

# MEDIOS DE PRUEBA DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO A LA LUZ DE LA LEY 1437 DE 2011

## EVIDENCE WITHIN THE STATE MEDICAL LIABILITY IN LIGHT OF THE 1437 ACT OF 2011

**Carlos Andrés Aranda Camacho\***

Fecha de entrada: 8 de octubre de 2013

Fecha de aprobación: 23 de octubre de 2013

### Resumen\*\*

La polémica alrededor de la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica del Estado en el Derecho colombiano es un debate reciente y con plena vigencia, por lo anterior, a la luz de la expedición de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) mediante la Ley 1437 de 2011, y del Código General del Proceso bajo la Ley 1564 de 2012 se observan diversas posibilidades en materia probatoria, con incidencia directa en litigios donde se encuentren involucradas instituciones públicas prestadoras del servicio de salud, bien sea por la prestación del servicio médico propiamente dicho o por los actos médicos anexos, es así como bajo un estudio de orden analítico, deductivo y documental tomando como fuentes la jurisprudencia del Consejo de Estado, la doctrina y la legislación se plantea un disertación alrededor de los principales medios de prueba, a saber: la Historia Clínica, la prueba pericial, prueba indiciaria.

---

\* Abogado de la Universidad Santo Tomás Tunja, Título honorífico Cum Laude, Especialista en Derecho Administrativo y Magíster (c) en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Abogado litigante y Consultor, Docente de la Facultad de Administración de Empresas, Director del Grupo de Investigación en Ciencias Administrativas y Contables. Autor Externo.  
carlos.granda@usantoto.edu.co AE.

---

\*\* Artículo de investigación e innovación perteneciente al grupo de Investigación en Ciencias Administrativas y Contables en la línea de Investigación en Función Pública y Regulación de la División de Ciencias Administrativas y Contables de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, vinculado a la línea de investigación en Derecho Administrativo del Centro de Investigaciones socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja.  
Método de investigación, Analítico-deductivo y documental tomando como fuentes la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, la ley 1437 de 2011, el Código General del Proceso, y la doctrina nacional.

## **PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad Médica del Estado, Historia Clínica, Prueba Pericial, Prueba Indiciaria.

## **ABSTRACT**

The controversy surrounding the burden of proof in medical liability law of the State in Colombia is a recent debate and in full force, from the above, in the light of the issuance of Administrative Procedure Code of Administrative (CPACA) by Act 1437 of 2011, and the General Code of Procedure under Law 1564 of 2012 are observed several possibilities in terms of evidence, with direct impact on litigation in which public institutions are involved health service providers, either by the provision of proper medical service or medical acts annexes, is how low-order analytical study, deductive and documentary sources taking jurisprudence of the State Council, the doctrine and legislation poses a dissertation about the mainstream media test, namely: the clinical history, the expert evidence, circumstantial evidence.

## **KEY WORDS**

State Medical Liability, Medical History, Expert Evidence, circumstantial evidence.

## **RESUME**

La controverse entourant le fardeau de la preuve en droit de la responsabilité médicale de l'Etat en Colombie est un débat récent et en pleine vigueur, à partir de ce qui précède, à la lumière de la délivrance du Code de procédure administrative d'administration (CPACA) par la loi 1437 de 2011, et le Code général de procédure en vertu de la loi 1564 de 2012 sont observés plusieurs possibilités en termes de preuve, avec un impact direct sur les litiges dans lesquels les institutions publiques sont impliqués les fournisseurs de services de santé, soit par le fourniture d'un service médical approprié ou les actes médicaux annexes, est de savoir comment faible afin étude analytique, sources déductives et documentaire prenant la jurisprudence du Conseil d'Etat, la doctrine et la législation pose une thèse sur les médias traditionnels test, à savoir: l'histoire clinique, la preuve d'expert, la preuve circonstancielle.

## **MOTS CLES**

État la responsabilité médicale, les antécédents médicaux, témoignages d'experts, la preuve circonstancielle.

## **SUMARIO**

I. Introducción. II. Metodología III. De la Responsabilidad Médica del Estado en el Derecho Colombiano. IV. El Acto Médico y su incidencia en la Prueba de la Responsabilidad. V. Principales medios de Prueba. A. Historia Clínica (Documento) en el entendido de la prueba "reina. B. Prueba pericial como acercamiento a una ciencia desconocida. C. Pruebas Indiciarias como una oportunidad procesal-probatoria. D. Prueba Testimonial. VI. La Carga Dinámica de la Prueba en la ley 1564 de 2012, "como una eventual solución". VII. Conclusiones y Recomendaciones. VIII. Referencias Bibliográficas.

