

La teoría del deber – obligación de las partes, en los procesos de responsabilidad médica

The theory of duty – obligation of the parties, in medical liability processes

Autores: Leonel Antonio Vega Pérez, Dianey Carolina Ariza Mantilla

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n34.2019.12915>

Para citar este artículo:

Vega, L. y Ariza, D. (2019). La teoría del deber - obligación de las partes, en los procesos de responsabilidad médica. *Derecho y Realidad*, 17 (34), 115-132.



La teoría del deber - obligación de las partes, en los procesos de responsabilidad médica

The theory of duty - obligation of the parties, in medical liability processes

Leonel Antonio Vega Pérez

Director grupo de Investigación CITEC. Decano de la Facultad de Derecho UPTC. Magister en Historia, UPTC.
Especialista en Instituciones jurídico-políticas, Universidad Nacional de Colombia.
Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales,
Universidad Externado de Colombia. Abogado, Universidad INCCA de Colombia.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5544-4213>
leonel.vega@uptc.edu.co

Dianey Carolina Ariza Mantilla

Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la UPTC. Estudiante de primer semestre de la Maestría en derechos humanos de la UPTC.
dianey.ariza@uptc.edu.co

Fecha de recepción: 15 de junio de 2019

Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2019

Cómo citar este artículo/to reference this article

Vega, L. y Ariza, D. (2019). La teoría del deber - obligación de las partes, en los procesos de responsabilidad médica. *Derecho y Realidad*, 17 (34), 115-132.

Resumen: Los procesos de responsabilidad médica, por su naturaleza, revisten alto grado de dificultad en materia probatoria, es por esto que las diferentes cortes han adoptado teorías para tratar de resolver dicha problemática; en esta medida las posturas adoptadas han variado de manera significativa. Una de las más recientes es la de deber- obligación de las partes de aportar pruebas, que difiere de la teoría de la carga dinámica de la prueba. Por esto, se realizó un análisis de las teorías preponderantes en esta materia para luego desarrollar de manera puntual la teoría de deber- obligación de las partes de aportar pruebas, contemplada en la Sentencia C 218282017 de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta sus características principales, sus efectos jurídicos, y sus diferencias con la carga dinámica de la prueba. En este estudio, se evidenció que esta nueva teoría probatoria se aleja de la carga dinámica de la prueba, y demarca una nueva posición de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de responsabilidad médica.

Palabras clave: Prueba; carga dinámica; deber; obligación; carga procesal.

Abstract

Medical liability processes, by their nature, have a high degree of difficulty in evidentiary matters, which is why the different courts have adopted theories to try to solve said problem; to this extent, the positions adopted have varied significantly. One of the most recent is the duty-obligation of the parties to provide evidence, which differs from the dynamic burden of proof theory. For this reason, an analysis of the preponderant theories in this matter was carried out in order to later develop in a timely manner the theory of duty-obligation of the parties to provide evidence, contemplated in Sentence C 218282017 of the Supreme Court of Justice, taking into account their main characteristics, their legal effects, and their differences with the dynamic burden of proof. In this

study, it was evidenced that this new evidentiary theory moves away from the dynamic burden of proof, and demarcates a new position of the Supreme Court of Justice in medical liability processes.

KEY WORDS: Test; dynamic load; must; obligation; procedural load.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la medicina es una profesión que cuenta con un mayor grado de preponderancia, pues en manos de los médicos se encuentran derechos de carácter fundamental como la vida y la salud, y de su adecuado tratamiento depende su garantía, es por esto que en los procesos de responsabilidad médica se debe comprobar si las prácticas llevadas a cabo por los galenos fueron las adecuadas para el tratamiento de las dolencias de sus pacientes, esto es conocido como la *lex artis*.

En esta medida, se han establecido diferentes teorías para comprobar si la *lex artis* aplicada a un paciente fue la adecuada, o si por el contrario el médico obró de tal manera que puso en riesgo la vida y la salud del paciente. Llegar a comprobar esto en ocasiones resulta difícil, por tal motivo ha variado en gran medida los pronunciamientos jurisprudenciales.

En un momento se adujo que la medicina era una actividad peligrosa, invirtiendo la carga de probar al demandado, luego se dejó a un lado esta posición y se tomó la teoría de culpa probada, además de esto, se introdujo figuras jurídicas como la carga dinámica de la prueba, la culpa virtual, la teoría de las obligaciones de medios y de resultado. En suma, los cambios en materia probatoria en los procesos de responsabilidad médica han sido constantes y variados.

Es por esto que, en el presente escrito se realiza un recuento sucinto de todos los cambios jurisprudenciales y las características principales de estas teorías, para luego adentrarnos en una postura reciente de la Corte Suprema de Justicia, la cual señala que es deber-obligación de las partes aportar pruebas dentro del proceso, posición que no converge con las demás posturas, y que difiere de manera sustancial.

1. LA CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Para probar la culpa en procesos civiles, y la falla del servicio en procesos administrativos, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han adoptado diferentes teorías para tal fin.

La Corte Suprema de Justicia ha tomado varias teorías para tratar de establecer la carga probatoria, es por esto que, en sentencias del 14 de marzo de 1942, del 14 de octubre de 1959, y el 3 de noviembre de 1977, señaló que era aplicable el artículo 2356 del Código Civil, indicando la actividad médica como peligrosa. Con esto, la Corte hizo aplicación de la teoría de la presunción de culpa, invirtiendo la carga probatoria al demandado (Rojas, 2016).

Luego de esto, la Corte Suprema en sentencia del 05 de marzo de 1940, sentó las bases que hoy definen el sistema probatorio en procesos de responsabilidad médica, aplicando la teoría de la culpa probada (Rojas, 2016).

La teoría de la culpa probada indicó en primer lugar que la actividad galénica no podía relacionarse como una actividad peligrosa, esta teoría se ha considerado como regla general, y como excepciones se han establecido la teoría de las obligaciones de medios y de resultados, la teoría de flexibilización probatoria y la carga dinámica de la prueba (Rojas, 2016).

