

**VALOR PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS PROCESOS DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Luciana Cristina Arocete Torres

Ángela María Vargas Forero

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

BUCARAMANGA

2017

**VALOR PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS PROCESOS DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

LUCIANA CRISTINA AROCETE TORRES

ÁNGELA MARÍA VARGAS FORERO

Tesis presentada para obtener el título de

ABOGADA

DIRECTORA:

RUTH ADRIANA RUIZ ALARCON

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

BUCARAMANGA

2017

Nota de proyecto

Firma del presidente jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Agradecimientos

Primeramente, mi agradecimiento es para mí Señor Jesucristo por darme la sabiduría, el discernimiento, el conocimiento, la salud, la vida para poder realizar este sueño. Gracias mi Dios por confiar en mí. También a mi esposo Diego por su apoyo, por animarme, por decirme muchas veces que yo sería una excelente profesional, por participar intensamente en este proceso, a mis amados hijos que tuvieron la paciencia de vivir todas las etapas y apoyarme. Agradezco a todos mis profesores pues ellos fueron esenciales para lograr este gran paso en mi vida. Finalmente, a mis compañeros que a lo largo de la carrera tuve la oportunidad de conocer y compartir momentos muy bellos con ellos. Gracias a todos.

Luciana Cristina Arocete Torres

Agradecimientos

A Dios mi guía y mi refugio en todo momento.

A mis padres que me inculcaron los principios y valores que hasta el día de hoy guardo, a no rendirme ante las dificultades y a luchar por mis sueños.

A mi esposo por el apoyo y comprensión, se convirtió en parte fundamental en esta etapa.

A mis hijos que con su ánimo me impulsaron a seguir adelante, espero que sigan perseverando y logren sus propósitos.

A mis docentes que me brindaron su experiencia y me orientaron aun cuando yo pensaba que esto no era posible.

A mis compañeros que con su confianza y cariño hicieron que este camino fuera mucho más fácil, fue una experiencia muy enriquecedora.

A todos y a cada uno muchas gracias, ocupan un lugar muy valioso en mi corazón.

Ángela María Vargas Forero

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1 LA HISTORIA CLÍNICA ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL ACTO MEDICO 5	
1.1 Características de la historia clínica	5
1.2 Requisitos formales de la historia clínica	10
1.3 Marco legal de la historia clínica	12
1.4 Responsabilidad por el manejo de la historia clínica.....	15
2 DESARROLLO DE LA HISTORIA CLÍNICA	17
2.1 Escenarios donde se configura y se desarrolla la historia clínica.....	17
2.1.1 Acto médico	18
2.1.2 Relación médico paciente	23
2.1.3 Consentimiento informado	28
2.1.4 El contrato de prestación de servicios médicos	33
2.2 Importancia y repercusiones de la historia clínica en el ámbito médico legal ...	36
2.2.1 La historia clínica como elemento fundamental del acto médico	36
2.2.2 Planteamientos de la ciencia médica y la norma técnica de la historia clínica ..	41
2.2.3 Problemas frecuentes detectados en la evaluación de la historia clínica	42

3 LA HISTORIA CLÍNICA COMO MEDIO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA	48
3.1 Valor intrínseco de la historia clínica conforme a las sentencias de la corte constitucional.....	48
3.2 La historia clínica como medio de prueba en los procesos de responsabilidad civil médica	53
3.2.1 Concepto de responsabilidad civil por el acto medico.....	53
3.2.2 La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica	63
3.3 La historia clínica como medio de prueba en los procesos responsabilidad patrimonial del estado por el acto medico.....	70
3.3.1 Concepto de responsabilidad patrimonial del estado por el acto médico.....	70
3.3.2 La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad patrimonial del estado por el acto médico	79
3.3.3 Valoración de la historia clínica como medio de prueba. Desarrollo jurisprudencial. Sentencias del consejo de estado	82
3.4 Responsabilidad penal por el acto medico	88
3.4.1 Concepto de responsabilidad penal por el acto medico	88
3.4.2 La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad penal por el acto medico	93
3.4.3 Valoración de la historia clínica como medio de prueba. Desarrollo jurisprudencial	99

CONCLUSIONES	102
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108
ANEXO A. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	115
ANEXO B. ACCIÓN DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	116
ANEXO C. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	117
ANEXO D. SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO.....	118
ANEXO E. TRABAJO DE CAMPO.....	120

INTRODUCCIÓN

La medicina, según (Menendes, 1994), es denominada como ciencia que constituye una de las formas institucionalizadas de atención de la enfermedad de la persona y, es considerada como una forma eficaz de intervención en busca de la curación de la enfermedad.