## I. INTRODUCCIÓN

La Responsabilidad Médica, dentro de los avances jurisprudenciales del Consejo de Estado se ha constituido como uno de los eventos –de responsabilidad del Estado– que mayor controversia ha generado, debido a los constantes “cambios” respecto de la carga de la prueba. Es por ello, que partiendo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el máximo órgano de lo contencioso administrativo erigió un sinnúmero de providencias que buscaban regular aspectos procesal-probatorios que aliviaran la problemática práctica en estrados judiciales, en la medida que el Decreto 01 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo) no regulaba aspectos procesales con incidencia directa –probatoriamente hablando– en los fallos judiciales.

Por lo anterior, partiendo desde el proyecto desarrollado dentro de la maestría en Derecho Administrativo, cursada en la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, titulado CONFIANZA LEGÍTIMA PARA LA FORMULACIÓN DE UN ÚNICO TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN EN RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO, se hace necesario realizar un estudio sobre los medios de prueba dentro de la Responsabilidad Médica del Estado a la luz de la ley 1437 de 2011 (CPACA) y del Código General de Proceso expedido en el año 2012 (Ley 1564 de 2012), procurando observar las novedades de dicha normatividad.

Se diseñó como metodología de investigación, el Analítico-deductivo y documental tomando como fuentes la jurisprudencia

del Consejo de Estado colombiano, de la Corte Constitucional, la ley 1437 de 2011, el Código General del Proceso, y la doctrina nacional.

Ahora, en materia de Responsabilidad Médica del Estado, sin lugar a dudas, han cobrado relevancia como los fundamentales medios de prueba, en el entendido de aquellos elementos que contribuyen el establecimiento de la verdad, dentro de un litigio, es así como la Historia Clínica es sin dudas el documento de prueba fundamental, igualmente, se le han sumado en casos concretos los dictámenes periciales, las pruebas testimoniales y la prueba indiciaria.

Por lo anterior, se planteó la siguiente:

## II. METODOLOGÍA

Para la investigación se realizó un método de tipo Analítico – descriptivo, y documental: Se analiza la normativa y los preceptos jurisprudenciales y doctrinales alrededor de los medios de prueba en materia de Responsabilidad Médica del Estado, describiendo así los postulados vigentes en el Derecho Procesal Administrativo en Colombia. Se tiene como fase inicial un acercamiento teórico al tema de estudio, para finalizar con el análisis y presentación de propuestas de orden igualmente teóricas y académicas.

Por lo anterior, se relaciona de manera específica la metodología de la siguiente manera:

*Investigación descriptiva-Documental:*  
Como primer paso se considera la

investigación descriptiva- documental, ya que se desea realizar un estudio con el fin conocer las características de los pronunciamientos del Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, de la Doctrina y las normas jurídicas con relación a los medios de prueba en materia de responsabilidad médica del Estado.

*Investigación analítica:* El análisis radica en abordar de manera objetiva y proponer conclusiones que permitan a la comunidad científica un acercamiento sobre la temática objeto de Estudio.

*Diseño de investigación:* La investigación tiene inicialmente un enfoque teórico, pero se relacionan casos que han sido de conocimiento por parte del Consejo de Estado en su calidad de máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia, para presentar las propuestas.

Igualmente, el presente artículo de investigación se erige como desarrollo del proyecto de investigación titulado: **CONFIANZA LEGÍTIMA PARA LA FORMULACIÓN DE UN ÚNICO TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN EN RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO**, desarrollado dentro de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, dentro de la investigación referida se formuló como problema de investigación el siguiente: *¿Bajo qué condiciones el principio de confianza legítima se constituiría como fundamento para la aplicación del régimen de la falla presunta del servicio, en materia de Responsabilidad Médica Estatal?*

Es así, como dentro de la estructura metodológica propia del proyecto de investigación se planteó como tercer objetivo específico “*analizar las posibilidades de la ley 1437 de 2011 para consolidar el criterio de un único título jurídico de imputación en responsabilidad médica estatal.*”

Visto el componente metodológico, en primera medida, se estudian aspectos generales de la Responsabilidad Médica del Estado para luego iniciar con el estudio en concreto de los medios de prueba bajo la luz de la Ley 1437 de 2011 y del Código General del Proceso.