1.1 Teorías utilizadas por la Corte Suprema de Justicia

1.1.1 Obligaciones de medios y de resultado

En lo que concierne a la categorización de las obligaciones que asume el médico, el debate ha sido en tratar de definir si estas son de medios o de resultado. La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de definir y diferenciar estos conceptos, para el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, las obligaciones para el profesional de la medicina, se clasificaron desde el año 1925, lo anterior dependiendo de la naturaleza de la prestación médica, tomando en cuenta varios criterios para su clasificación, es así como resalta al profesor francés RENÉ DEMOGUE, quien fue el precursor de las obligaciones galénicas, “las obligaciones de medios y de resultado siendo las primeras las más extendidas en la praxis contractual, al paso que las segundas, son de excepcional floración, así ambas de cualquier forma se traduzcan en un hacer” de igual manera señala que “la obligación que puede pesar sobre el deudor no es siempre de la misma naturaleza. Bien puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio” (Jaramillo, 2008, p. 301)

La doctrina en general, ha relacionado frente a las obligaciones que asume el galeno, estas son en principio obligaciones de medios, esto obedece a que los médicos se comprometen a brindarle la atención adecuada al paciente,

(...) en un todo de acuerdo con los avances y con los cánones de la ciencia médica, en la inteligencia de que la curación o el buen suceso del tratamiento sugerido, no depende de su actuación o actividad – así lo desee vivamente - , sino de una suerte de circunstancias e imponderables que, in toto, trascienden su querer, y por contera, le son enteramente ajenos (corolario prevalentemente aleatorio) (Jaramillo, 2008, p. 330).

Los pronunciamientos judiciales de igual manera están encaminados a señalar en su parte motiva, lo referenciado anteriormente. Un caso épico que ha marcado la historia en esta materia es la decisión de la Corte de Casación Francesa donde señaló que: “(...) entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que, si bien no comporta evidentemente la obligación de curar al enfermo..., por lo menos comprende la de proporcionarle cuidados, de conformidad con los avances de la ciencia” (sentencia del 20 de mayo de 1936) (Jaramillo, 2008, p. 332)

Para el año 1940, la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 05 de marzo, señaló que la obligación del médico por regla general es de medio mas no de resultado, y que el galeno debe desplegar todos sus conocimientos, y aplicar la prudencia necesaria, sin que sea responsable por los resultados fatales que tenga su cliente. De igual manera bajo providencia del 12 de septiembre del año 1985, refirió que las obligaciones que asume el médico son las relacionadas con ofrecerle al paciente la atención adecuada conforme con los postulados de la ciencia (Jaramillo, 2008).

En las obligaciones de medios, se aplica la teoría de la culpa probada, correspondiéndole la carga de la prueba para demostrar la culpa del galeno al demandante. Mientras que, en las obligaciones de resultado, es el médico a quien le corresponde la carga de la prueba, y solo se exonera con la comprobación de los eximentes de responsabilidad de fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva del paciente o hecho de un tercero (Rojas, 2016).

1.1.2 Teorías de flexibilización probatoria

Estas teorías son adaptadas con el fin de tratar de limitar las dificultades probatorias que en ocasiones afrontaban las partes. Para la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta las particularidades del caso, el juez, partiendo del mandato legal y constitucional, *las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica*, puede inferir determinadas presunciones,

indicios, o razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur*, culpa virtual, o un resultado desproporcionado (Rojas, 2016, p 54).

Res ipsa loquitur

La traducción literal de este principio consiste en que las cosas hablan por sí mismas, y señala una presunción hacia el demandado, teniendo en cuenta las pruebas que obran dentro del proceso. Dentro de los elementos característicos de este principio se encuentra:

- Que se haya producido un daño, y que este haya sido producto de una negligencia.
- Que el daño se haya originado a través de un elemento que utiliza el demandado.
- Que el daño no tenga su origen en el comportamiento de la víctima.

Con la consecución de estos elementos se prueba la culpa, puesto que es evidente la negligencia médica. Dentro de estos casos se encuentra, por ejemplo, cuando se amputa la pierna equivocada o cuando se deja elementos quirúrgicos dentro del organismo, entre otros casos (Rojas, 2016).

Prueba por primera impresión o apariencia

Esta teoría, permite deducir la culpa del demandado, teniendo en cuenta unos *sucesos típicos*, que solo suceden cuando hay culpa o negligencia, basándose en las máximas de la experiencia, que son las que permite a fin de cuentas demostrar el daño irrogado. Son ejemplo: la entrada de aire en una inyección, la infección con VIH cuando hay transfusión de sangre (Rojas, 2016, p 56).

Culpa virtual

Según esta teoría, se logra comprobar la culpa cuando el daño solo pudo haber sido producido por la negligencia médica, puesto que se basa en las reglas o leyes de la medicina, estableciendo que, de acuerdo a los avances de la medicina, no hay opción de que el médico incurra en un error; por ejemplo, procedimientos médicos como la apendicitis (Rojas, 2016).

Resultado desproporcionado

Esta teoría se basa en la comparación del resultado del caso concreto con los demás procedimientos. Con esto, se logra comprobar si el resultado del caso concreto fue desproporcionado en comparación con los demás, teniendo en cuenta que se presenten las mismas circunstancias. Son ejemplos: cuando alguien se fractura una rodilla y luego de la operación la persona queda coja de por vida, o cuando se interviene a una persona por hemorroides, y a raíz de ello queda con una secuela de incontinencia anal parcial (Rojas, 2016).

2.1 Teorías utilizadas por el Consejo de Estado

2.1.1 Teoría de la falla probada

El Consejo de Estado, aplicó esta tesis en primer lugar para diferenciar las obligaciones de medios y de resultado, indicando que las obligaciones galénicas son principalmente de medios. Teniendo en cuenta esta teoría, la carga probatoria le corresponde a la parte demandante (Rojas, 2016).

2.1.2 Teoría de falla presunta

Esta teoría señala que los médicos y las entidades estatales que prestan servicios médicos, son quienes cuentan con la suficiencia técnica y científica, para lograr probar los parámetros que rigen la *lex artis*, estableciéndose de esta manera una presunción de falla a los demandados (Rojas, 2016).

2. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

La teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica, ha tenido aplicación tanto en materia civil, como en materia contencioso administrativa, puesto que, es una teoría que surge con el ánimo de determinar que parte se encuentra en mejor posición de probar.

2.1 Concepto de carga dinámica de la prueba.

Antes de definir la carga dinámica de la prueba, es necesario traer a colación el concepto de carga de la prueba, el cual consiste en que quien alega un hecho debe probarlo. El Consejo de Estado, ha definido la carga de la prueba como una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad de probar los hechos alegados, y al juez le indica cómo debe fallar según se haya o no probado los hechos, que son el sustento fáctico de la acción (Díaz, 2016).