Siendo así, la razón de ser de la medicina es el Paciente y la Comunidad, ya que todos los procesos se enfocan en encontrar las mejores formas de atención, cuidado y manejo en el tratamiento de la enfermedad en busca de proporcionar la cura o el bienestar de las personas, así como el prevenir la enfermedad en el individuo y la comunidad.

El ejercicio de la medicina tiene una naturaleza compleja por varias razones: En primer lugar, el objeto de estudio de la medicina es muy particular dada su magnitud e interrelación entre sus tres principales esferas como son la biológica, psíquica y social. En segundo lugar, un sistema de salud complicado, sujeto a directrices políticas, administrativas, financieras y jurídicas y en tercer lugar, las normas que regulan la responsabilidad médica como factor determinante, en el ejercicio de la medicina.

Respecto a estos dos últimos encontramos que, con la reforma constitucional, la ley 100 y posteriores reformas, entre las más recientes Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de la salud), se ha generado un enorme impacto en el nivel de cobertura de los servicios de salud en Colombia. En consecuencia, el número de pacientes que deben ser atendidos ha superado con creces la capacidad instalada (tanto física como humana) del sector salud en todos los niveles de atención, mediatizando además la relación médico paciente.

El gran congestionamiento en los servicios de urgencias, hospitalización, cirugía, consulta externa, atención prioritaria entre otros, es determinante en la disminución de la calidad y seguridad en la atención de paciente, incrementado la posibilidad de error de médico y por

ende una posible demanda por responsabilidad por el acto médico. De allí que la historia clínica se convierta no solo en uno de los elementos más importantes de la relación médico paciente, sino además un medio de prueba importante al momento de establecer la responsabilidad por el acto médico.

Ley 23 de 1981, expresa en su artículo IV: “[...] La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico [...]”. La historia clínica es una de las formas de registro del acto médico, cuyas cuatro características principales se encuentran involucradas en su elaboración y son: profesionalidad, ejecución típica, objetivo y licitud. La profesionalidad hace referencia a que el profesional médico es quien está en capacidad de elaborar una buena historia clínica.

En este orden de ideas, desde la perspectiva de la ciencia médica la historia clínica como documento tiene la finalidad primordial de evaluar la calidad de la asistencia médica, y desde la perspectiva legal un medio probatorio documental que permite a quien administra justicia, emitir un juicio de valor en un proceso de Responsabilidad por el acto médico. Es por esta razón que su elaboración y manejo debe ser realizado acorde con los planteamientos teóricos que la ciencia médica y que la ley exige para su validez, sin olvidar los elementos éticos particulares de la asistencia médica.

De allí que el problema de investigación que se plantea en la presente investigación es el siguiente: ¿Cuál es el valor probatorio de la historia clínica en los procesos de responsabilidad médica?

Como objetivo general de la investigación se busca establecer el valor probatorio de la historia clínica como medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica. En cuanto a los Objetivos específicos:

1. Estudiar el valor probatorio que ha tenido la historia clínica a partir de los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado, la Sala Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de responsabilidad médica
2. Establecer la importancia de la historia clínica como documento técnico científico en los procesos de responsabilidad medica
3. Estudiar el marco legal que regula la historia clínica y su incidencia en la determinación de su valor probatorio como medio de prueba en los procesos judiciales.

En cuanto al aspecto metodológico de la presente investigación se utilizará el método analítico – descriptivo, y documental. A partir de este se abordará el estudio de la normas, decisiones jurisprudenciales y posiciones doctrinales alrededor de la historia clínica y su valor probatorio en los procesos civiles, administrativos y penales en los que se ventila la responsabilidad por el acto médico, describiendo los postulados vigentes en el derecho procesal civil penal y administrativo en Colombia sobre el valor probatorio de la historia clínica.

Se tiene como fase inicial un acercamiento teórico al tema de estudio y para finalizar un acercamiento a través de un trabajo de campo que permitirá conocer el manejo que de este documento hacen, las instituciones de salud y el personal médico, para establecer la importancia de la historia clínica como documento técnico-científico.