### **III. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO**

Es preciso reseñarse en este tópico, que al hablarse de responsabilidad médica del Estado, nos queremos referir en estricto sentido a una responsabilidad de carácter institucional. Es decir, el presente estudio se concentra en el análisis de aspectos y medios probatorios que eventualmente serían los más relevantes para llegar a atribuir jurídicamente responsabilidad por falla del servicio a una Institución del Estado que preste el servicio de salud. Se deja a un lado, la responsabilidad de carácter individual de los profesionales de la salud, (bien sea civil, disciplinaria, ética o penal), en la medida que como se referencia en la metodología la disertación se concentra exclusivamente alrededor del derecho administrativo y en concreto en aspecto probatorios.

En primera medida se desarrolla lo relacionado con el Acto Médico y su división

de conformidad a los pronunciamientos del Consejo de Estado, para luego centrarnos en el estudio concreto de los principales medios de prueba en materia de responsabilidad médica del Estado.

#### **IV. EL ACTO MÉDICO Y SU INCIDENCIA EN LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD**

La Responsabilidad Médica del Estado, se erige sobre la base del “acto médico” defectuoso, es así como el Consejo de Estado (2000), ha diferenciado el acto médico propiamente dicho y el acto médico complejo o anexo, por lo anterior el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, dijo:

*“La responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto **médico propiamente dicho**, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el **diagnóstico y tratamiento** de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los **actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”**, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados*

*por el facultativo; (iii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de **hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.** (Consejo de Estado, 2000) (negrita fuera de texto)*

Dadas las dificultades probatorias en materia de Responsabilidad Médica, se consideró que cuando se trata de actos médicos propiamente dichos, el título jurídico de imputación idóneo sería el de la falla presunta del servicio<sup>1</sup>, y en casos de actos médicos anexos o complejos el de falla probada del servicio, sin embargo, el Consejo de Estado (2000) ha establecido lo siguiente:

*“Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el*

*Régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico, en*

---

1 Al respecto de los títulos jurídicos de imputación en materia de responsabilidad médica del Estado podrá leerse el artículo titulado AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica” publicado en la Revista “Principia IURIS N° 18” con ISSN 0124-2067, con autoría del suscrito.

*tanto permite establecer la cobertura del concepto “responsabilidad médica”.*”

La diferenciación del acto médico permite iniciar de manera concreta el estudio de los principales medios de prueba en materia de Responsabilidad Médica, en la medida que las novedades tanto de la Ley 1437 de 2011 y de la Ley 1564 de 2012, transforman de manera inusitada las características procesal-probatorias el objeto de estudio y amplían el debate respecto a los títulos jurídicos de imputación.

## **V. PRINCIPALES MEDIOS DE PRUEBA**

En materia de Responsabilidad Médica, sin lugar a dudas, han cobrado relevancia como los fundamentales medios de prueba la Historia Clínica como documento fundamental; se le han sumado dada su importancia y relevancia jurídica para casos concretos los dictámenes periciales, las pruebas testimoniales, la prueba indiciaria, sin embargo, debe aclararse que no son los únicos medios de prueba que pueden llegar a incidir en litigios en materia médica en la medida que cualquier prueba podría llegar a ser relevante para atribuir a negar la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico –propriadamente dicho o anexo-.

En ese orden de ideas se encuentra:

### **A) HISTORIA CLÍNICA (DOCUMENTO) EN EL ENTENDIDO DE LA PRUEBA “REINA”**

En cualquier proceso judicial se debaten hechos los cuales deberán ser probados por las partes en litigio, por ello, *“la verdad deberá ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles”* (Serrano, 2012), en ese orden

de ideas, de conformidad a Taruffo (2008) el medio de prueba es *“es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa”*, es así, como en materia de Responsabilidad Médica indiscutiblemente el principal medio de prueba (prueba reina) será la Historia Clínica –cuando se trate de probar una falla del servicio médico propriadamente dicho-.

