

La carga de la prueba

en procedimientos de cirugía plástica en Colombia*

The burden of proof

in plastic surgery procedures in Colombia

Resumen

Existen dos procedimientos de cirugía plástica: la estética que pretende la armonía física de la persona, y la reconstructiva o reparadora, que busca restaurar una lesión en el cuerpo. En este tipo de intervenciones quirúrgicas se pueden generar complicaciones causadas por los profesionales no idóneos, o por procedimientos efectuados en lugares que no cumplen con los requisitos de habilitación en salud. Así mismo, pueden ser ocasionados por la utilización de materiales no autorizados o no idóneos para la normal ejecución del contrato médico. Cuando el prestador del servicio médico es un particular, el conflicto se dirime en la jurisdicción ordinaria civil, donde el juez tiene la posibilidad de aplicar la doctrina de la carga dinámica de la prueba o en su defecto, la inversión de la carga de la misma.

El presente artículo es producto de una investigación cualitativa de naturaleza exploratoria de reflexión de tipo bibliográfico con el objetivo de analizar, interpretar y criticar la situación actual en Colombia, relacionada con la aplicación de la carga dinámica de la prueba, en procesos por responsabilidad civil que son derivados de cirugías plásticas estéticas o con fines reconstructivos. Al finalizar la investigación se concluye que la doctrina de la carga dinámica de la prueba lesiona los derechos de las víctimas de un daño, porque el paciente desconoce los términos, procedimientos y protocolos médicos utilizados en la prestación del servicio.

Palabras clave: Carga de la prueba, Responsabilidad médica, Carga dinámica, Carga estática, Cirugía plástica, Reparación integral.

Abstract

There are two plastic surgery procedures: The aesthetics that claims the physical harmony of the person and the reconstructive one or restorative, which seeks to restore an injury in the body. In this type of surgical interventions can be generated complications caused by unsuitable professionals, or for procedures carried out in places that do not comply with the requirements of qualification in health. Likewise may be caused by the utilization of not authorized or suitable materials for the normal enforcement of the agreement doctor. When the lender of the medical service is an individual, the conflict is dissolved in the ordinary civil jurisdiction, where the judge has the possibility of applying the doctrine of the dynamic load of the proof or, failing that, the investment of the load of the same one. The present article is a product of a qualitative research of exploratory nature of reflection of bibliographical type, with the aim to analyze, to interpret and criticize the current situation in Colombia related to the application of the dynamic the burden of proof in processes by civil responsibility derived from plastic aesthetic surgeries or with reconstructive purposes. By the end, the investigation one concludes that the doctrine of the dynamic load of the proof, it injures the rights of the victims, because the patient does not know the terms, procedures and medical protocols used in the service.

Keywords: The burden of proof, Medical responsibility, Dynamic load, Static load, Plastic surgery, Integral repair.

José López Oliva

Universidad Militar Nueva Granada, Colombia

Abogado, profesor e investigador, conferencista a nivel nacional e internacional, docente universitario de pregrado y postgrado. Docente e investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. Director de la Línea de Investigación en Derecho de la Responsabilidad y de Seguros UMNG. Ex Director de Área. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, Magíster de la Universidad Carlos III de Madrid (España), Especializado en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Derecho Penal y Probatorio de la U. del Rosario de Bogotá. Doctorando en Bioética Médica y Salud Pública en la UMNG con estancia de investigación doctoral en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Docente certificado a nivel internacional por la Life Office Management Association, Inc. Loma, con sede en Atlanta, Georgia (USA). Tradadista y ensayista de textos de contenido sociojurídico. jose.lopez@unimilitar.edu.co

Recibido:

11 de abril de 2015

Aceptado:

14 de septiembre de 2015

* El presente texto es un producto del proyecto de investigación denominado "La carga de la prueba en daños generados en cirugía plástica con fines estéticos en Colombia" vigencia 2015. Código del proyecto: INV-DER-1894, desarrollado para la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones, Bogotá, Colombia. Se trata de una investigación exploratoria, donde se compila y analiza la información obtenida a través de un enfoque cualitativo, con el propósito de presentar los hallazgos respectivos.

INTRODUCCIÓN

Dentro de las prestaciones médico-sanitarias en las que interviene el usuario del servicio médico y el profesional o ente sanitario prestador del servicio de salud, se pueden generar controversias derivadas de los daños producidos al paciente, quien es usuario del servicio de cirugía plástica estética o con fines reparadores, por la presencia de *eventos adversos*; eventos que lesionan los derechos fundamentales del usuario del servicio médico a la salud, justicia, verdad y a la reparación integral de los perjuicios patrimoniales e inmateriales ocasionados por el daño, en procedimientos destinados a la vanidad, la armonía o la salud de la usuaria de estos servicios. Las nombradas controversias son dirimidas, entre otras, a través de la conciliación o transacción, o en su defecto solucionadas por un juez de la República, en la jurisdicción ordinaria civil o contencioso administrativa.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia es la encargada en última instancia de resolver los conflictos generados en la prestación del servicio de salud. En la citada Sala, le corresponde a los magistrados determinar si los involucrados en el proceso aplicaron el principio de *autorresponsabilidad*, a través del cual tanto la víctima como el victimario tienen la obligación de probar el hecho generador del *evento adverso*, y las normas de carácter civil que establecen la acción, la sanción o la ausencia de responsabilidad perseguida. Por esta razón, se indica que el instituto de la carga de la prueba aplicada en el derecho médico y sanitario en procedi-

mientos de cirugía plástica estética o con fines reparadores tiene dos fisionomías: la del derecho sustantivo civil y la del derecho procesal, probatorio o material.

Por lo anteriormente expuesto se pretende demostrar en principio, que en la responsabilidad con culpa generada dentro de la prestación del servicio médico-sanitario es aplicado el título de imputación subjetivo fundamentado en la valoración del comportamiento del prestador médico; a su vez, se busca comprobar que el juez competente al aplicar el principio de *autorresponsabilidad* en la etapa probatoria, lesiona los derechos de las víctimas del daño médico. Lo anterior, porque el paciente carece de los conocimientos y experticia técnica acerca de los procedimientos sanitarios, formulación de medicamentos, procesos paliativos, entre otros, que son valorados en el proceso judicial para determinar el incumplimiento del contrato médico; esta situación, impide al usuario del servicio médico probar el daño ocasionado en la prestación del servicio de salud y demostrar su causa.