La investigación descriptiva- documental consiste en realizar un estudio cuyo fin es conocer el valor probatorio de la historia clínica como documento técnico-científico a partir de los pronunciamientos de la sala civil y penal de la corte suprema de justicia y consejo de estado y

las normas jurídicas con relación a los medios de prueba en materia de responsabilidad médica

investigación analítica: el análisis radica en abordar de manera objetiva el tema proponiendo conclusiones que permitan a la comunidad científica un acercamiento sobre el tema objeto de estudio.

1 La historia clínica elemento fundamental del acto medico

1.1 Características de la historia clínica

La historia clínica según VAZQUEZ FERREYRA, 1996) es la relación ordenada y detallada de toda la información, detalles y conocimientos, personales y familiares, como actuales, relativos al paciente, y esta información sirve de base para que el medico diagnostique una enfermedad y también dar manejo al tratamiento.

La historia clínica puede ser definida desde varios puntos de vista manifestado por (Martínez Cabrera, 2011), por ejemplo, el gramatical, el jurídico, el médico-asistencial, o desde el área de la medicina legal, como el documento médico legal donde quedan registrados todos los datos relativos a las condiciones de su salud, que se elaboran con el fin de facilitar su asistencia, desde el nacimiento de la persona hasta la muerte, y que puede ser utilizados por todos los profesionales y técnicos sanitarios de los centros asistenciales donde el paciente acude.

Según la T528/2016, la historia clínica no es sólo una descripción del estado de salud de quien consulta o es atendido, sino que también es una secuencia de los procedimientos que se le realizan tanto por el médico tratante como por el equipo de salud (enfermeras y auxiliares) que lo asiste. De allí que en ella se dé cuenta de los actos médicos (diagnóstico y tratamiento), la evolución del paciente, la atención paramédica e inclusive los actos extra médicos.

En nuestro ordenamiento Jurídico, se define la Historia Clínica como un documento privado, que es obligatorio y guarda reserva en la información obtenida, en el cual, todos los registros de las condiciones de la salud del paciente se dan cronológicamente, también los actos médicos y los otros procedimientos realizados por el equipo de salud que interviene en la atención del paciente. La Historia Clínica según Resolución 1995 (Ministerio de Salud , 1999) es

un documento que solamente puede ser conocido por terceros con previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

Sin duda, la historia clínica es un documento fundamental por el contenido y manejo de la información del paciente, en ella, el profesional de la salud describe todos los acontecimientos que se presentan, en el proceso diagnóstico y terapéutico de los usuarios. La información que se consigna en la historia clínica, contiene características específicas reguladas por el ordenamiento jurídico, razón por la cual se hace una reseña de éstas a continuación.

La Resolución 1995 (Ministerio de Salud, 1999) en su artículo 3 establece como una característica básica **la Integralidad**, consignando que la historia clínica debe reunir información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos sobre la atención que se da al paciente frente su enfermedad, promoción de la salud, prevención de enfermedades, los diagnósticos, el manejo o tratamientos. Así mismo contempla la **Secuencialidad** que consiste en el registro cronológico de todas las actuaciones por parte del equipo de profesionales y técnicos sanitarios. La **Racionalidad científica**, que según (Ministerio de Salud, 1999) consiste en la aplicación de criterios científicos para el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas al paciente, esta información debe ser lógica, clara y completa. La **Disponibilidad** que se describe como la disponible de ésta, en cualquier momento en que se necesite y para quien la necesite (profesionales y paciente). Por último, la **Oportunidad**, que se refiere al diligenciamiento simultáneo e inmediato de los datos después de que ocurre la prestación del servicio del equipo sanitario.

Adicional a las características que se han señalado, expertos en el tema han afirmado que la **Confidencialidad**, es otra característica en la que el secreto profesional juega un papel muy

importante, por ser uno de los deberes principales del Profesional de la Salud.¹ La **Seguridad que consiste en que se** debe constar en la Historia Clínica, la identificación de los profesionales del servicio de salud encargados del registro y consulta de los datos de la HC. La Disponibilidad, **Legible y Única** citada igualmente en la resolución 1995 de (Ministerio de Salud, 1999).