Ahora bien, la carga dinámica de la prueba contempla que el derecho probatorio cede en cuanto a sus postulados clásicos de carga probatoria, puesto que por motivos ajenos a la voluntad de quien alega el hecho, no puede probar por la imposibilidad que le representa lograr obtenerla, y el juez con el objetivo de lograr la verdad, se encuentra en la posibilidad de distribuir la prueba entre las partes.

Además, la carga dinámica de la prueba puede constituirse como una obligación para el juez, puesto que es quien se encarga de distribuir la carga probatoria entre las partes, con el fin de probar los hechos que son relevantes para lograr fallar (Restrepo, 2011, p 5).

El Código General del Proceso, en su artículo 167, contempla lo concerniente con la carga de la prueba, a su vez, establece que el juez podrá de oficio o a petición de parte distribuir la carga de la prueba teniendo en cuenta ciertos factores, los cuales son:

- La parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.
- La parte que se encuentre en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio.
- Por circunstancias técnicas especiales.
- Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio
- Por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, y
- Entre otras circunstancias similares

2.2 Origen de la carga dinámica de la prueba

La carga dinámica de la prueba, tuvo su origen en un proceso de responsabilidad médica que se adelantó en Argentina, y también por la teoría presentada por Peyrano, quien afirma que más allá de la posición que tenga las partes, la carga de la prueba le compete a cada una de estas, en específico en los casos en que una de las partes se encuentra en mejores condiciones para allegarla. A su vez, el autor afirma que esta teoría no desconoce los postulados clásicos de la carga de la prueba, sino que trata de garantizarle el acceso a la prueba a quien por diferentes circunstancias no puede acceder a esta (Restrepo, 2011, p 10).

2.3 La carga dinámica de la prueba y los principios constitucionales

La carga dinámica de la prueba, surge como excepción a la regla general *onus probandi incumbit actori*, dado que la distribución de la carga de la prueba está ligada con el principio de necesidad de la prueba, el cual tiene una injerencia directa con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la Constitución Política), la Corte Constitucional en Sentencia T 264 del año 2009, indicó que es necesario evitar cualquier arbitrariedad, puesto que el juicio adecuado establecido sobre las pruebas debe reflejarse y basarse en estas.

De otro lado, indica la providencia señalada que el interés del constituyente al tema probatorio y su relación con el debido proceso, sólo se explica si se valora la verdad como objetivo o finalidad de las actuaciones judiciales. Sin esto poco importaría el principio de necesidad de la prueba, la motivación de la valoración probatoria o la posibilidad de aportar y controvertir pruebas.

La adaptación al derecho probatorio de la carga dinámica de la prueba obedece a diferentes factores, entre ellos a que una de las partes se encontraba en un nivel de inferioridad respecto de la otra, en términos más sencillos a la parte actora por ejemplo le era difícil allegar material probatorio bajo el poder de la otra parte (Caballero y Layton, 2015, P. 49). En esta medida, la carga dinámica de la prueba se ha convertido en aquel mecanismo a través del cual el juez a petición de parte o de manera oficiosa distribuye la carga probatoria (art. 167 del C.G.P), lo anterior para recopilar todo el material probatorio necesario para proferir fallo.

A su vez, la carga dinámica de la prueba surge a raíz de la necesidad de intervención judicial para establecer la igualdad en el proceso. Para la Corte Constitucional, en la Sentencia C-086 de 2016, esta teoría nace para disminuir la labor que una de las partes asumía, y que muchas veces no contaba con los medios para adquirirla, convirtiéndose en una imposición desproporcionada, que en los casos de responsabilidad médica conllevaba a negarle el acceso a la justicia, por cuanto el actor no cuenta con los medios para probar lo sucedido y el procedimiento al que fue sometido.

El principio *onus probandi*, señala la Corte Constitucional en Sentencia C-070 de 1993, admite excepciones en lo que refiere a la demostración de ciertos hechos, el primero de ellos son los hechos notorios, los cuales hacen referencia al reconocimiento directo de un acontecimiento dada su amplia difusión. Por otro lado, las afirmaciones o negaciones indefinidas, hacen alusión a aquellos hechos que, por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar, hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega. Y por último las presunciones legales o de derecho, donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”.

2.4 Carga dinámica de la prueba en Colombia.

La carga dinámica de la prueba en nuestro país, fue desarrollada principalmente por la jurisprudencia, y no fue sino hasta la entrada en vigencia del Código General del Proceso que se logró contemplar de manera expresa en un texto normativo.

La Corte Constitucional en Sentencia C 086 del año 2016, ha señalado otros casos en los que opera la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, como, por ejemplo:

- En los casos de subordinación, debilidad, tratos crueles e inhumanos, como sucede en materia laboral o en el ámbito castrense.
- En los casos donde se encuentra inmerso un sujeto de especial protección, como por ejemplo los casos de portadores de VIH
- Los casos de extinción del dominio, donde el titular del dominio de los bienes es el que se encuentra en mejores condiciones de probar su origen lícito, es quien debe aportar las pruebas que acrediten este hecho.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C 21828 -2017 CORTE DE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CASACIÓN CIVIL

La Corte Suprema de Justicia, decidió el recurso de casación impetrado por el señor Alfonso Ortiz López, frente a la sentencia del 25 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, sala civil familia, dentro del proceso ordinario que adelantó en contra de la Clínica Oftalmológica del Caribe Ltda y del Doctor Carlos Esteban Vélez Londoño.

