comité de ética al demandado, por la practica de procedimientos estéticos, sin tener la idoneidad y el reconocimiento médico para ello, todos los indicios que permitían demostrar que efectivamente hubo un daño a mi prohijada y el nexo causal que conllevo a la situación medica y emocional que hoy presenta, se configuran todos lo elementos para demostrar la responsabilidad médica.

Por lo anterior solicito de manera respetuosa, se sirva revocar el fallo proferido en primera instancia y en tal sentido se acceda a las pretensiones solicitadas en la demanda y si así lo considera el despacho, se solicite al TRIBUNAL DE ETICA MEDICA, SECCIONAL SANTADER, remita a su despacho dichas actuaciones para que obre en el presente proceso y de esta forma se pueda determinar de manera clara, la responsabilidad del demandado

Cordialmente



REINALDO BELENO GUERRA
C.C. No 72.142.629 de
Barranquilla
TP No 60.202 del C.S.J