La Historia Clínica debe ser entendida como el *“relato de lo sucedido durante la atención sanitaria, lo encontrado en relación a las condiciones de salud del paciente, las valoraciones médicas, y la atención suministrada. En el citado documento, obran o deben obrar no sólo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la ficha de anamnesis (cuestionarios hechos al paciente), el diagnóstico, la terapia o tratamiento a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada, el consentimiento informado del paciente; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico donde deberá constar detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudio complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido”* (Serrano, 2012)

Como se observó, la Historia Clínica es un documento que reviste bastante complejidad, y los datos allí consagrados deberán ser precisos y registrados cronológicamente, igualmente se trata de un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, de conformidad a la Resolución 1995 de 1999, expedida por

el Ministerio de Salud, que se caracteriza por la integralidad<sup>2</sup>, secuencialidad<sup>3</sup>, racionalidad científica<sup>4</sup>, disponibilidad<sup>5</sup>, oportunidad<sup>6</sup>.

Igualmente, la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, consagra en su artículo 36 que “en todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad. Cuando quiera que haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos a su reemplazante”, con lo anterior, se observa que es una obligación ética del profesional de la salud el correcto diligenciamiento de la historia Clínica.

Ahora, con respecto al acceso a la Historia Clínica, de conformidad a la Resolución 1995 de 1999, se observa que pueden tener conocimiento de la misma en principio el usuario del servicio médico (paciente), el personal médico, las autoridades judiciales y de salud; igualmente, los familiares acreditados en debida forma por el registro civil de nacimiento podrán tener disposición del documento.

Respecto a la posibilidad de acceso por parte de los familiares la Corte Constitucional (2008) se ha pronunciado en un caso concreto bajo los siguientes términos:

*“Debe observarse que al no permitir a la hija acceder a la historia clínica de su señora madre, se estaría colocando en riesgo su derecho de acceso a la administración de justicia, al no poder obtener la información que necesitaría para incoar una eventual acción judicial a raíz del tratamiento realizado a su señora madre, argumentando la entidad la protección de los llamados “derechos personalísimos”. Las circunstancias concretas en que se encuentra la demandante indican que la información solicitada la requiere para determinar la eventual responsabilidad de la IPS en la muerte de su señora madre. De hecho, se le ha restringido la posibilidad de acceder a la administración de justicia, acorde con su derecho a la información. **Al no concederle lo requerido, se le estaría obligando a acudir a mecanismos jurisdiccionales de acopio probatorio anticipado, eventualmente frustráneos, o a incoar un proceso sin las bases necesarias, para que el juez, a solicitud del interesado, pida la copia del documento reservado (historia clínica), lo que cae en innecesaria tramitología.”** Corte Constitucional, Sentencia T- 834 de 2008. (Negrita fuera de texto)*

Es innegable, que el particular afectado se encuentra obligado al momento de una eventual demanda utilizando el medio de

- 
- 2 Reunir información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos. (Serrano, 2012)
  - 3 Registro en secuencia cronológica de la atención, desde el punto de vista archivístico es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación del servicio de salud. (Serrano,2012)
  - 4 Aplicación de criterios científicos para el diligenciamiento para que se evidencie en forma lógica, clara y completa los procedimientos y tratamientos seguidos (Serrano, 2012)
  - 5 Poder usar la Historia Clínica en el momento en que se requiera (Serrano,2012)
  - 6 Diligenciamiento de la Historia Clínica debe ser simultaneo e inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio (Resolución 1995 de 1999)

control de reparación directa<sup>7</sup>, de solicitar la correspondiente Historia Clínica, y si la IPS se rehúsa a entregarla se podría tener como un indicio en su contra (lo cual se desarrolla más adelante).

Tiendo como fundamento el reconocimiento de la dificultad de orden procesal probatoria en materia médica y por considerarse la Historia Clínica el principal medio de prueba en materia de responsabilidad médica la Ley 1437 de 2011 en su artículo 175 inciso segundo del parágrafo primero ordena que:

“Artículo 175. Contestación de la demanda. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá: (...)”

Parágrafo 1°. *Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.*

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

*La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.”*

Sin embargo, al sentir de Serrano (2012) el CPACA no establece los efectos procesales negativos para la entidad demanda que no dé cumplimiento a la norma trascrita, por ende, debería entenderse como no contestada la demanda (adicional al indicio en su contra) en la medida que *“terminaría beneficiándose de su ausencia de colaboración en materia probatoria, lo que es inadmisibile”*.