En “*La historia clínica: un documento básico para el personal médico*” sus autores, expresan que Su **Obligatoriedad**, en el sentido de que ninguna actuación del profesional debe efectuarse sin su correspondiente registro en la historia clínica, siendo excepción a esta regla, las circunstancias de extrema urgencia en donde el tiempo de actuar es corto. Así mismo el carácter **Irreemplazable** ya que todo lo que se escribe en la misma no puede ser modificado o alterado.

Su naturaleza Privada, ya que la información descrita por el profesional es confidencial y solo podrá tener acceso a la información de la historia clínica el enfermo, sus familiares, los responsables por el paciente, las autoridades judiciales y quienes demuestre que la necesite. Por otra parte, (MsC. Maritza Alcaraz Agüero, 2010) afirma que la Historia Clínica debe ser **objetiva y veraz**, ya que los hechos reales y las situaciones de salud del paciente tienen que ser descritas tal cual son y no deben dar lugar a especulaciones.

¹ Resolución 1995 de 1999, de acuerdo a la norma, la historia clínica es un documento indispensable para la relación médico paciente, por lo tanto, debe reunir características específicas para salvaguardar la autenticidad del documento. Además de las características que encontramos en la norma se puede agregar otras más que fueron consideradas, por ejemplo, la legibilidad del documento y que sea respetuosa. Así como menciona tanto la norma como la doctrina, es importante que en el diligenciamiento de la Historia clínica se cumpla rigurosamente con tales exigencias, ya que son ellas que hacen con que este documento sea pertinente como medio probatorio.

En el derecho comparado especialmente países europeos como España, el Código Deontológico, define la historia clínica como un documento en donde el profesional de la salud, registra todos los actos médicos realizados en el paciente, y se elabora con el fin de facilitar su asistencia prestada. Se menciona que la historia clínica es un documento imprescindible para prestar una asistencia médica de calidad y para eximir de cualquier responsabilidad el profesional médico. El motivo más importante de la elaboración es siempre la asistencia y que ésta sea de calidad. La historia clínica (Criado del Río, 1999) tiene tanta importancia en la labor asistencial que está reconocida como un derecho del paciente y como un deber y un derecho del médico.

Es derecho y deber del médico el diligenciamiento de la historia clínica del paciente, del tal forma que si el médico no la realiza de forma correcta como lo regula su legislación, incurre en una falta disciplinaria prevista en la Ley General de Sanidad, con una sanción de multa, estando además incurso en una negligencia médica, que de producir en un daño al paciente dará lugar a una responsabilidad civil médica e incluso hasta una responsabilidad de carácter penal.

Conforme a la legislación española, la historia clínica debe para la prestación de la asistencia médica de calidad y efectividad, debe ser **Completa**, pues en ella se debe reunir los datos obtenidos de la anamnesis, exploración personal del paciente, pruebas diagnósticas complementarias, juicio de diagnóstico y tratamiento, así como los detalles de la evolución clínica del paciente, la identificación de los especialistas a los que ha sido remitido, los documentos de consentimiento informado y los rechazos al tratamiento de los pacientes, también debe ser **Ordenada** todas las anotaciones deben aparecer en un orden cronológico (sucesivo y debidamente fechadas) donde los datos deben ser exactos y deben estar al día.

Cuando no se actualiza las informaciones de la historia clínica, se considera una falta leve y existen multas pecuniarias para este tipo de falta. También está la característica de ser **Inteligible o legible y comprensible**, ya que todos los datos o información debe ser entendible al lector; la información que se maneja debe ser **Respetuosa** con el enfermo, los compañeros y con la institución y sus directores.

Se permite ser **Rectificada** cuando sea necesario, no para “ocultar” una mala actuación médica, sino con el objetivo de completar y aclarar la historia del paciente; la historia es **Veraz**, ya que toda la información obtenida y descrita es la verdad y de no serlo, el médico puede incurrir en un delito de falsedad de documentos (artículos 390-400 del Código Penal); la **trascendencia** sanitaria, social, judicial, etc., de los datos reflejados en la historia clínica hace que ésta pueda ser utilizada también con otros fines u objetivos, con la previa autorización del paciente o quien responda por él, donde se preserva su intimidad y confidencialidad del mismo, con excepción de situaciones que trae las normas legales.