Por esta razón, se propone que en la responsabilidad médica y sanitaria en que incurra el prestador en salud del sector privado por procedimientos de cirugía plástica estética y reconstructiva, sea aplicada en todos los casos la presunción de culpa, es decir, que al demandado le corresponda probar su diligencia, prudencia, observancia de los protocolos en salud y a su vez la pericia en la actividad médica ejecutada. Es relevante además, que el legitimado por pasiva demuestre que el daño fue generado por una causa extraña que invo-

lucra la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho del paciente o de un tercero. Se evidencia que en el Código general del proceso es establecida la doctrina de la carga dinámica de la prueba, a través de la cual le corresponde al juez o a la contraparte imponer la citada carga al paciente víctima del daño, o al prestador en salud causante del evento adverso, situación que lesiona los derechos a la verdad, la justicia y a la reparación integral de los perjuicios causados a la usuaria del servicio de salud.

Con el propósito de demostrar lo afirmado anteriormente, este texto se estructura de la siguiente manera: en principio se hace alusión a la responsabilidad médica y la culpa, para enseguida hacer el análisis pertinente de la conducta del médico en el régimen subjetivo y la carga de la prueba en obligaciones de resultado. A su vez, se realiza una crítica fundamentada del principio de autorresponsabilidad, y es resaltada la teoría de la redistribución de la carga de la prueba. Para concluir, se analiza el tema de la carga subjetiva y objetiva de la prueba, y la responsabilidad por culpa probada y presunta. El texto concluye con las reflexiones finales o hallazgos encontrados en la investigación.

I. LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA FUNDAMENTADA EN LA CULPA

En los procesos judiciales donde se dirimen los conflictos derivados de la prestación del servicio médico y del ente privado de salud, se aplica el régimen subjetivo de responsabili-

dad, que está apoyado en el análisis del comportamiento o conducta del deudor de la obligación positiva de hacer, en este caso a cargo del profesional del servicio médico quien realiza procedimientos estéticos o reparadores, o de la entidad promotora o prestadora de la asistencia en salud. El régimen subjetivo de responsabilidad obliga al operador judicial a identificar y valorar el comportamiento del demandado, es decir, el juez debe establecer si el prestador del servicio en salud actuó con negligencia, impericia, inobservancia de los protocolos médicos, o en su defecto que la conducta fue realizada con imprudencia o ligereza en la *praxis* médica. El juez, independientemente del tipo de obligación contraída por el prestador del servicio debe imponerle a él, la carga de probar la ausencia de culpa.

En la práctica, es el demandante quien debe: a) informar y probar acerca de los hechos que fundamentan la acción judicial, b) probar el daño que genera los perjuicios, y a su vez, c) demostrar que la causa del daño es atribuida al prestador del servicio de salud. Lo anterior en las obligaciones de medio, en las que le corresponde al paciente que es víctima de un daño, probar la culpa del deudor, es decir, del profesional de la medicina o del ente sanitario prestador del servicio en salud que realiza procedimientos de cirugía plástica. Lo precedente, atendiendo al principio de *autorresponsabilidad* relacionado con la conducta a adoptarse en el proceso por parte del demandante y del demandado, al disponer que, de un lado, si no aparece en el expediente la prueba de los hechos que benefician a una

parte y de otro lado, la contraprueba que pueda perjudicarla, se tomará por parte del juez una decisión desfavorable* (Silva, 2015).

II. RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA FUNDAMENTADA EN LA CONDUCTA Y NO EN LA ACTIVIDAD RIESGOSA

En la responsabilidad civil generada en la prestación del servicio médico o sanitario, opera el régimen subjetivo que está fundamentado en el análisis del comportamiento del deudor de la obligación positiva de hacer, en este caso, del prestador del servicio de salud que realiza procedimientos estéticos. Al nombrado prestador en las obligaciones de resultado (laboratorio clínico o cirujano plástico estético por ejemplo), le corresponde la carga de probar la ausencia de culpa, en los siguientes eventos: a) en el evento de alegar hechos a su favor; b) argumentar que de los hechos alegados se colige la ausencia de responsabilidad; c) por contraponerse los hechos que afirma alegados en el juicio, con otros que son presumidos legalmente o en su defecto son notorios, o d) que constituyen la denominada “negación indefinida”. En cuanto al criterio relacionado con la “negación indefinida”, es relevante indicar que

[...] No se exige de prueba para que el hecho que va envuelto en la negación o afirmación indefinida deba ser pro-

bado y radicar la carga de demostrar lo contrario en la otra parte o, incluso, en el juez dentro de su poder oficioso de decretar pruebas. [...] El tema de la negación indefinida es uno de los que mayormente han sido tratados por los expositores de derecho probatorio, enfatizándose en lo que releva de prueba no es la negativa en sí misma sino su carácter indefinido. [...] Ciertamente es que no puede abusarse de la norma procesal y permitir que cualquier negativa vaya a exonerar de la obligación de probar; siempre debe buscarse el criterio de la indefinición pero dentro de ciertos límites. Por ello nos identificamos con lo que al respecto dice Hernando Devis Echandía, para quien “el carácter indefinido de la negación o la afirmación no requiere que las circunstancias de tiempo y espacio, o una de estas, sean absolutamente ilimitadas; por el contrario, para estos efectos es igual que implique no haber ocurrido nunca o haber ocurrido siempre o que se refiera a todos los instantes de un espacio de tiempo más o menos largo (como la vida de una persona) o relativamente corto (como un año) si envuelve una situación o actividad u omisión permanente, que en la práctica no es general susceptible de prueba por ningún medio, por lo cual se exime de ella a quien la alega”. [...] Ejemplos de negación indefinida. [...] Si se demanda el divorcio sobre el supuesto de que existió abandono de los deberes de esposo en los últimos dos años,

* Por esta razón, se afirma que “[...] El instituto de la carga de la prueba, tiene dos caras, una de derecho procesal y otra de derecho material, por lo cual es justo que de él se ocupen tanto el Código Procesal Civil como el Código Civil” (Carnelutti, 1959, p.347).

a quien demanda le basta advertir la circunstancia, nada tiene que probar, pues es un claro evento de negación indefinida atendida la enorme dificultad probatoria que entraña acreditar por los medios de prueba ordinarios esta circunstancia. Es al demandado a quien se le traslada la carga de desvirtuar ese abandono que, en principio se tiene como establecido. [...] Cuando se presenta la reclamación por el siniestro ocurrido a la Compañía de seguros, esta debe objetar o pagar dentro del mes siguiente a la fecha de la presentación de la reclamación formal. Si pasado el mes no ha objetado o pagado el siniestro, el asegurado puede iniciar el proceso ejecutivo, y manifestar que pasado el mes no recibió ni el pago ni la objeción, Ley 45 de 1990 (Paz, 2007, p.304).