En otro sentido, en aras de procurar un mayor cumplimiento de las características propias de la Historia Clínica mediante la Ley 1438 de 2011 determinó lo siguiente:

“Artículo 112. Articulación del Sistema de Información. El Ministerio de la Protección Social, a través del Sistema Integrado de Información de la Protección Social (Sispro), articulará el manejo y será el responsable de la administración de la información.

*Las bases de datos de afiliados en salud se articularán con las bases de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, el Sisbén y de las Entidades Promotoras de Salud para identificar a los beneficiarios y su lugar de residencia, entre otras, dicha articulación deberá estar implementada antes del 31 de diciembre de 2012.*

---

7 “En términos generales, la Ley 1437 de 2011 mantiene los anteriores postulados: el artículo 140 declara la procedencia de la pretensión de reparación directa cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.” (Arias, 2013)

*La identidad de los usuarios y beneficiarios se verificará mediante procesamiento y consulta de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.*

**Parágrafo transitorio. La historia clínica única electrónica será de obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013, esta tendrá plena validez probatoria.** (Negrita fuera de texto)

La Ley 1438 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, quiso combatir las Historias Clínicas de difícil entendimiento, labor loable por parte del legislador, que de conformidad a las disposiciones del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012 (artículo 244) se deberá presumir su autenticidad, lo que cobra fundamento en la medida que se trata precisamente de un documento público (cuando se trate de Instituciones del Estado) que dan fe de lo allí contenido.

Observado lo relacionado con la historia clínica en materia de responsabilidad del Estado, es preciso iniciar el estudio de la prueba pericial de la siguiente manera:

## **B) PRUEBA PERICIAL COMO ACERCAMIENTO A UNA CIENCIA DESCONOCIDA**

La medicina, puede considerarse como una ciencia que reviste bastantes complejidades, por lo anterior, dentro de un litigio por responsabilidad médica (por acto médico propiamente dicho) por regla general será indispensable la prueba pericial como aquel

acercamiento –probatorio- a una ciencia “desconocida” por parte de los operadores judiciales, por lo anterior, según Bermúdez (2012) con la Ley 1437 de 2011 –CPACA- se ha pasado de un dictamen judicial a un dictamen de parte, por ello dijo:

*“Superar esas dificultades es lo que busca el sistema del perito de parte, que es una modalidad en la cual el demandante, antes de iniciar el proceso obtiene la opinión del experto y la presenta como medio de prueba para demostrar las afirmaciones de su demanda, el demandado, por su parte, tiene la posibilidad de aportar otro dictamen para controvertir esa opinión y tiene también la posibilidad que interrogarlo en audiencia (...) sustituir el perito judicial por el perito de parte comporta un cambio en la concepción misma en la naturaleza de este medio de prueba, que no debe pasar inadvertida. El cambio no significa simplemente escoger una opción más eficiente e incorporarla en un código: implica consagrar el derecho a un medio de prueba en un proceso adversarial, en el cuál son las partes quienes tienen la carga de confirmar o acreditar sus afirmaciones y donde se supera la idea –propia del proceso inquisitivo- según la cual es al juez a quién le corresponde la tarea de buscar la verdad, con fundamento en la cual ha de fallar el proceso”* Bermúdez (2012).

El artículo 218 del CPACA determina de manera clara la remisión al Procedimiento Civil en lo referente a la prueba pericial y establece la posibilidad que “*el juez excepcionalmente podrá prescindir de la lista de auxiliares de la justicia y designar expertos idóneos para la realización del dictamen pericial, cuando la complejidad de los asuntos materia del dictamen así lo*

*amerite o ante la ausencia en las mismas de un perito o por la falta de aceptación de este*”, pero, la novedad de la Ley 1437 de 2011 permite que el dictamen pericial emitido por instituciones o profesionales especializados idóneos, sea aportado con la demanda, por ello se habla de dictamen de parte<sup>8</sup>.