Antecedentes

El señor Alfonso Ortiz López, solicitó se declarara civilmente responsables a los demandados, toda vez que señaló que se afectó en su humanidad, relacionando los siguientes hechos:

- El 15 de junio de 2001, asistió a una cita de rutina con la optómetra Azucena Sánchez, para que le cambiaran los lentes que venía utilizando, la profesional indicó que su ojo izquierdo tenía una visión de 20/200, por lo cual lo remitió a oftalmología.
- La entidad que le prestaba los servicios de salud le asignó a la CLINICA OFTALMOLOGICA DEL CARIBE LTDA, donde fue atendido por el retinólogo Carlos Esteban Vélez Londoño, quien le diagnosticó que el ojo tenía una “perforación” y determinó “que debía operarse en forma inmediata para evitar complicaciones futuras, ya que de no realizarse la cirugía podría afectar más el ojo izquierdo y comprometerse el ojo derecho”, pese a que el paciente no presentaba “ninguna dificultad ni molestia”, pues “veía por ambos ojos”.
- Dicha cirugía se practicó el 24 de agosto de 2001, pero en lugar de cerrar la perforación supuestamente hallada, lo que ocurrió fue un desprendimiento de retina del ojo operado”.
- Debido a lo anterior, el doctor Vélez le ordenó al señor Alfonso Ortiz Londoño, un nuevo tratamiento con aplicación de un gas para tratar de pegarle la retina.
- La anterior medida, no le funcionó al señor Alfonso Ortiz Londoño, por lo cual entró nuevamente al quirófano el día 2 de abril de 2004, en dicha cirugía los resultados tampoco fueron los esperados, según afirma el actor.
- Por lo cual el señor Alfonso Ortiz Londoño, acudió a la clínica UNILASER, donde fue atendido por el doctor Carlos Abdala Caballero, señalando que la banda que se le habían colocado en intervenciones pasadas estaba provocando el estrangulamiento del ojo.
- Dado este diagnóstico el señor Alfonso Ortiz Londoño, consultó nuevamente al doctor Vélez Londoño quien lo intervino por cuarta vez, para retirarle la banda y extraer el lente intraocular, luego de dicha intervención el actor no volvió a ver por su ojo izquierdo.

Como consecuencia de lo anterior, el actor solicitó al Juez condenara a pagarle los perjuicios materiales, fisiológicos y morales, a causa de las lesiones físicas producidas por la pérdida de su ojo izquierdo.

Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia.

En esta medida, la Corte Suprema de Justicia se permitió indicar que la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, la cual revocó la decisión del a quo, se basó en el informe final rendido el 6 de marzo de 2012, donde concluyó “que la parte accionada no encuentra comprometida su actuación de ninguna manera, y que en todo momento del tratamiento al demandante [...] ajustaron su actuar a la *Lex Artis*”.

La parte recurrente de manera imprecisa, quiso demostrar a dicha corporación el tipo de error, es decir, que el Tribunal de Barranquilla solo se fijó en la última experticia en la cual indicaba que habían actuado de acuerdo a la *lex artis*, pero tomando conclusiones de la historia clínica que se encontraba incompleta. Frente a esto, la Corte se permitió señalar en la providencia referida, que el tipo de error fue de hecho, toda vez que el ad quem solo tomó las conclusiones del último informe.

En las consideraciones presentadas por la Corte Suprema de Justicia, esta aseveró que, en los dos anteriores peritajes allegados por parte de Medicina Legal, se indicó que la historia clínica era incompleta y que la letra era ilegible, lo cual impedía el desarrollo del cuestionario y lograr entender de mejor forma los hechos transcurridos. Luego de que el *a quo* ordenara a la Clínica Oftalmológica del Caribe la historia clínica transcrita, estos últimos la allegaron.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte sostuvo que fueron muchas las inconsistencias presentadas en la historia clínica, puesto que no se hacía mención a las intervenciones practicadas al señor Ortiz López, en los siguientes términos:

Inocultables son las imprecisiones de ese compendio de la historia clínica, particularmente, en lo tocante con las intervenciones quirúrgicas a que fue sometido el actor, pues no las identificó, ni hizo referencia expresa a ellas, ni describió su práctica, ni dejó constancia de los hallazgos encontrados o de los resultados obtenidos, ni contiene ningún comentario sobre las explicaciones dadas al paciente y/o a sus familiares y, mucho menos, se refiere a las prescripciones ordenadas para el cuidado posoperatorio.

Con esto, la Corte Suprema de Justicia decidió Revocar la decisión del Tribunal de Barranquilla, puesto que la decisión del *ad quem* carece de todo fundamento, y que por tal motivo es procedente el cargo instaurado por la parte recurrente, por lo cual sustituyó dicha sentencia.

Sentencia sustitutiva.

En este acápite la Corte Suprema de Justicia se enfocó en la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad médica, en lo que concierne en la teoría de la carga dinámica de la prueba, el cual reza que, si es el paciente quien está en mejores condiciones para demostrar ciertos hechos, o por el contrario si es la parte opuesta, tanto en lo que refiere a la “falta del servicio” como a la “relación de causalidad”. En este sentido, la parte actora reclamaba que era la parte demandada quien debía allegar la historia clínica completa, no un resumen como el que se allegó, el cual carecía de todas las intervenciones quirúrgicas practicadas.

En esta medida, la Corte Suprema de Justicia, procedió a señalar los elementos estructurales de la responsabilidad médica, la “existencia de un vínculo obligacional, que puede ser un contrato, o la vinculación a una entidad prestadora del servicio de salud”, “el daño” y el “nexo causal”, el primer elemento no fue señalado en la documentación allegada, donde no hubo discusión alguna sobre ello. En cuanto al nexo causal, el juzgador de primera instancia tomó la transcripción de la historia clínica, y el dictamen pericial, los cuales fueron los elementos de juicio, indicando que al señor Alfonso Ortiz López, no se le practicó el tratamiento adecuado en su ojo izquierdo, dado que no se le brindó la atención inmediata cuando fue detectada el 14 de mayo de 2002, como tampoco el ojo derecho, por cuanto el 27 de mayo de 2003 también se le detectó desprendimiento de vítreo posterior, por lo tanto, la clínica y el médico tratante fueron negligentes.

En el evento en que los médicos no registren de manera completa los datos de las intervenciones que practican, se colocan en tal situación de no poder atender la carga probatoria que le corresponde, de “demostrar que su procedimiento fue el correcto”, sin que ello implique efectos adversos al interés del afectado, las referencias de las intervenciones practicadas deben quedar consignadas de manera precisa, a efectos de poder saber con certeza que dicha intervención fue correcta, de ser lo contrario, es decir que el relato se encuentra incompleto, no se podrá presumir que lo fue.

Al caso en concreto, el *a quo* señaló que, en los datos consignados en la historia clínica y allegados al despacho, no se señaló de manera precisa paso a paso cada intervención realizada, lo cual demuestra que la parte demandada muy difícilmente podría probar que actuó de acuerdo con la *lex artis*.

Así las cosas, cuando los médicos no registran de manera correcta las intervenciones realizadas, les queda sumamente imposible atender la carga probatoria de demostrar que su procedimiento fue el correcto, puesto que solo está en sus manos establecer que dichos procedimientos fueron los adecuados, y al no consignar la información de manera detallada “a efecto de poder establecer que el mismo “fue correcto”, porque de lo contrario, es decir, si el relato no es completo, “no se puede simplemente presumir o inferir que ello fue así” .