De lo indicado con anterioridad, se incorpora el principio de la carga de la prueba, que involucra una regla de conducta a seguir por el juzgador, “[...] en virtud de la cual, cuando falta la prueba de hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte” (Devis, 1994, p.27). Es decir, el operador de justicia está llamado a identificar la existencia del estado anímico reprochable de un sujeto de derecho, en este caso del prestador del servicio en salud, por su obrar antijurídico que genera perjuicios a otro sujeto, el paciente, situación que provoca la reacción del ordenamiento jurídico con el propósito de defender el derecho vulnerado

por el victimario (Santos, 2006, p.22), máxime cuando este no prueba la diligencia debida en la actividad médica relacionada con procedimientos de cirugía plástica.

2.1. La proscripción de la aplicación del régimen objetivo en la responsabilidad médico-sanitaria

El principio general de la responsabilidad médica derivada de procedimientos estéticos y reconstructivos en Colombia está regido por el régimen fundamentado en la culpa del deudor, y no en el sistema objetivo donde el operador judicial analiza la actividad del sujeto productor del daño. Cabe anotar, que en los Estados Unidos de Colombia se adoptó en 1873 el denominado “Código de Andrés Bello”, donde no se introdujeron modificaciones sustanciales al nombrado régimen, incorporado en las legislaciones colombiana y chilena, que coinciden con textos legales idénticos en lo relacionado con las normas que consagran la indemnización de perjuicios causados a la víctima (Mantilla, 2005, pp.81-92). Por su parte, el denominado “principio general de responsabilidad por culpa” no se consagró en el derecho romano, ni por el rey Alfonso X, El Sabio, en las muy denominadas “Siete Partidas”*. El citado principio es una

* Con las “Siete Partidas” se empezó a fortalecer la doctrina del “derecho de gentes” donde lo verdaderamente preponderante era el hombre, su conducta o comportamiento, por encima del iusnaturalismo o “derecho natural”. Así las cosas, “[...] Fundamentalmente, el Derecho Romano siguió vigente durante la Edad Media (y aun después). La opinión de ese Derecho era que, aunque se nos designara a todos con el único nombre natural de hombre, por derecho de gentes comenzó a haber tres clases: los libres, lo contrario de estos, los esclavos, y una tercera clase, los libertos. En la misma línea, las Siete Partidas, que rigieron todavía buena parte del postmedievo español, consideran

abstracción moderna inspirada, entre otras, en las teorías de Domat (siglo XVIII) que se estructuraron a partir de los escritos de Hugo Grocio (siglo XVII) y también de los trabajos realizados por la escuela de Salamanca, que referenciaron a la *Lex Aquilia* del derecho romano (Muñoz, 2007).

De una parte, los juristas franceses de los siglos XVII y XVIII acogieron las nombradas teorías, que fueron consagradas de forma legal en el Código de Napoleón de 1804, concretamente entre los artículos 1382 y 1383 civil francés e incluidas en el Código de Andrés Bello en los artículos 2341 del Código Civil y 2314 del Código Civil chileno respectivamente (Muñoz, 2007). El régimen subjetivo de responsabilidad fundamentado en la culpa del prestador del servicio y el sistema objetivo apoyado en la actividad riesgosa ejecutada por el causante del daño, contemplan la reparación de la totalidad de los daños que

generan perjuicios al paciente; lo anterior, sin establecer listas limitativas de intereses protegidos por el Estado, tal como lo dispone el principio de la *relatividad aquiliana* o extracontractual, que son propios del sistema de origen alemán.

De otra parte, de acuerdo a la doctrina del régimen subjetivo de responsabilidad con culpa presunta, se obliga al victimario a reparar al paciente, sin que a él se le exija probar la culpa del deudor de la obligación. Adicionalmente, “[...] es importante precisar que esta norma tiene una *función residual*, es decir que, si la situación fáctica cumple con las condiciones de su supuesto de hecho, se aplicará a aquellas hipótesis que no se encuentren dentro del campo de aplicación de normas indemnizatorias especiales” (Muñoz, 2007), como en el caso del régimen objetivo de responsabilidad donde esta es presumida. Se reitera que la concepción subjetiva de responsabilidad, podría ser insuficiente en una sociedad en que las relaciones de naturaleza comercial e industrial, estaban medianamente desarrolladas en un contexto compuesto por agricultores y guerreros; es decir, el régimen subjetivo no está a la medida de la sociedad moderna, que se torna más compleja y emprendedora, en la que las relaciones jurídicas se vuelven intensas y los riesgos inherentes a ciertas actividades se multiplican (Josserand, 1950, p.295).

A su vez, las relaciones jurídicas se pueden generar a través de la celebración de contratos, y ante su incumplimiento se produce la denominada “responsabilidad contractual”,

las mismas tres condiciones de hombre que en Roma: El estado de los hombres de la condición de ellos, se deparaba en tres maneras. Casos son libres, o siervos, o aforrados a que llaman en latín libertos. [...] Al final del Imperio, los romanos, marcando distancia con la teoría iusnaturalista de la esclavitud emitida por Aristóteles, consideraron que esta no estaba basada en derecho natural, sino en derecho de gentes: la libertad está incluida en el derecho natural y la esclavitud fue introducida por el derecho de gentes; la esclavitud es una institución de derecho de gentes, por la que alguien, en contra de la naturaleza, está sometido al dominio ajeno. También los medievales opinaron que la esclavitud era solo producto de derecho de gentes, esto es, de convención humana: Servidumbre es postura o establecimiento que hicieron antiguamente las gentes, por la cual los hombres, que eran naturalmente libres, se hacen siervos y se sometían a señorío de otro, contra razón de naturaleza. Es decir, que siguiendo la tradición del final de la época clásica, en la Edad Media la esclavitud era considerada en términos de lo que hoy podríamos llamar derecho internacional, y no como de derecho natural; ya que si este era el que se consideraba infundido por la naturaleza como común a todos los animales, el de gentes era solo común a los hombres” (Villanueva, 1804; Cfr. Muñoz & Romero, 1847; Cfr. Escalona, 1782; Cfr. Guillén, 2000; Cfr. Rascón & García, 1996).

que en los Códigos de Andrés Bello y Civil francés, no se encontraba consagrada. Sin embargo, en la legislación civil colombiana se regula el sistema de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones de naturaleza contractual, que generan perjuicios extrapatrimoniales y patrimoniales entre los que se incorporan el daño emergente y lucro cesante*. En suma, en el régimen subjetivo de responsabilidad, la base del análisis del juzgador al momento del proferir el fallo es el comportamiento o la conducta del prestador del servicio médico, a diferencia del régimen objetivo de responsabilidad donde el análisis se centra en la actividad riesgosa que genera un peligro para la comunidad.