En España, la LORTAD de 1927, es la norma legal que regula la historia clínica informatizada, ella califica como infracción grave algunas actuaciones y crea un fichero privado de los datos con el objetivo de recolectar datos fraudulentos o engañosos. El consentimiento informado del paciente también deberá ser obtenido cuando los datos vayan a ser informatizados. De no ser así, también esta conducta es considerada como falta disciplinaria por la LORTAD. (Criado del Río, 1999) España.

Así mismo, se puede observar que, en varias legislaciones en el mundo, por ejemplo, en la legislación brasilera, Chilena, argentina e etc., la historia clínica guarda similitudes en cuanto a sus características, en sentido de que es un documento valioso tanto para el paciente como para el médico, también un derecho para ambos; sin duda, la historia clínica debe ser la pura realidad

de todos los procedimientos y actuaciones del médico con el paciente, siendo un reflejo fidedigno de la evolución de la enfermedad o mejor de la recuperación del paciente y todos los datos que son incluidos en él de ninguna forma, podrán ser alterados, es inaceptable que se describa actuaciones que no sucedieron o cualquier modificaciones, arreglos, falsificaciones o simulaciones, se eso llegara a suceder sería una violación de la veracidad del documento, violación a la autenticidad e idoneidad del mismo, tendrían implicaciones dentro del ámbito penal, estaríamos hablando del delito de falsificación de documento privado, que tiene una pena privativa de la libertad, según el código penal colombiano, que en su artículo 289 aclara que el uso del documento privado falsificado puede tener una pena de prisión de 16 a 108 meses.

1.2 Requisitos formales de la historia clínica

Los requisitos formales son condiciones indispensables y necesarias que componen un determinado documento, o, en otras palabras, es la condición necesaria para la realización de algo. En Colombia los requisitos formales de la Historia Clínica se recogen en la Resolución 1995 de 1999, señalando como generalidades, la apertura e identificación de la Historia Clínica, numeración consecutiva de la historia clínica, identificación del usuario, registros específicos y, por último, los anexos.

Las ²*Generalidades* deben ser diligenciadas en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar ningún tipo de sigla. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza la actuación del profesional, con

² En los requisitos formales de la historia clínica podemos encontrar las fallas en los diligenciamientos del documento, ya que el profesional muchas veces se equivoca llenando los datos del paciente con la información que no es clara, legible y con tachones. Infelizmente cuando ocurre esos errores es muy difícil determinar la veracidad del documento. Es por tal motivo que la resolución 1995 de 1999 considera indispensable los requisitos formales para el diligenciamiento de la historia clínica.

el nombre completo y firma del autor de la misma; la *apertura e identificación* de la historia clínica, se da por todo prestador de servicios de salud que atiende por primera vez a un usuario debe realizar el proceso de apertura de historia clínica.

En la *identificación del usuario* se diligencia con los datos personales del usuario, apellidos y nombres completos, estado civil, documento de identidad, fecha de nacimiento, edad, sexo, ocupación, dirección y teléfono del domicilio y lugar de residencia, nombre y teléfono del acompañante; nombre, teléfono y parentesco de la persona responsable del usuario, según el caso; entidad aseguradora y tipo de vinculación. En los registros específicos se consignan los datos e informes de un tipo determinado de atención. El prestador de servicios de salud debe seleccionar para consignar la información de la atención en salud brindada al usuario, los registros específicos que correspondan a la naturaleza del servicio que presta

La *numeración consecutiva* de la historia clínica permite que toda la información obedezca a una secuencia de acontecimientos, numerando esos hechos descriptos por el profesional. Todos los folios que componen la historia clínica deben numerarse en forma consecutiva, por tipos de registro, por el responsable del diligenciamiento de la misma.

En cuanto a los *anexos* la Resolución 1995 del (Ministerio de Salud, 1999) son todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las actuaciones realizadas por el médico en la atención al usuario ejemplo las autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), los procedimientos, las autorizaciones para necropsia, las declaraciones de retiro voluntario y otros documentos.

1.3 Marco legal de la historia clínica

En Colombia existen algunas leyes y decretos que han regulado la práctica médica. Tenemos por ejemplo la Ley 83 de 1914 que reglamenta la medicina y las demás profesiones afines.

El Decreto 2831 de 1954, busca que el ejercicio de la profesión sean para personas que tienen vocación y acreditados, con esa norma garantiza la calidad del ejercicio.