La Corte Suprema de Justicia, reprochó el hecho de que los demandados no consignaran de manera completa las intervenciones practicadas al actor, dejándolo en una situación desventajosa, puesto que le quedaría imposible acreditar los elementos de responsabilidad.

De igual manera, en esta providencia se resaltó que no sería aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, puesto que la parte actora no tendría como probar los desaciertos del acto médico y conlleva efectos negativos para este, incluso el fracaso de la acción.

En esta medida, la Corte tomó en cuenta el fallo del a quo, toda vez que resultaba plausible el análisis que llevó a cabo frente a las pruebas aportadas al proceso, desestimando el valor probatorio a favor del demandado puesto que en la historia clínica no se consignaron los datos completos de las intervenciones quirúrgicas practicadas al demandante, incumpliendo la carga procesal, del dinamismo de la carga probatoria. En este último punto no estuvo de acuerdo la Corte Suprema de Justicia, puesto que adujo que, dadas las variaciones presentadas por la teoría jurídica, se ha venido criticando la existencia de una carga de la prueba y el traslado de esta a quien no busca obtener los efectos de la decisión, indicando que *lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba)*, estableciéndose que cada parte se encuentra en el deber de aportar las pruebas que se encuentre dentro de sus posibilidades, y es el juez quien lo considerará en el debido momento.

En razón a esto, la Corte Suprema de Justicia decidió Casar la sentencia del 25 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil - Familia y Confirmar la sentencia del Juzgado Noveno Civil del Circuito.

4. DEBERES, OBLIGACIONES, CARGAS PROCESALES Y PODERES DEL JUEZ.

Luego de haber realizado un análisis de manera general, de la carga probatoria que suscita los procesos de responsabilidad médica, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 21828 del año 2017. Es necesario tomar los conceptos de deberes, obligaciones y cargas procesales, lo anterior obedece a que estos temas son centrales en el desarrollo del tema que se aborda con el presente escrito, es decir, tomar en cuenta el concepto de deber-obligación de las partes de aportar pruebas que señala la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 21828 y sus salvamentos de votos, con el fin de afincar los efectos jurídicos que conlleva la posible sustitución de la teoría de la carga dinámica de la prueba, o si por el contrario dicho concepto se convertiría como una excepción más al principio general *onus probandi*.

En esta medida es importante señalar que, en cuanto a los deberes, obligaciones y cargas procesales, según la Corte Constitucional en Sentencia C-738 de 2006, el legislador además de otras potestades se encuentra facultado para:

Definir los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, los poderes y deberes del juez y aún las exigencias de la participación de terceros intervinientes, “ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos.

Los deberes, obligaciones y cargas procesales se constituyen según la doctrina procesal como imperativos jurídicos, que imponen tanto al juez, como a las partes e incluso a los terceros intervinientes la observancia de ciertas conductas que son importantes dentro del proceso, al respecto indica la Corte Suprema de Justicia, en auto del 17 de septiembre de 1985, que los primeros se hallan instituidos por los ordenamientos rituales en interés de la comunidad, las obligaciones en pro del acreedor y las últimas en razón del propio interés.

4.1 Deberes procesales

Los deberes procesales, son aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso, algunas veces están a cargo de las partes, otras veces a cargo del juez e incluso algunas veces a cargo de terceros intervinientes.

Los deberes procesales provienen de la aplicación de normas procesales de derecho público y surgen con ocasión del proceso, por lo cual da origen a sanciones y coerción para su cumplimiento.

4.2 Obligaciones procesales.

Las obligaciones procesales, por el contrario, son prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, según lo explica Couture “obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa”.

Por otro lado, al igual que los deberes procesales, son imperativos derivados de normas procesales de orden público, pero sólo se predicán a las partes o a terceros. Un ejemplo son las condenas en costas y los honorarios de los auxiliares de justicia.

4.3 Cargas procesales

De otro lado, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan **una conducta de realización facultativa**, las cuales normalmente son establecidas en interés propio del sujeto y su 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 Sentencia C 086 de 2016) [subrayado fuera del original].

A diferencia de los deberes y obligaciones procesales, la ley es quien le impone al sujeto 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 Constitucional, Sentencia C 086 de 2016) [subrayado fuera del original].

Al igual que los deberes y las obligaciones procesales son imperativos que emanan de normas procesales de derecho público, pero sólo para las partes o terceros. Son del propio interés de quien las soporta, donde lo favorecen a él y no a la otra parte, como ocurre con los deberes o las obligaciones.

El sujeto procesal que soporta la carga está en la plena libertad de cumplir o no con ella, su obrar no se verá constreñido para cumplirla, donde no obtendrá una sanción, sino que tendrá que asumir las consecuencias propias de su inactividad.

Con los deberes, obligaciones y cargas procesales señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-203 de 2011 que “se contribuye con la realización de los principios de economía, oportunidad, lealtad, imparcialidad y celeridad procesales”. De esta manera se convierten en garantía del debido proceso en procura de justicia en el Estado Social de Derecho. Al respecto dice la corte:

El artículo 228 de la Constitución Política, dispone que los términos judiciales deberán ser observados con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Así, para la interposición de los recursos, o la proposición de nulidades, o la formulación de un incidente, los respectivos códigos de procedimiento señalan términos cuya observancia por las partes se hace imperativa, a riesgo de soportar las consecuencias jurídicas desfavorables si actúan dejándolos vencer. **Es decir, se trata de una carga procesal, ya que ésta consiste, como se sabe, en una conducta de realización facultativa de cuya inobservancia se pueden derivar consecuencias desfavorables, por lo que la negligencia o la incuria en el cumplimiento de la carga señalada por la ley, sólo afectan al interesado.** La carga, es algo que se deja librado por la ley a la auto-responsabilidad de las partes (Corte Constitucional en la Sentencia C-203 de 2011)

La Corte Constitucional en la sentencia C 662 de 2004 señaló que, frente al hecho de evadir las cargas procesales, que estas no son admisibles por la jurisprudencia constitucional, en la medida “en que el desconocimiento de las responsabilidades de las partes en el proceso atentaría contra los mismos derechos que dentro de él se pretenden proteger y llevaría por el contrario a la inmovilización del aparato encargado de administrar justicia”.