Se evidencia entonces que está proscrita la aplicación en un proceso judicial del régimen de responsabilidad, fundamentado en la actividad riesgosa** del acto médico de procedi-

mientos de cirugía plástica o reconstructiva, porque el título de imputación que es propio de la culpa es el subjetivo, fundado en el análisis de la conducta del demandado, es decir, del prestador en salud. Es relevante reiterar que en el régimen de responsabilidad objetiva existe presunción de responsabilidad, situación que obliga al victimario a probar que el daño se causó por una causa extraña, integrada por la fuerza mayor y el hecho de un tercero o de la víctima. Se reitera que este régimen especial de responsabilidad no es aplicado en los procesos que dirimen los conflictos derivados de los daños generados en la actividad médica y sanitaria*.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO DERIVADAS DE CIRUGÍAS PLÁSTICAS

En la obligación de resultado contraída por el

* La legislación colombiana consagra las siguientes normas relacionadas con la indemnización de perjuicios: "Artículo 1613. Indemnización de perjuicios. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente. [...] Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento" (Código Civil colombiano, 2015).

** En este sentido, "[...] el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblitio y de los efectos dañinos que de él se desprenden. Por lo tanto, la entidad demandada solo podrá exonerarse si se acredita una causa extraña, es decir la fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero" (Consejo de Estado de Colombia, 2007). El término "oblitio" hace referencia a un "cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica" (Real Academia Española, 2015).

* Existen posiciones en este sentido que indican que en esta situación "[...] no realiza ningún aporte significativo a la discusión. Empero, esta explicación no aporta absolutamente nada a la discusión y se limita a oscurecerla mediante la utilización de expresiones desprovistas de sentido. Explico mi afirmación: una norma de responsabilidad tiene dos elementos: (i) un supuesto de hecho con varias condiciones, un comportamiento –que en los regímenes subjetivos se califica como culposo– un daño y un vínculo causal; y (ii) una sanción: indemnizar. Así, pues, si el comportamiento de Fulano encuadra en el supuesto de hecho de la norma –cumple con sus condiciones de aplicación, estará obligado a reparar el daño, será 'responsable' del perjuicio. Ahora bien, las normas de presunción se refieren a los supuestos de hecho de otras normas, estableciendo facilidades probatorias. En este orden de ideas, respecto de las normas de responsabilidad, se podrían presumir la culpa del comportamiento, el daño o el vínculo causal; es decir, una presunción se refiere a las condiciones del supuesto de hecho y no a la sanción. Si un comportamiento –el 'ser'– corresponde al supuesto de hecho de una norma –el 'deber ser'–, se dice que la sanción 'le es aplicable', y no que esta 'se le presume'. 'Presunción de responsabilidad' es una frase desprovista de sentido, ya que el verbo 'presumir' no puede predicarse del vocablo 'responsabilidad', de la misma forma en que el adjetivo 'azul', en principio, no puede predicarse de un sustantivo como 'canción'" (Viney, 2001, pp.921-947).

prestador del servicio médico, se invierte la carga de la prueba en su contra. Por ende, en un proceso donde sea discutida la responsabilidad del prestador del servicio médico, o la culpa exclusiva y determinante del paciente o de un tercero por ejemplo, no se aplica el principio de *autorresponsabilidad*, porque se invierte la carga de la prueba; es decir, le corresponde al demandado probar la ausencia de culpa en la prestación del servicio, demostrando que su actuar fue diligente,* prudente y adecuado a los protocolos médicos pertinentes. Así las cosas, el sistema de la carga de la prueba busca solucionar efectivamente varios inconvenientes de índole procesal, sobre todo aquellos relacionados con la dificultad del demandante, en este caso el paciente o sus causahabientes, de probar los hechos, el daño y la causa del mismo (Acero, 2014). Al incorporar las obligaciones de resultado, como en el caso chileno, se garantizan los derechos de la víctima del daño galénico. Este es el caso:

Habiéndose practicado una intervención médica de naturaleza estética con la finalidad de borrar una cicatriz del abdomen y abultar los glúteos, la paciente quedó disconforme con el resul-

tado, por lo que demandó indemnización de perjuicios por el daño emergente y el moral causado. En su opinión, el implante fue “defectuoso y antiestético” y, en definitiva, otro cirujano retiró los implantes quedando “dos bolsas de piel muy sueltas”. En cuanto a la cicatriz que pretendió borrar, decidió “taparla” con un tatuaje. Fundó su demanda en incumplimiento de contrato de prestación de servicios médicos. [...] Por su parte, el demandado aseveró que cumplió con la información a la paciente de los riesgos asociados a este tipo de intervenciones y, en particular, sobre las características de los implantes, y que fue ella misma la que quiso unos de mayor volumen. En su defensa, invocó la naturaleza de medios de su obligación, lo que contrasta con la obtención de un resultado como lo pretende la paciente. [...] La sentencia de primer grado acogió, en forma parcial, la demanda, otorgando indemnización por concepto de daño emergente. Sin embargo, aquella de segunda instancia desechó de manera íntegra la demanda. [...] En este escenario, la requirente interpuso recurso de casación en el fondo. El fundamento del error lo situó en infracción a las leyes reguladoras de la prueba. [...] Resulta interesante la sentencia de la Corte Suprema, la cual al fallar la casación, se involucra en la naturaleza de la obligación del médico, tratándose de cirugías estéticas o intervenciones sin fines terapéuticos. [...]

* “El grado de diligencia requerido a una persona en un determinado momento es el resultado de tres factores; la probabilidad de que su conducta dañará a otros (*sic*), obtenida de la seriedad del daño si se produce, y balanceada con el interés que ella debe sacrificar para evitar el riesgo. Todos estos, prácticamente, no son susceptibles de estimación cuantitativa, y los dos segundos no lo son en general, ni siquiera en teoría. Por esta razón, una solución implica siempre alguna preferencia, o elección entre inconmensurables, y ello es encargado al jurado porque su decisión es la que probablemente se adecúa más a los estándares ordinariamente aceptados, reales o imaginarios” (Conway, 1940; Cfr. Harry, 1976, p.171; Cfr. Woolcott, 2010, p.134).

Tal como lo indica la recurrente, no se niega que la operación y el posoperatorio se desarrollaron normalmente, o dentro del ámbito propio de toda operación. Afirma:

“no alega por los resultados de una operación mal realizada, ni una infección intra-hospitalaria, sino que el problema planteado gira en torno a que el resultado de la operación provocó un daño estético a la paciente o no significó un mejoramiento estético en ella y, es ahí donde se verifica el incumplimiento, pues el médico estaba obligado a un resultado” (Pizarro, 2011).