Vale la pena resaltar, que el dictamen de parte en estricto sentido no determinará la decisión del juez de instancia, en la medida que la función del perito es permitirle al juez un acercamiento con la verdad fáctica, por ende, la entidad demandada podrá ejercer contradicción de dicho dictamen bajo los preceptos del artículo 220 del CPACA, el cual establece:

*“Artículo 220. Contradicción del dictamen aportado por las partes. Para la contradicción del dictamen se procederá así:*

*1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.<sup>9</sup> (...)*

---

8 Ley 1437 de 2011, Artículo 219. *Presentación de dictámenes por las partes.* Las partes, en la oportunidad establecida en este Código, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos. Para tal efecto, al emitir su dictamen, los expertos deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, que no se encuentran incursos en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación, y que han actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Señalarán los documentos con base en los cuales rinden su dictamen y de no obrar en el expediente, de ser posible, los allegarán como anexo de este y el juramento comprenderá la afirmación de que todos los fundamentos del mismo son ciertos y fueron verificados personalmente por el perito. Son causales de impedimento para actuar como perito que darán lugar a tacharlo mediante el procedimiento establecido para los testigos, las siguientes: **1.** Ser cónyuge, compañera o compañero permanente o tener vínculo de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con el funcionario que conozca del proceso, los empleados del despacho, las partes o apoderados que actúen en él, y con las personas que intervinieron en la elección de aquel. **2.** Tener interés, directo o indirecto, en la gestión o decisión objeto del proceso, distinto del derivado de la relación contractual establecida con la parte para quien rinde el dictamen. **3.** Encontrarse dentro de las causales de exclusión indicadas en el Acuerdo número 1518 de 2002 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura o la norma que lo sustituya, de las cuales no será aplicable la establecida en el numeral segundo relativa al domicilio del perito. **4.** Cualquier otra circunstancia que evidencie su falta de idoneidad profesional. La configuración de cualquiera de las anteriores causales de impedimento, dará lugar a la tacha del perito. Cuando el dictamen pericial sea aportado por las partes, la tacha deberá ser formulada antes de la realización de la audiencia siguiente a la aportación del dictamen y se decidirá en esta. Cuando se trate de la tacha de peritos designados por el juez, se seguirá el trámite establecido por el Código de Procedimiento Civil. **Parágrafo.** Las personas que elaboren un dictamen para ser presentado en un proceso judicial, estarán sujetas al régimen de responsabilidad consagrado para los peritos como auxiliares de la justicia.

9 (...) Continuación del artículo 220 del CPACA. **2.** Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales. Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos. **3.** Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código.

Con el precepto artículo del CPACA, se encuentra de manera clara que la entidad prestadora del servicio médico deberá formular objeciones al dictamen de parte desde la audiencia inicial, en donde deberá si considera necesario solicitar un nuevo dictamen o requerir testigos técnicos.

Sin lugar a dudas, el dictamen de parte como ha sido denominado por Bermúdez (2012), se ha constituido como una de las grandes innovaciones con plena aplicación en litigios por responsabilidad médica estatal, por ende, se considera que el aporte de la Ley 1437 de 2011 determina una oportunidad para los demandantes de anexar con la misma demanda la prueba pericial, que si bien, no determinará el éxito del proceso, si puede tenerse como un acercamiento a la futura “victoria” de la “Litis”.

El dictamen de parte, se constituye como un argumento en contra de la aplicación de la falla presunta del servicio en materia de responsabilidad médica del Estado, tesis que el suscrito ha sostenido en estudios anteriores<sup>10</sup>, en la medida que se convierte en un elemento sine qua non para la fundamentación fáctica del medio de control de reparación directa, es decir, si bien, el CPACA plantea el dictamen de parte como una “posibilidad”, dicha “posibilidad” tiende a convertirse en una verdadera necesidad previa a demandar.

Vistas las circunstancias particulares del dictamen de parte, es preciso referirnos a la prueba indiciaria, a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado Colombiano, es así como se encuentra:

### **C) PRUEBAS INDICIARIAS COMO UNA OPORTUNIDAD PROCESAL-PROBATORIA**

El Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la importancia probatoria de las Historias Clínicas, lo cual genera una “compromiso” por parte de los profesionales de la salud al momento de su diligenciamiento evitando confusiones, enmendaduras, y la obligación de aportarla íntegramente al proceso so pena de que se pueda inferir el interés de ocultar una situación fáctica.

Se ha dicho por parte del Consejo de Estado que las entidades prestadoras del servicio de salud deben elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, para garantizar la adecuada atención al paciente y el control posterior por parte del centro médico o el juez<sup>11</sup>. (Ámbito Jurídico, 2012)

Igualmente, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia ha enfatizado en que *“debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo*

---

10 Al respecto puede verse: AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica” publicado en la Revista “Principia IURIS N° 18” con ISSN 0124-2067 páginas 233-247.