Frente al tema de las cargas procesales, una de las principales es precisamente la de probar los hechos que se alegan, de acuerdo a la Corte Constitucional, en Sentencia C 086 de 2016, la carga procesal se refiere “la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

La Corte Constitucional en la providencia T-733 de 2013, destaca que una de las principales cargas procesales es la prueba, por cuanto las partes asumen un rol protagónico en la medida en que deben probar lo alegado y controvertir lo afirmado, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”.

El ejercicio del derecho al acceso a la administración de justicia conlleva a la existencia de ciertas obligaciones ya sea para las partes, el juez o terceros intervinientes. Lo anterior señala la Corte Constitucional en Sentencia C 086 de 2016, teniendo en cuenta que en el ejercicio de todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución específicamente en el artículo 95-7, en el que se consigna que son deberes de la persona y el ciudadano “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.

Frente a las diferencias entre obligaciones, deberes y cargas procesales la Corte Suprema de Justicia realizó su definición y la Corte Constitucional la recopiló en sus sentencias, en los siguientes términos:

Los deberes procesales son imperativos establecidos por la ley con el fin de llevar a cabo el proceso, dichos imperativos se aplican tanto al juez, las partes y los terceros. Se caracterizan porque emanan de las normas procesales y el incumplimiento se sanciona según sea la persona.

Las obligaciones procesales, por el contrario son de contenido procesal, se impone a las partes con ocasión al proceso, como sucede con la condena en costas.

Por último, frente a las cargas procesales, se definen como aquellas situaciones contempladas en la ley en la que se indica una conducta facultativa, es decir, el sujeto procesal puede o no realizarla y cuya omisión conlleva a consecuencias desfavorables, como por ejemplo la preclusión de una

oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

4.4 Poderes del juez

La Ley 1285 del año 2009, reformó algunos apartados de la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia, en la reforma que se llevó a cabo al artículo 60A, se contemplaron nuevas conductas y sanciones frente al comportamiento incorrecto de los particulares en el proceso,

ARTÍCULO 60A. PODERES DEL JUEZ. <Artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Además de los casos previstos en los artículos anteriores, el Juez podrá sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, a las partes del proceso, o a sus representantes o abogados, en los siguientes eventos:

3. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas o injustificadamente no suministren oportunamente la información o los documentos que estén en su poder y les fueren requeridos en inspección judicial, o mediante oficio.

4. Cuando injustificadamente no presten debida colaboración en la práctica de las pruebas y diligencias.

En esta medida, la Ley 1285 de 2009, señala los poderes del juez, al caso concreto se destacan los numerales subrayados 3 y 4, en los que se resaltan debido a que velan por la adecuada aportación de pruebas dentro del proceso, consignando de esta manera el poder oficioso del juez cuando ordena la práctica de pruebas o se les solicite a las partes pruebas a su cargo. El incumplimiento de estas disposiciones traerá como consecuencia la imposición de una multa.

La Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, analizó la disposición de la Ley 1285 de 2009, indicando las medidas de corrección en el proceso judicial:

[...] Los jueces de la República son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo no solo “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, sino exigiendo la colaboración y el buen comportamiento de todos los sujetos procesales.

Las medidas correccionales se erigen como aquellas atribuciones jurisdiccionales con las que cuenta el juez, para [...] “mantener el proceso dentro de los cauces de dignidad y decoro propios del ejercicio de la profesión de abogado, así como exigir la mesura, seriedad y respeto debidos entre los sujetos procesales, las partes en los procesos, los terceros que en ellos intervienen y entre todos estos y los servidores públicos” Corte Constitucional Sentencia C 392 de 2002, dichas medidas se proyectan como una de las manifestaciones legítimas del poder punitivo del Estado.

Además, a diferencia de la Ley 270 de 1996, que establecía las medidas correccionales con el fin de proteger la dignidad y el decoro de la administración de justicia, con la reforma establecida por la ley 1285 de 2009, se autorizó la imposición de sanciones [...] “para garantizar una conducta recta y transparente que no afecte ni la celeridad ni la eficiencia de la justicia”.

4.5 Salvamentos de votos de la Sentencia C21828 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia.

En esta medida, luego de realizar el análisis detallado de los conceptos que anteceden este acápite, es necesario identificar los efectos jurídicos del concepto de deber y obligación de las partes

de aportar pruebas. Para ello, se tomará en cuenta los salvamentos de votos presentados por algunos Magistrados en la Sentencia C 21828 de la Corte Suprema de Justicia

- **Salvamento de voto del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona**

En esta oportunidad, el magistrado señaló que el fallo se basó en un indicio, toda vez que, al allegar la historia clínica incompleta, se tomó como prueba indiciaria, cuando la prueba indiciaria consiste en que hay una relación fáctica, en cuanto de un hecho conocido (indicador), se deduce lógicamente otro hecho desconocido (indicado) (art. 240 del C.G.P). en esta medida señala el Magistrado, que el fallo se basó en un indicio inexistente, puesto que para él no se encontraba demostrado.

El magistrado indicó que el fallo se basó en un indicio inexistente y que, por tanto, carecía de la suficiente robustez probatoria para encontrar probada la culpa de los demandados; frente a esto, es necesario traer a colación la importancia que envuelve la historia clínica. La Ley 23 de 1981 (por la cual se dictan normas en materia de ética médica), en su artículo 34, relaciona el concepto de la historia clínica, señalando que es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, por tanto, es una obligación que le compete al médico tratante, y es este quien debe consignar el procedimiento aplicado al paciente, y si esto no ocurre, como saber cual fue la aplicación de la *lex artis*. Bajo estos supuestos, y en el entendido en que es el médico quien debe allegar la historia clínica, puesto que es él quien la tiene en su poder, y no la allega al proceso, difícilmente logrará probar que obro bajo las normas que imperan la medicina, y si es lógico que se produjo un daño, y se comprueba además con un peritaje, como el que se allegó dentro del proceso; a su vez, los demandados no cuentan con el suficiente material probatorio para demostrar su debida diligencia dentro del procedimiento aplicado al paciente.

- **Salvamento de voto del Magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo**

En sus argumentos de salvamento de voto, indica que deber y carga procesal son diferentes, y que en la sentencia se le atribuyen efectos equivalentes a pesar de que tienen finalidades y características dispares.