Cuando al usuario del servicio médico y sanitario le son vulnerados sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral por los perjuicios generados por ejemplo en procedimientos de cirugía plástica con fines estéticos, de vanidad o fantasía, se debe aplicar el título de imputación subjetivo con presunción de culpa del deudor de la obligación por tratarse de una obligación de resultado. Lo precedente, de acuerdo a lo planteado en el caso relatado con anterioridad. Sin embargo, la propuesta realizada en este ensayo es que en las obligaciones de medio generadas en procedimientos con fines reparadores, también sea invertida la carga de la prueba con el objetivo de garantizar los derechos de las víctimas del daño médico, es decir, la carga de la prueba debe ser presumida en favor de los derechos del acreedor o *accipiens* de la obligación.

IV. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL USUARIO DEL SERVICIO MÉDICO

El principio de *autorresponsabilidad* lesiona los derechos del paciente cuando es víctima del daño en procedimientos de cirugía plástica estética o con fines reparadores. Este principio del derecho probatorio, se traduce en la obligación que tiene el juez de considerar la existencia o inexistencia de un hecho generador de daños, en este caso producidos al usuario del servicio médico, de acuerdo a las afirmaciones o negaciones de quien las realice, que deben probarse por el demandante, es decir el paciente, o el prestador en salud en calidad de demandado. Se trata entonces, de probar o demostrar la existencia de un hecho afirmado por las partes dentro del proceso judicial. En este sentido, es relevante hacer la diferencia entre a) el deber de probar y b) la necesidad o carga de probar* (Carnelutti, 1955, p.219). La anterior diferencia es relevante, porque la formación del material de conocimiento que debe tener el juez del proceso, constituye una carga para el paciente o el médico demandado que condiciona la actuación del operador judicial; a su vez, él no puede en su fallo referirse a hechos no alegados por las partes, y por esta razón la carga de la prueba es un imperativo que recae sobre

* Las partes en el proceso judicial por responsabilidad médica deben solicitar las pruebas pertinentes y conducentes, en expresa aplicación del principio de autorresponsabilidad, mostrando de esta manera su interés de practicarlas (López, 2001, p.26).

cada uno de los litigantes que intervienen en el proceso. En suma, las partes deben suministrar la prueba de un hecho que es objeto de controversia (Alsina, 1956, p.253).

Así las cosas, la carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, y así indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte (Devis, 1994, pp.150-151). Se afirma, desconociendo los derechos del usuario del servicio en salud, que el médico demandado o el paciente demandante tienen la necesidad y no el deber de probar, porque de lo contrario el fallo será adverso a sus intereses. Por ende, la falta de prueba genera una situación similar a la producida por el incumplimiento de una obligación (Chioyenda, 1940, p.85) positiva de dar o hacer o negativa de no hacer, es decir, no dañar al paciente o causarle la muerte en edad temprana que es producida, por ejemplo, por una infección neonatal; infección, que es una de las primeras 20 causas de muerte de las personas, según lo indicado a continuación.

De acuerdo a lo señalado con antelación, al imponerse la carga de probar al paciente la culpa de un hospital o clínica privada que vulnera obligaciones como la de seguridad, por ejemplo, son lesionados los derechos del paciente a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Tasa Cruda	Tasa Ajustada	1998	2011	Tasa Cruda	Tasa Ajustada	Tasa Posición
			1. Enfermedad cardíaca isquémica	61,5	56,6	▲▼
			2. Agresiones	36,2	35,0	▼
			3. Enfermedad Cerebrovascular	29,0	25,9	▲▼
			4. EPOC	23,5	29,0	▲▼
			5. Otras enfermedades cardiovasculares	17,6	15,8	▲
			6. Otras enfermedades digestivas	15,1	13,6	▲▼
			7. Diabetes Mellitus	14,6	13,0	▲▼
			8. Enfermedad cardíaca hipertensiva	14,4	12,8	▲▼
			9. Infecciones respiratorias bajas	13,3	12,2	▲
			10. Accidentes de tránsito	12,5	12,0	▲▼
			11. Otras neoplasias malignas	13,1	11,9	▲▼
			12. No-carga de enfermedad (otros)	11,8	10,8	▲▼
			13. Cáncer de estómago	9,8	8,8	▲▼
			14. Cáncer de tráquea, bronquios y pulmón	8,6	7,7	▲▼
			15. Nefritis y nefrosis	7,4	6,7	▲▼
			16. Otras enfermedades respiratorias	7,1	6,4	▲▼
			17. Cáncer de colon y recto	5,9	5,2	▲▼
			18. VIH/SIDA	5,1	4,9	▲▼
			19. Infecciones neonatales y otras condiciones	4,5	4,8	▲▼
			20. Otras neoplasias	5,3	4,8	▲▼

Figura 1. Primeras 25 causas de muerte en Colombia
Fuente: (Instituto Nacional de Salud de Colombia, 2011)*

4.1. ¿Por qué razón se afirma que la aplicación del principio de *autorresponsabilidad* en un proceso judicial lesiona los derechos del paciente?

La razón es simple: porque el usuario del servicio médico es un profano, es decir, desconoce los términos médicos, procedimientos, componentes moleculares de un medicamento, y en general le es extraño todo lo relacionado con la actividad médica compleja que

* Con el objetivo de evitar la presencia de los denominados eventos adversos, se crea la política de seguridad del paciente. "La seguridad del paciente es el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención en salud o de mitigar sus consecuencias. La Política de Seguridad del Paciente expedida en junio de 2008 es transversal a los cuatro componentes del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad. La orientación hacia la prestación de servicios de salud más segura, requiere que la información sobre seguridad del paciente esté integrada para su difusión, despliegue y generación de conocimiento con el fin de estimular a los diferentes actores al desarrollo de las acciones definidas en las líneas de acción y el logro del objetivo propuesto" (Ministerio de Protección Social, 2008).

involucra la integridad física y psíquica del ser humano cuando es sometido por ejemplo, a procedimientos de cirugía plástica. Por este motivo, es prácticamente imposible que el paciente pruebe la culpa del prestador del servicio de salud, por ende, con la aplicación del principio de *autorresponsabilidad*, el fallo que se proferiría por parte del juez a cargo del proceso sería contrario a los intereses del demandante: el paciente o sus causahabientes; usuarios del servicio médico quienes en su condición de legitimados por activa y víctimas del *evento adverso*, tendrían la carga de probar todos los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya consecuencia procesal persiguen (Acero, 2014). El señalado *evento adverso* está relacionado con

[...] lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son más atribuibles a esta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no-calidad. Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales que potencialmente pueden incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas (Ministerio de Protección Social de Colombia, 2006).