11 La renuencia a suministrar historia clínica puede inferirse interés de ocultar un hecho *“Con esos argumentos, el alto tribunal condenó al Instituto de Seguros Sociales (ISS) a indemnizar a los familiares de una paciente que falleció por negligencia en su atención médica. A esto se sumó el hecho de que la entidad aportó una copia incompleta de la historia clínica, lo que demostró su interés en ocultar información. De acuerdo con el fallo, la conducta omisiva del ISS llevó a que el estado de salud de la paciente empeorara, pues, al ocultar información importante sobre su situación, con base en una historia clínica incompleta y desordenada, hizo que se diseminara su enfermedad, provocando su deceso”* (Ámbito Jurídico, 2012)

*o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico” (Consejo de Estado, 2012), sin necesidad de acudir a otros medios de prueba, verbigracia la prueba indiciaria.*

Ahora, los indicios han sido un medio de prueba necesario para tomar decisiones en materia de responsabilidad médica por parte de los jueces administrativos, es decir, los indicios no se reducen exclusivamente a la omisión por parte de la entidad demandada de aportar la historia clínica de manera completa, sino que también hacen parte de sistemas de aligeramiento probatorio, que de manera muy ingeniosa el Consejo de Estado ha utilizado para no apartarse –de manera tangencial– de la teoría de la falla probada del servicio.

Por lo anterior, se ha establecido que *“en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que corresponde a la parte actora aportar el material probatorio necesario para obtener la respectiva declaración judicial, cuestión que incluye la posibilidad de valorar y considerar la prueba indiciaria cuando aquella resulte insuficiente para declarar la responsabilidad que se pretende; es decir, tratándose de la responsabilidad del Estado, por la prestación del servicio de salud, la parte actora deberá acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de esa responsabilidad, esto es, deberá acreditar la falla en la prestación del servicio médico de salud, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos.”* (Consejo de Estado, 2010)

En el mismo sentido, se ha dicho que de causarse un daño antijurídico, *“dada su connotación de anormal y excepcional es suficiente para considerar configurada la imputación del mismo en cabeza de la entidad demandada, todo lo anterior con fundamento en las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística, que permiten inferir sin requerir un conocimiento especializado sobre la materia, que el yerro cometido se produjo por una equivocada convicción que pudo ser fácilmente superada, lo cual hubiera evitado la producción del evento dañoso”.* (Consejo de Estado, 2009)

Vistos los pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, se observa que la prueba indiciaria se ha convertido en un medio fundamental para ratificar la teoría de la falla probada del servicio, igualmente, dicho medio de prueba tiene plena aplicación en el marco de la Ley 1437 de 2011.

#### **D) PRUEBA TESTIMONIAL (PARA EL ACTO MÉDICO ANEXO O COMPLEJO)**

Con relación al Acto Médico anexo o complejo que se constituyen como aquellos servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes de conformidad al Consejo de Estado (2000) la posibilidad probatoria radica en primera medida de manera indiscutible en la Historia Clínica por considerarse la “prueba reina” en materia de Responsabilidad Médica del Estado.

Sin embargo, no se puede descartar la posibilidad de utilizar diferentes medios de prueba dentro de los cuales se encuentra

la testimonial, por ende, el administrado afectado por una actuación antijurídica en cuanto a la prestación del servicio anexo podrá mediante testigos demostrar la falla del servicio en cuanto a aspectos de “hostelería” se refiere.

Es válido aclarar que los anteriores medios de prueba (Historia Clínica, prueba pericial, pruebas Indiciarias, Prueba Testimonial) pueden llegar a considerarse como los más relevantes en materia de responsabilidad médica, con el fin de atribuir la responsabilidad del estado, sin embargo, no puede olvidarse por parte del abogado demandante probar todos aquellos perjuicios de orden patrimonial o extrapatrimonial que redunden finalmente en el monto de la indemnización, mediante cualquier medio de prueba.