Señala que, “una carga procesal es un débito impuesto por el ordenamiento jurídico, o por el juez, a un sujeto procesal, cuya desatención le aparejará una consecuencia negativa. Se caracteriza, entonces, porque está instituida en favor de la parte y su cumplimiento es facultativo, pero en caso de que no se obedezca reportará consecuencias negativas al omiso”. De otro lado, indica que los deberes procesales están consagrados “[...] para tutelar el adecuado adelantamiento del proceso o proteger a terceros o a la contraparte procesal, por medio de la imposición de débitos susceptibles de coacción a través de las medidas correccionales que puede imponer el juzgador en el curso del proceso”.

Dentro de sus argumentos refiere una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 noviembre de 1972, G.J. CXLIII n.º 2358-2363, en la que se dijo que las obligaciones, deberes y cargas procesales, difieren en muchos aspectos en el sentido de que sus efectos son dispares, y que no se puede atribuirles efectos jurídicos de unos a otros y mucho menos confundirlos. En esa oportunidad la Corte Suprema de Justicia señaló:

Por cuanto la obligación procesal implica una prestación de contenido económico, puede ser objeto de ejecución forzosa, carácter éste que ciertamente no puede predicarse de los deberes ni de las cargas, cuya efectividad entonces es posible alcanzar a través de sanciones; al paso que las obligaciones y los deberes procesales tienen como destinatarios a las partes mismas, a los terceros o también al juez, las cargas en cambio nunca surgen para éste y de su insatisfacción sólo nace un perjuicio para quien debió asumir la conducta establecida en la ley al respecto.

A su vez, el magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, itera que no es posible asociar las nociones de carga y deber, puesto que la primera se establece a favor de la parte y su omisión le acarrea un resultado adverso, mientras que el deber protege al proceso o a terceros, y su incumplimiento se castiga a través de sanciones.

En esta medida, indica que la fijación de un deber-obligación de aportación de pruebas, “no puede conducir a secuelas diferentes al señalamiento de multas o apremios en el curso de la causa. Disímil a una carga probatoria, pues su inobservancia se traducirá en una resolución contraria a los pedimentos del incumplido”. Más adelante señala que se estará premiando la abulia o desidia del sujeto que, a pesar de encontrarse en una mejor posición, omite colaborar con la justicia para esclarecer la verdad de los hechos, en tanto su omisión la garantizará una sentencia favorable a sus intereses, sin perjuicio que sea multado por este comportamiento.

Frente a los argumentos presentados por el magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, se evidencia su preocupación por entremezclar dos nociones jurídicas dispares, puesto que, para él, la Corte Suprema de Justicia, le asigna efectos jurídicos a las cargas procesales, propias de los deberes y obligaciones procesales.

En este punto, y como es claro, los deberes, obligaciones y cargas procesales, son figuras jurídicas que difieren en gran medida, por un lado, los deberes son entendidos como aquellas prerrogativas encaminadas a dirigir de manera adecuada el proceso, y su omisión acarrea sanciones y coerción. Estos deberes pueden estar a cargo de las partes, del juez o terceros intervinientes, el artículo 78 del Código General del Proceso, señala algunos deberes de las partes y sus apoderados, dentro de los cuales encontramos: proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales, abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias, adoptar las medidas para conservar en su poder las pruebas y la información contenida en mensajes de datos que tenga relación con el proceso y exhibirla cuando sea exigida por el juez, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Código General del Proceso.

Por otro lado, las obligaciones procesales, son prestaciones económicas desencadenadas del proceso, son ejemplo de estas, la condena en costas. Por último, las cargas procesales comportan conductas de realización facultativa contempladas en la ley.

Bajo este punto, con la teoría de deber-obligación de aportar pruebas, el juez cuenta con un papel más protagónico dentro del proceso, puesto que como se mencionó líneas arriba, las cargas procesales son de carácter facultativo, mientras que los deberes y obligaciones procesales contienen un carácter coercitivo. Así las cosas, es claro que la parte demandada no allegó la historia clínica de manera completa, y que bajo las disposiciones del artículo 78 del Código General del Proceso, es un deber procesal, y por tanto, no pudo demostrar su debida diligencia.

- **Salvamento de voto de la Magistrada Margarita Cabello Blanco**

La Magistrada por su parte se permitió indicar que la sentencia sustitutiva de la Corte Suprema de Justicia, aproximaría la responsabilidad médica a una responsabilidad objetiva, dado que al inferir la culpa galénica y por ende el nexo causal entre esa conducta culposa y el daño reclamado a partir del incumplimiento de la obligación profesional de llevar una historia clínica completa y legible. Según la magistrada la Corte debió solicitar la práctica de más pruebas a fin de saber si hubo o no una mala praxis médica.

La responsabilidad subjetiva se basa necesariamente en el actuar culposo del agente a quien se le endilga la responsabilidad, siendo la culpa el elemento central de esta teoría. Mientras que la responsabilidad objetiva se basa en el daño producido, por cuanto se apoya en actividades que de

por si resultan peligrosas para los demás, como sucede en la conducción de vehículos o utilización de materiales peligrosos. La actividad galénica se instituye con el fin de curar y aliviar los padecimientos de los pacientes, más no precisamente con el fin de irrogar un daño, o ponerlo en una situación de riesgo que de por sí resulta desventajosa (Universidad Javeriana, 2003, p 272).

Bajo este punto, y en concordancia con lo expuesto en la sentencia, es claro que los demandados no respondieron con la carga de allegar la historia clínica completa, concepto que reemplazó la sala por el de deber-obligación de las partes de aportar pruebas, siendo la historia clínica el elemento probatoria que en los procesos de esta naturaleza resulta inescindible, y que bajo lo señalado por esta nueva teoría resulta plausible en la medida en que las partes no pueden soportar la carga de aportar pruebas, sino que el juez es quien tiene que avizorar las pruebas que cada parte puede aportar según sus posibilidades. Pero asimilar esta teoría a la responsabilidad objetiva resulta imposible, por cuanto no hay una inversión de la carga de la prueba al demandado, sino que es el juez quien tendrá que indicar que pruebas son necesarias para el proceso y que parte la puede allegar al proceso.

4.6 La teoría de la justicia de John Rawls

La teoría de John Rawls plantea a la justicia como equidad, la cual debe estar encaminada a cumplir con la igual libertad y la justicia distributiva en la sociedad. En razón a lo anterior, su teoría se concreta en los principios de la justicia, los cuales procuran por orientar la estructura básica de la sociedad (Hurtado, 2015, p 5).