Así las cosas, las partes involucradas en un

proceso por responsabilidad médica o sanitaria, demandante y demandado, soportan la carga de probar la existencia de los presupuestos de las normas que se pretende sean aplicadas por el juzgador, porque de lo contrario las pretensiones en el proceso no tendrán éxito*. Las partes en el proceso tienen el derecho de acción en vía de acción, en el caso del demandante y el derecho de acción en vía de contradicción, es decir, el derecho de defensa al que accede el prestador del servicio de quien se demanda el pago de una indemnización. Por consiguiente, la víctima y el victimario propenden para que las normas le sean favorables, con preponderancia de los principios constitucionales consagrados en la carta política (Schonke, 1950, p.203), que se procura sean estimados por parte del juzgador, al momento de proferirse el fallo en la jurisdicción ordinaria civil.

V. LA REDISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE

En la responsabilidad derivada de una mala *praxis* médica, es primordial o esencial que exista una redistribución de la carga de probar los hechos que generan el daño, con el objetivo de imponer al médico cirujano plástico una expresa obligación positiva de hacer en este caso, recolectar y aportar los elementos o materiales de prueba, que serán analizados

* En cuanto a la carga de la prueba, algunos tratadistas han señalado lo siguiente: “[...] sería inexacto, a la luz del derecho positivo, considerar la teoría de la carga de la prueba como la “espina dorsal” del proceso civil” (Rosenberg, 1955, p.228).

en cada evento concreto (Acero, 2014). Si la parte que tiene que probar la ausencia de culpa no se preocupa de la carga de la prueba, el juez “[...] está obligado a considerar la regla de juicio ya cuando decide acerca de la relevancia de las pruebas aducidas, no solo a base de un criterio de economía procesal, sino precisamente en aplicación de la regla misma. Esta última, pues, además de la función directa de definir el contenido de la decisión cuando falten las pruebas, tiene la función refleja, de indicar, en el curso del procedimiento, cuál de las dos partes sea la más idónea (a base de un criterio legal) para producir la prueba” (Micheli, 1961, p.142). En suma, de acuerdo a lo planteado en este escrito, el juez al redistribuir la prueba debe imponerla al prestador del servicio en salud que realiza procedimientos de cirugía plástica estética o reparadora.

VI. LA CARGA SUBJETIVA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SANITARIA

En la actualidad y de acuerdo a todo lo afirmado con anterioridad, le corresponde al usuario del servicio médico en su calidad de víctima del daño generado en la prestación en salud, particularmente en obligaciones de medio*, en primer lugar probar la existencia del definido *evento adverso* para, en segundo lugar demostrar el daño generado por el prestador sanitario, y por último establecer su causa. *Evento adverso* que produce un daño

* La propuesta realizada, es que inclusive en obligaciones de medio le corresponda al prestador en salud probar la ausencia de culpa.

al paciente, y genera perjuicios relacionados con la pérdida de las facultades jurídicas del usuario del servicio médico y sanitario, que deben ser probados de acuerdo a lo establecido en el proceso. Proceso judicial que tiene el propósito de amparar el derecho de las partes a la igualdad ante la ley, la libertad y taxatividad de las normas que regulan, en este particular, el derecho médico-sanitario; por último, el propósito del proceso que dirime un caso generalmente “difícil” en la jurisdicción ordinaria civil, tiene el objetivo de establecer la carga de probar (Nisimblat, 2014) los elementos de la responsabilidad contractual o extracontractual generada en la prestación del servicio en salud. En este sentido,

La experiencia demostró que en casos difíciles, al demandante le era engorroso por no decir imposible, que según la regla estática de la prueba debía demostrar; esos casos difíciles se originaron la mayoría, en los procesos en los que se persigue demostrar la responsabilidad por prestación de servicios médicos, así como en los casos de simulación (acción pauliana), eventos en los que al demandante le queda difícil demostrar circunstancias relacionadas con la pretensión (Acero, 2014).

En este orden de ideas, en principio, la carga subjetiva de la prueba está relacionada con el análisis y valoración de la conducta realizada por las partes en el proceso: paciente o causahabientes y prestador del servicio en salud; comportamiento que está encaminado

a proporcionar la prueba de los presupuestos del canon o mandato jurídico aplicable en el asunto respectivo, con la intención de evitar una decisión adversa para los involucrados en el litigio. En seguida, la carga de la prueba en los procesos por responsabilidad sanitaria, tradicionalmente ha sido encaminada al aspecto subjetivo, consistente únicamente en la necesidad de probar lo afirmado por el paciente, para alcanzar un resultado exitoso en el proceso; finalmente, la citada carga está relacionada con el deber y a su vez el derecho de imponer la diligencia a las partes, con el objetivo de evitar el riesgo de no demostrar la culpa o la ausencia de esta (Buzaid, 1975, p.27).

6.1. La carga de la prueba: el deber, el derecho y la necesidad de probar

La carga de la prueba en los procesos judiciales iniciados y en curso por responsabilidad médica y sanitaria, tradicionalmente ha sido gobernada por el aspecto subjetivo de la responsabilidad, que consiste principalmente en la necesidad de probar lo afirmado por las partes, con el propósito de obtener un resultado exitoso en el proceso; la citada carga probatoria está relacionada con el deber, el derecho y ante todo la imposición a las partes de ser diligente para evitar el riesgo de una decisión adversa por una demostración fallida en el proceso. Proceso judicial que se inicia en un porcentaje del ochenta por ciento (80 %), por la falla de atención del servicio de salud. Asimismo, son presentadas deman-

das judiciales en donde no existe evidencia de la culpa del profesional del servicio de salud, pero sí de la institución (López, Manrique & García, 2004); en este evento, al profesional de la medicina le corresponde probar que si bien existió un hecho que genera un daño, este fue causado por un tercero, es decir, la clínica u hospital donde se ejecutó la prestación del servicio de salud dedicado a la práctica de procedimientos de cirugía plástica con fines estéticos y reconstructivos.

VII. LA CARGA OBJETIVA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SANITARIA

La regla general en el derecho probatorio aplicado a la responsabilidad de los profesionales de la salud especializados en cirugías plásticas y entes privados que prestan este servicio, es la denominada responsabilidad por culpa probada, a través de la cual le corresponde al paciente probar la negligencia médica en que ha incurrido el demandado, en este caso el prestador del servicio sanitario. La anterior doctrina es aplicada en el proceso judicial, cuando en la obligación contraída en el acto jurídico bilateral denominado contrato de prestación de servicios médicos y sanitarios, se establece que la obligación es de medios y no de resultado; es decir, cuando el médico dispone a favor del paciente todos sus conocimientos, habilidades, pericias y talentos, para tratar de llegar a un resultado de acuerdo al modelo organizacional acorde a las necesidades del usuario del servicio médico, sin em-

bargo no garantiza que el proceso paliativo sea eficaz.