#### **VI. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA LEY 1564 DE 2012, “COMO UNA EVENTUAL SOLUCIÓN”**

Con relación a la carga dinámica de la prueba se puede relacionar de conformidad a Namén (2011) quién en su intervención en el marco del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dijo que “*se trata de un sistema de redistribución de la carga procesal o de inversión de la carga, en la que las condiciones anotadas, el juez traslada al inicio del litigio la obligación de demostrar la verdad de lo alegado a la contraparte de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte... Sin embargo, la comisión no estuvo de acuerdo con implementar la carga dinámica de la*

*prueba, considerando que no es posible conjurarla con los principios de igualdad, debido proceso y derecho de defensa”.*

Es así como se evidencia que siendo el H. Consejo de Estado la institución redactora del CPACA consideró en materia de responsabilidad médica que quién alega un hecho debe probarlo, es decir, la Ley 1437 de 2011, se circunscribe dentro de la falla probada del servicio.

Sin embargo, Código General del Proceso en su artículo 167 dijo que: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. (...)*

Con lo anterior, el Código General del Proceso, plantea la posibilidad de la carga dinámica de la prueba, empero, se cree que por ser la Ley 1437 de 2011 una ley especial orientada a la regulación del proceso administrativo y del contencioso administrativo, tendría un privilegio en cuanto a la aplicación se refiere frente al Código General del Proceso.

En ese orden de ideas, la posibilidad planteada por el Código General del Proceso, se desdibuja por postulados precedentes del CPACA y del Consejo de Estado.

## **VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Es indiscutible que el título jurídico de imputación con mayor soporte jurídico en materia de responsabilidad médica del Estado, desde la vigencia de la Ley 1437 de 2011 es la Falla probada del servicio.

Los diferentes medios de prueba planteados por la Ley 1437 de 2011, muestran la obligación procesal probatoria de probar los hechos alegados por cada una de las partes, es decir, aplica la regla general en materia procesal que le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

El dictamen de parte, de conformidad a los preceptos de la Ley 1437 de 2011 se constituye como un argumento en contra de la aplicación de la falla presunta del servicio en materia de responsabilidad médica del Estado, tesis que como ya se referenció el suscrito ha sostenido en estudios anteriores<sup>12</sup>, en la medida que se convierte en un indispensable para la fundamentación fáctica del medio de control de reparación directa, es decir, si bien, el CPACA plantea el dictamen de parte como una “posibilidad” o alternativa para el demandante, tiende a convertirse en una verdadera necesidad previa a demandar, dentro de un régimen eminente dispositivo, enmarcado dentro de la falla probada del servicio.

Finalmente, puede considerarse, que indiferentemente del título jurídico de imputación sustentado por un fallador en

una sentencia en materia de responsabilidad médica del Estado, cada supuesto de hecho alegado debe quedar plenamente probado, bien sea mediante pruebas directas, indicios, presunciones, reglas de aligeramiento probatorio, por disposiciones de oficio del juez etc, es decir, la falla del servicio por la prestación de los servicios médicos será indiscutiblemente probada.

## **VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Asamblea Nacional Constituyente (1991) Constitución Política de Colombia.

Congreso de la República (2011) Ley 1437 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” Diario Oficial No. 47.956 18 de enero de 2011.

Congreso de la República (2012) Ley 1564 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de Julio de 2012.

Congreso de la República (1981) ley 23 “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica” Diario Oficial No. 35.711 de 27 de febrero de 1981.

Congreso de la República (2011) ley 1438 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011.

Corte Constitucional, (2008), Sentencia T- 834 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

---

12 Al respecto puede verse: AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica” publicado en la Revista “Principia IURIS N° 18” con ISSN 0124-2067

Consejo de Estado, (1999), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp. 12165 y 10 de agosto de 2000, exp. 12944. Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, (2000) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp. 17655. Magistrado Ponente Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, (2012), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de Julio de 2012, exp. 20732. Magistrada Ponente: Dra. Stella Conto Díaz.

Serrano, L. (2012) El régimen probatorio en la Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.

Bermúdez, M. (2012) Del Dictamen Judicial al Dictamen De Parte. Net Educativa Editorial. Bogotá D.C.

Namén, A (2011) Régimen Probatorio, Nulidades e incidentes en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Memorias: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 409-436.

Arias, F. (2013) ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C.

Taruffo, M. (2008) LA PRUEBA, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Marcial Pons. Madrid.

Colombia, Ministerio de Salud, (1995) Resolución 1995 de 1999 “por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica” .

Ámbito Jurídico, (2012) “La renuencia a suministrar historia clínica puede inferirse interés de ocultar un hecho”. Recuperado el 9 de Septiembre de 2012 de <http://www.ambitojuridico.com/>.