Los principios de la justicia para Rawls son: el principio de libertad y el principio de igualdad. El principio de libertad, sostiene que todas las personas tienen derechos a las libertades básicas; por su parte, el principio de igualdad refiere que las desigualdades económicas y sociales deben estar estructuradas de tal manera que le permita un mayor beneficio a los menos aventajados, este principio también indica que, se debe establecer medidas que permitan alcanzar la igualdad de oportunidades (Hurtado, 2015).

De esta manera, encontramos que la teoría del deber-obligación de las partes de aportar pruebas, se ajusta a los postulados teóricos de John Rawls, en la medida en que con esta teoría se logra la consecución de la justicia, puesto que no implica la imposición de una carga a una parte dentro del proceso, sino que cobra relevancia el principio de necesidad de la prueba, más aún cuando una de las partes se encuentra en una posición en la que no puede aportar las pruebas.

4.7 La bioética y la biopolítica en los procesos de responsabilidad médica

La bioética se define como el estudio de los aspectos éticos relacionados en las ciencias de la vida y la salud, por lo cual, se centra en la relación entre la ética y la biomedicina. A su vez, el desarrollo científico, tecnológico y sus repercusiones con la vida han permitido el surgimiento de la bioética a fin de establecer unos límites éticos al ejercicio de profesiones como la medicina. De esta manera, la bioética surge cuando la vida pasa a ser objeto de la ciencia (Velásquez, 2015).

Por otro lado, la biopolítica surge cuando la soberanía del Estado toma como objeto a la vida, asimismo, cuando se desarrollan procesos de gestión imprescindibles para la producción capitalista. Foucault considera que es necesario relacionar la administración de la vida y las relaciones de poder. Por lo cual, tanto la bioética y la biopolítica se ocupan de las relaciones de poder que ejercen su actividad sobre la vida, los cuales difieren de la libertad y autonomía de las personas (Velásquez, 2015).

Conforme a lo anterior, la justicia debe intervenir a fin de brindar protección y garantía de los derechos a la vida y salud de las personas, pues el ejercicio de la medicina no debe ser ilimitado, en tanto, su ejercicio arbitrario y desproporcional puede conllevar a que las personas puedan morir,

o sean disminuidos en su integridad física y moral. Por lo cual, la teoría del deber – obligación de las partes de aportar pruebas, se ajusta a los cánones provistos por las teorías de la bioética y la biopolítica, pues su objeto dentro de los procesos de responsabilidad médica es atender a la posición que cada parte ostenta respecto de la prueba, y de tal manera, allegarla al proceso con el objetivo de probar los hechos alegados dentro del mismo.

5. CONCLUSIONES

- Se evidencia que dentro de la nueva teoría de “deber-obligación de las partes de aportar pruebas”, los poderes del juez dentro del proceso serán muy relevantes, puesto que es este quien dispondrá que pruebas deben aportar las partes por cuanto son necesarias para el proceso.

- La teoría de deber- obligación de las partes de aportar pruebas, se aleja de manera sustancial de la teoría de la carga dinámica de la prueba, por cuanto son marcadas sus diferencias, y por tanto, esta nueva teoría reemplaza la teoría de la carga dinámica de la prueba, pero a diferencia de la segunda, no encuentra un sustento normativo.

- Es claro que todas las posiciones en materia probatoria que ha tomado la Corte Suprema de Justicia, y el Consejo de Estado, han variado según el transcurrir de los años, en su momento, la carga dinámica de la prueba generó un cambio trascendental en los procesos de responsabilidad médica. En este sentido, la teoría de deber-obligación de las partes de aportar pruebas, establece un cambio abrupto de los postulados que rigen los procesos de esta naturaleza, pero que en definitiva señala la evolución de teorías en materia probatoria, que contribuyen a establecer herramientas para la consecución de estos procesos.

- Indicar que la teoría del deber-obligación de las partes de aportar las pruebas se acerca a la responsabilidad objetiva, resulta imposible, por cuanto esta teoría no invierte la carga de probar al demandado, sino que señala la necesidad de la prueba dentro del proceso, por lo cual, es el juez quien señalará que parte deberá allegarla según sus posibilidades.

REFERENCIAS

Caballero, Diana y Layton Diego. (2015). La carga de la prueba en responsabilidad civil médica en Colombia. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14246/MartinezCaballeroDianaLaytonPrietoDiegoAlberto2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Diaz, Juan. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>

Hurtado, Luisa. (2015). El concepto de justicia en Rawls: un análisis desde el contexto de la globalización de la sociedad posmoderna y la interpretación constitucional en Colombia. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6731108>

Jaramillo, Carlos. (2008). *Responsabilidad civil médica-la relación médico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Pontificia Universidad Javeriana. (2003). Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica. Recuperado de: <https://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS54.pdf>

Restrepo, Juliana. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica decaimiento de su aplicabilidad. Recuperado de : http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf

Rojas, Kevin. (2016). La carga Probatoria de la culpa y de la falla del servicio en la responsabilidad médica. Recuperado de : <http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/2679/LA%20CARGA%20PROBATORIA%20DE%20LA%20CULPA%20Y%20DE%20LA%20FALLA%20DEL%20SERVICIO%20EN%20LA%20RESPONSABILIDAD%20M%C3%89DICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . pdf.

Velásquez, Laity. (2015). Tendencias del encuentro bioético-biopolítico: visibilización en revistas indexadas de Iberoamérica. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/1892/189242405011/html/index.html>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Sentencia del 05 de marzo de 1940*. Magistrado Ponente Liborio Escallón.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Sentencia del 12 de septiembre de 1985*. Magistrado Ponente Ricardo Medina Moyano

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. *Auto del 17 de septiembre de 1985*. Magistrado Ponente Horacio Montoya Gil

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agarraría. (2017, 18 de diciembre). *Sentencia Radicación número: 08001-31-03-009-2007-00052-01*. Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Sentencia 8 nov. 1972, G.J. CXLIII n.º 2358-2363*.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T 264 de 2009*. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia de C 203 de 2011*. Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia de C 086 de 2016*. Magistrado Ponente Jorge Iban Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia de C 738 de 2006*. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia de T 264 de 2009*. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C 070 de 1993*. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-662 de 2004*. Magistrado Ponente (E) Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-733 de 2013*. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-392 de 2002*. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.