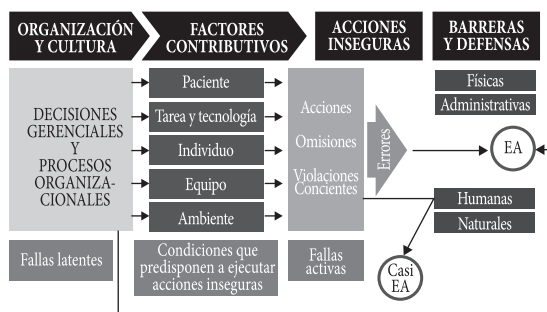


Figura 2. Modelo organizacional de causalidad de incidentes clínicos

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, 2015*

La figura revela las causas del daño en la prestación del servicio de salud, entre otras, por las decisiones gerenciales inadecuadas, y las acciones u omisiones por parte del equipo médico que generan *eventos adversos* que lesionan los derechos de los pacientes en la prestación del servicio, que puede ser ejecutada por un ente público o privado de salud. En conclusión, la división que existe entre la carga objetiva y subjetiva de la prueba, permite separar y diferenciar la carga de la prueba que corresponde a las partes, es decir la subjetiva, “[...] de la distribución normativa del riesgo probatorio (carga objetiva) establecida por el legislador en tanto instrucción a los jueces para decidir en caso de *non liquet***”. Así

* “La teoría que soporta este protocolo y sus aplicaciones se basa en investigaciones realizadas fuera del campo de la salud. En aviación y en las industrias del petróleo y nuclear, la investigación de accidentes es una rutina establecida. Los especialistas en seguridad han desarrollado una gran variedad de métodos de análisis, algunos de los cuales han sido adaptados para uso en contextos clínico-asistenciales. Este protocolo se basa en el modelo organizacional de accidentes de James Reason” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2015).

** El término *non liquet* significa: “Me abstengo porque no lo veo claro. [...] Es una fórmula utilizada por los jueces medievales para expresar que no encontraban la solución al asunto que se les planteaba. Como es sabido, las legislaciones modernas adoptan la regla contraria, por la cual los tribunales nunca pueden dejar de sentenciar, debiendo emplear métodos de interpretación en caso de oscuridad o de laguna mental, tales como la extensión y la analogía” (Diccionario Jurídico, 2015).

se entiende que la gran división de la carga de la prueba se funda en la versión modificada de la teoría normativa y que las diversas propuestas de mejora y refinamiento son el resultado del ajuste al desarrollo del derecho sustantivo” (Prutting, 2010).

Por ende, mientras que en la carga subjetiva de la prueba se destaca la actividad probatoria desarrollada por las partes, con el objetivo de proporcionar la prueba pertinente y conducente para evitar una decisión adversa a los intereses de quien alega, la carga objetiva está centrada en la generación del debate e incertidumbre de los hechos discutidos en el régimen de las obligaciones, escenario que produce dudas acerca de la responsabilidad del deudor de la obligación positiva de hacer o negativa de no hacer.

VIII. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA O FALLA PROBADA Y PRESUNTA

Cuando el causante del daño es el Estado a través de un ente de salud público, se hace alusión a la responsabilidad por falla del servicio probada, donde al paciente le corresponde probar la falla del servicio del Estado cuando realiza procedimientos de cirugía plástica. Por su parte, si el agente productor del daño es un particular la categoría a utilizar es la “culpa”; así las cosas, “falla” y “culpa” son propias del régimen subjetivo de responsabilidad en donde, se reitera, se valora la conducta o comportamiento del cirujano plástico en su calidad de deudor de la obligación positiva de hacer. La misma doctrina es aplicada cuando la responsabilidad jurídica en que incurre el prestador sanitario, es de naturaleza extracontractual (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2013). Se reitera que

para salvaguardar el patrimonio del Estado y en detrimento de los derechos del usuario del servicio en salud, en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana se ha establecido la responsabilidad por falla probada del servicio en salud.

Es el caso del daño producido en los procedimientos realizados a la mujer sometida a intervenciones de cirugía plástica, o de la persona que se encuentra en estado de embarazo, cuando el proceso de gestación se desarrolla en condiciones normales, pero el profesional de la salud actúa con negligencia, impericia, inobservancia e imprudencia. En este sentido, los diagnósticos y procedimientos que mayores demandas generan son aquellos relacionados con la especialidad de cirugía plástica, ginecoobstetricia y los *eventos adversos* que se presentan en la ejecución del trabajo de los cirujanos generales (López, Manrique & García, 2014)*. El siguiente gráfico demuestra lo afirmado:

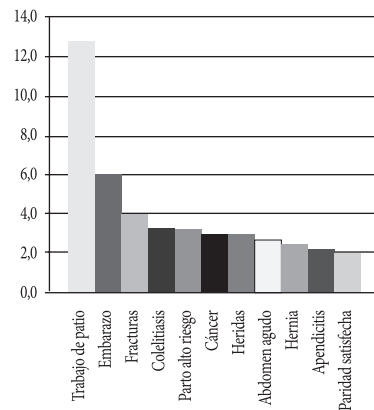


Figura 3. Diagnósticos más frecuentes en los procesos

Fuente: López, Manrique & García, 2004

Así las cosas, se propone la aplicación de la teoría de la responsabilidad por la falla presunta del servicio, donde la actividad probatoria debe desplegarla el potencial victimario en su calidad de prestador en salud involucrado en el proceso judicial. Según lo dispone esta teoría, le corresponde al causante del daño demostrar la ausencia de falla, con la prueba de que actuó con diligencia y cuidado pero además evidenciando que el daño fue causado por una causa extraña; lo anterior, con el propósito de generar debate dentro del proceso y crear incertidumbre acerca de la responsabilidad que le está siendo endilgada (Rosenberg, 1956, p.15).