Ley 14 de 1962, sobre ejercicio de la medicina, introdujo modificaciones con respecto a la competencia en materia de sanciones, atribuyéndosela, con base a relación en la suspensión temporal y definitiva en el ejercicio profesional, al Consejo Nacional de Profesionales Médicos y Auxiliares del entonces denominado Ministerio de Salud Pública.

El Decreto 3380 de 1981, estipula que el “conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de éste.

Ley 23 de 1981, reglamenta la Ética Médica en los artículos 33 al 45. La ley trae en el Capítulo III lo relacionado con la prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas, en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981 como menciona la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley.

La ley 10 de 1990, reestructuró el Sistema Nacional de Salud, elevándose la salud, al rango de servicio público, y con la reglamentación de la constitución Política donde la Salud es Servicio público esencial.

El Artículo 90 de la Constitución Política, Constitucionalizó la Responsabilidad Estatal en el ejercicio de la medicina.

Artículo 2341 del código civil, la responsabilidad directa

La reforma constitucional de 1991, en sus artículos 209 y 269, estableció el deber de la administración pública, de diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control, cuya calidad y eficiencia sería evaluada por la Contraloría general de la nación.

En la Ley 6 de 1991, define la especialidad de la anestesiología, y señala los requisitos para poder ejercerla en Colombia

La ley 100 de 1993, y su decreto reglamentario 2174 de 1996, vino a estructurar el sistema de Garantía de la calidad, y ordenan su implantación en las entidades de Salud en Colombia.

La Resolución 13437 DE 1991 fue donde se establecieron los comités de Ética Hospitalaria y se adoptaron el Decálogo de los Derechos de los Pacientes.

Con la ley 87 de 1993, se implementó, desarrolló y consolidó, las auditorías internas del sector estatal, y su filosofía y enfoque es retomar del sector privado la práctica de la auditoria, el control interno y otras herramientas de tipo gerencial.

El Decreto 0190 del 25 1996, por el cual se dictan normas que reglamentan la relación Docente-Asistencial en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se establece en dicha normativa que la relación docente asistencial es el vínculo para articular.

El Decreto 1543 DE 1997, en resumen, este decreto señala y regula las conductas, acciones, actividades y procedimientos para la promoción, prevención, asistencia y control de la infección por VIH/ SIDA.

Ley 527 de 1999, se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

Resolución de 1995 de 1999, se establece normas para el manejo de la Historia Clínica, definiciones, Disposiciones Generales, características, requisitos Formales, diligenciamientos, Organización y manejo del Archivo de Historia Clínicas, Comité de Historia Clínica, en resumen, todo el manejo de la información contenida en el documento

La Resolución 412 de 2000, adopta las normas técnicas de obligatorio cumplimiento en relación con las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y las guías de atención para el manejo de las enfermedades de interés en salud pública

En la Resolución 3374 de 2000, se reglamentan los datos personales básicos que deben reportar los prestadores de servicios de la salud y las entidades administradoras de planes de beneficios sobre los servicios de salud prestados.

En el Decreto 1747 de 2000, se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

El Decreto número 1747 de 2000, se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

Resolución 0058 de 2007, se deroga la Resolución 1715 de 2005 por la cual establece las nuevas normas de manejo de la Historia Clínica Custodia y tiempo de Conservación.

Ley Estatutaria 1751 de 2015 en que se reglamenta el derecho fundamental a la salud en Colombia.

Ley 1753 de 2015, se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, en su artículo 45, menciona sobre la historia clínica electrónica.

La Resolución 839 de 2017 modifica parcialmente la Resolución 1995 de 1999, creando criterios en cuanto al manejo de los registros asistenciales como el tiempo de custodia, conservación y disposición final del documento.

1.4 Responsabilidad por el manejo de la historia clínica

De acuerdo con (Rodríguez Almada, 2001) la responsabilidad jurídica uruguaya, la preocupación de los médicos internacionalmente, pasa lo mismo en Colombia, ya que los médicos son orientados a tomar medidas preventivas frente a sus actuaciones, son muchas las repercusiones individuales entre pacientes y médicos, las anomalías que existen en los reclamos por la responsabilidad médica, esto conlleva, en la práctica asistencial, que se desarrolla en la relación médico paciente. Y las economías institucionales que son las medicinas defensivas, pólizas de seguros, conciliaciones y liquidaciones de sentencias judiciales. El régimen de la responsabilidad médica recibe soluciones doctrinales y jurisprudenciales.