IX. CONCLUSIONES

En la investigación realizada se encontró que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, es la encargada de dirimir los conflictos derivados de una mala *praxis* médica. Mala práctica galénica o sanitaria que ocasiona la presentación de una demanda por responsabilidad civil contractual o extracontractual, donde las partes, en principio, deben

* Acerca de este tema, se hizo referencia en el IV Congreso de Derecho Procesal Constitucional que se llevó a cabo en mayo de 2015 en la ciudad de Paipa-Boyacá, Colombia. Es relevante afirmar igualmente, que en los procedimientos de ginecología y obstetricia, se utilizan tecnologías que son reguladas por el Estado. Así las cosas, “[...] Mediante el Decreto-Ley 4107 de 2011 fue creada la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud, la cual hace parte del Viceministerio de Salud Pública y Prestación de Servicios. Esta Dirección tiene como funciones: Desarrollar los lineamientos de identificación, clasificación de medicamentos, dispositivos médicos y tecnologías en salud que faciliten la vigilancia sanitaria y epidemiológica. Establecer los lineamientos y orientaciones de política para el cumplimiento de las buenas prácticas en la cadena de comercialización asociadas al modelo de vigilancia sanitaria y epidemiológica en los temas de medicamentos, dispositivos médicos y tecnologías en salud. Elaborar los lineamientos de participación y las estrategias de análisis de los asuntos, intereses y posición de Colombia en los escenarios de armonización de estándares de regulación internacional y de integración subregional y global asociados a los temas de acceso, calidad y uso racional de medicamentos, dispositivos médicos y tecnologías en salud. Desarrollar las normas en materia farmacéutica, de dispositivos y tecnologías en salud. De acuerdo a la definición de la Red Internacional de Agencias de Evaluación de Tecnologías de la Salud (INAHTA) son “Cualquier intervención que se puede utilizar para promover la salud, para prevenir, diagnosticar o tratar enfermedades o para rehabilitación o de cuidado a largo plazo. Esto incluye los procedimientos médicos y quirúrgicos usados en la atención médica, los productos farmacéuticos, dispositivos y sistemas organizacionales en los cuidados de la salud” (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, 2011).

aplicar la teoría de la *autorresponsabilidad* en materia probatoria. Se identificó que la citada teoría, lesiona los intereses de la víctima del daño médico, porque le correspondería al paciente probar la culpa del deudor de la obligación, en este caso, a cargo del prestador del servicio médico. Prestador, quien tiene los conocimientos médicos, técnicos y científicos para probar la ausencia de culpa, a través de los denominados eximentes de responsabilidad, en el ejercicio del derecho de acción en vía de contradicción.

Asimismo, se comprobó que el régimen aplicable en el área de la responsabilidad médica y sanitaria, es el subjetivo que está fundamentado en la culpa del deudor de la obligación; es decir, lo observado por parte del juez de la causa es el comportamiento o conducta del demandado y no la actividad que genera riesgo en la prestación del servicio. Por lo anteriormente señalado, se propone que en los procesos por responsabilidad médica y sanitaria debe operar la denominada responsabilidad por culpa presunta, invirtiendo la carga de la prueba para que el prestador del servicio en salud, quien tiene los conocimientos inherentes a su actividad, sea quien deba probar la ausencia de culpa, incorporando de esta manera, se reitera, la denominada “responsabilidad por culpa presunta”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acero, L. (2014). *Seminario. Aspectos generales del Código General del Proceso*. Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Segunda edición. Buenos Aires: EDIAR.
- Buzaid, A. (1975). *De la carga de la prueba*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Argentina: UTEHA.
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen I. Buenos Aires: EJEA.
- Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1564, Diario Oficial 48489 de julio 12.
- Código Civil Colombiano* (2015). Bogotá: Legis.
- Consejo de Estado de Colombia (2007). Sentencia del 03 de mayo de 2007, expediente 16696. C.P. Enrique Gil Botero.
- Conway, O. (1914). 111 F.2d611 (2d Cir. 1940).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2013). Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01. MP. Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá.
- Chiovenda, G. (1940). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. *Revista de Derecho Privado*.

- Devis, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*. Décima edición. Tomo II. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Diccionario Jurídico, vocabulario legal en Español* (2011). Recuperado de <http://www.significadolegal.com/2011/04/non-liquet.html>
- Escalona, R. (1782). *OSB: Historia del Monasterio de Sahagún*. Madrid: Ibarra.
- Guillén, J. (2000). *Marco Tulio Cicerón: Sobre la República, Sobre las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Harry, S., Fleming, J. & Gray, O. (1976). *Cases and materials on the law of torts*. New York: Mineola: The Foundation Press, Inc.
- Josserand, L. (1950). *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Volumen I. Buenos Aires: Editores Bosch y Cía.
- López, H. (2001). *Procedimiento civil-pruebas*. Bogotá: Dupré Editores.
- López, M., Manrique, I. & García, C. (2004). Demandas a los médicos, observaciones sobre casos. *Rev. Col. Gastroenterol.*
- Mantilla, F. (2015). *La influencia del Code civil y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano*.
- Micheli, G. (1961). *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE.A.
- Ministerio de Protección Social de Colombia (2006). Resolución 1446. Por la cual se define el Sistema de Información para la Calidad y se adoptan los indicadores de monitoría del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud.
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2008). *La seguridad del paciente y la atención segura*.
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2011). Decreto-Ley 4107.
- Muñoz & Romero, T. (1847). *Colección de fueros y cartas pueblas*. Madrid.
- Muñoz, A. (2007). *La condición del hombre en la Edad Media: ¿siervo, esclavo o qué?* Volumen 25, N° 57. Maracaibo.
- Nisimblat, N. (2014). *Carga de la prueba*.
- Paz, C. (2007). *Estudio doctrinal y jurisprudencial del proceso civil*. Bogotá: Ecoe Editores.
- Pizarro, C. & Tapia, M. (2005). De la codificación a la descodificación. *Cuadernos de análisis jurídicos II*. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile.
- Pizarro, C. (2011). Obligaciones y responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (17). Santiago de Chile.
- Prutting, H. (2010). *Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio Ius et Praxis*, Volumen 16, N° 1. Talca.

- Presidencia de la República (2011). Colombia. Instituto Nacional de Salud.
- Rascón, C. & García, J. (1996) (Eds.). *Ley de las XII Tablas*. Madrid: Tecnos.
- Real Academia de la Lengua (2015). España.
- Rosenberg, L. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Buenos Aires: EJEA.
- Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA.
- Sally, A. & Charles, V. (2015). Ministerio de Salud y Protección Social. Traducción con modificaciones del documento "System Analysis of Clinical Incidents: the London Protocol. (Clinical Safety Research Unit, Imperial College London, UK).
- Santos, J. (2006). *Instituciones de responsabilidad civil*. Segunda edición. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Schonke, A. (1950). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Bosch.
- Silva, J. (2015). *Principio de autorresponsabilidad y la carga de la prueba en las obligaciones de medio y resultado. Comparación con lo que prevé nuestra legislación*. Recuperado de <http://www.galeon.com/josicu/derpro/3t.pdf>
- Villanueva, J. (1804-1806). *Viaje literario a las Iglesias de España*. Madrid.
- Viney, G. (2001). 'La responsabilité contractuelle en question'. In *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XIXème siècle*. Paris: LGDJ.
- Woolcott, O. (2007). *La responsabilidad del Productor*. Bogotá: Ibáñez.