La información según (Luna Maldonado, 2000) es un elemento importante en todas las actividades sanitarias, y es un deber del médico brindar la colaboración con los profesionales sanitarios, proporcionándoles información y permitiendo su proceso, y también es un derecho esencial a recibir, no solo como elemento previo para otorgar el consentimiento sino también con base en los derechos de los pacientes. Toda la información que se va a proporcionar, elaborar, generar y almacenar durante la actuación terapéutica y/o preventiva, que se encuentra orientada para la finalidad asistencial. El bien jurídico fundamental a resguardar, es la información que contiene la Historia Clínica del paciente, que hace parte de su derecho a la intimidad. El titular

del derecho fundamental es el paciente. El Secreto Profesional consiste en mantener oculto toda la información que ha sido recopilada, bajo la confianza de que no será utilizada con otros fines.

(Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 1994), en su trabajo científico menciona que la Historia Clínica es privada y pertenece solamente al paciente, integrándose los conceptos de confidencialidad, secreto profesional e información. Hay un aspecto relevante sobre la historia clínica como un documento reservado, disposición que se le reconoce en Colombia. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

Según el profesor J. Parra Quijano, en el aspecto procesal y probatorio hay dos tipos de documentos: solemne, cuando la ley impone que un suceso se celebre por medio de un documento específico, como la venta de un inmueble o un consentimiento informado, y probatorio, cuando se constituye como objeto permanente de representación como medida de seguridad (historia clínica). Además, la historia clínica es parte de la función del médico como auxiliar de la justicia, evento consagrado en la Ley de Ética Médica. El médico para (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 1994) es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, como funcionario público o como perito, expresamente designado para ello.

2 Desarrollo de la Historia Clínica

2.1 Escenarios donde se configura y se desarrolla la historia clínica

De acuerdo con Gonzales Cáceres, la historia clínica se origina en el ³actos medico ya que el médico que actúa como profesional de la medicina en la prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud individual o colectiva, y mediante el que atiende y resuelve los problemas directos y derivados de la relación médico paciente, siendo así, su naturaleza jurídica se origina en el acto médico, es decir, no puede ser cualquier acto realizado por un médico, sino aquel en el que específicamente esté actuando como profesional de la área de la salud.

Otro escenario en que se configura la historia clínica es de la relación médico paciente, que nace de la interacción que se establece entre el médico y el paciente con el propósito ayudarlo y curarlo, aliviar su padecimiento y prevenir la enfermedad, en donde el médico necesita establecer conversaciones con el enfermo para que pueda aplicar sus conocimientos teóricos y técnicos al diagnóstico y tratamiento, del que depende en gran parte el éxito terapéutico, debido a que este le especificara todos los males de los que padece.

El consentimiento informado según (Barrera Trujillo) es el último escenario en que se configura la historia clínica, porque el consentimiento enfatiza no solo lo referido al derecho a ser informado y la libertad de aceptar o no de someterse a una intervención quirúrgica, sino, por el contrario, se involucran un conjunto de derechos fundamentales que posee el paciente.

³ De conformidad con el autor citado, es el acto médico uno de los escenarios en que se configura la relación médico paciente, es a partir de ese exacto momento que se inicia toda la esencia de esta relación ya que es el elemento primordial del ejercicio médico.

2.1.1 Acto médico

Para poder entender la ontología de la Historia Clínica, debe definirse cada uno de los escenarios en donde se configura, se desarrolla y se complementa para luego ser tomado como medio de prueba.

El primer escenario que es el acto médico afirma (Meza, 2012), se puede definir como la relación médico paciente más, estrecha, ya que la comunicación entre los dos es algo fundamental para el manejo o el tratamiento del paciente. El medico depende que el paciente le informe de todas las situaciones y los síntomas que presenta; el paciente juega un papel importante en el sentido de que no debe esconder ningún de sus síntomas, pues siendo así dificultaría la ayuda del profesional médico.

(Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 1994) en el trabajo científico “El Acto Médico, implicaciones éticas y legales”, los autores afirman que esta relación médico-paciente, es la esencia del ejercicio de la medicina, que se produce siempre que el profesional, en el caso el medico se colocan de acuerdo con un usuario en la prestación de un servicio de salud, el medico ofrece su servicio y el usuario lo acepta.

Como lo expresa la Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981): "La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico...". De acuerdo con dicha ley, la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos: Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, por acción unilateral del médico, en caso de emergencia, por solicitud de terceras personas, por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están al cargo de una entidad privada o pública.

Según (Meza, 2012), el ⁴acto médico refiere a relación interpersonal entre dos extremos concretos: paciente-médico y el acto médico conlleva un fin intrínseco cual es propender por la mejoría del paciente, llevando a cabo los procedimientos médico-quirúrgicos o terapéuticos indicados por la ciencia y la *lex artis ad hoc*, respetando siempre la autonomía y derecho del paciente a decidir sobre su propio cuerpo.

Es a través del acto médico que se intenta promover la salud, cura, la prevención a las enfermedades y restablecer la salud del paciente. El médico, es el profesional que se compromete a poner todos los medios a su alcance para desarrollar un excelente trabajo, en que el procedimiento (médico o quirúrgico) sea de calidad, y que se logre los resultados esperados, actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal es para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, es lógico que el médico no puede garantizar los resultados, pero el médico hace lo posible por alcanzar los resultados positivos al paciente, sin olvidar la advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo ejercicio de la medicina..

De acuerdo con (Meza, 2012) los autores Gisbert Calabuig y Villanueva Cañadas, dicen que ni todo lo que realizan los médicos son actos médicos, ni cualquier acto médico puede ser realizado por cualquier médico, por ejemplo, determinadas intervenciones solo se pueden dar por el Especialista experto. Estos autores también aportan, cómo no, su definición de acto médico el cual consideran como “Toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico,

⁴ El acto médico es tan importante en su esencia, que el profesional médico tiene la vida de una persona en sus manos, por eso, que la formación profesional del médico cada vez más tiene y debe ser de altísima calidad, ya que el servicio que presta ese profesional es vital para la humanidad, no puede permitir ninguna equivocación, una sola y puede costar la vida del paciente.

legítimamente capacitado, conducente a la curación de una enfermedad o a la promoción de la salud integral de las personas”.

Las características principales citadas por el Dr. Fernando Guzmán, diferencian al acto médico en la profesionalidad porque únicamente es el profesional de la medicina “el medico” el que puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución de la acción denominada "Lex Artis ad Hoc " están sujetas a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la mejor atención para lograr la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud de sus actos, o sea que todas las actuaciones del profesional médico estén en concordancia con las normas jurídicas. El autor (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) menciona el Acto médico directo que son aquellas intervenciones médicas que buscan obtener la curación o alivio del paciente.

Estas actuaciones pueden ser preventivas, o pueden tratar de diagnosticar enfermedades para seguir con el tratamiento, siendo el terapéutico o de rehabilitación. La prevención hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos. El diagnóstico es la opinión del experto “el médico” obtenida de observación directa, o por exámenes de laboratorio. La terapéutica se refiere a diversas formas de tratamiento para la enfermedad del paciente y la rehabilitación es el conjunto de medidas dirigidas a complementar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social. Los actos médicos indirectos están dirigidos a la investigación científica, la experimentación y la autopsia.

El acto médico documental según (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 1994) es en realidad complemento de los actos médicos anteriores y su importancia legal en su validez como prueba dentro de cualquier proceso. En este grupo de actos médicos documentales se incluyen el certificado médico, la

receta o fórmula médica y la historia clínica, que es el más importante de todos. La historia clínica debe ser parte de la reserva profesional del paciente y del secreto profesional del médico. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

El acto médico de (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 1994) cualquiera que sea, es una fuente que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. No obstante, no es la única fuente. Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

La Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981) menciona que La relación médico-paciente es primordial para el desarrollo de la práctica médica, y para qué relación sea exitosa, el profesional debe ser responsable, leal y auténtico. De acuerdo con dicha ley, la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos:

En la Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981) Por la voluntad de las partes, voluntad libre de vicios; en casos de emergencia la acción unilateral del médico; por solicitud de terceras personas; por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

El Acto médico directo (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 1994) que consiste en la intervención médica, donde el

profesional trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación..

Según (Barrera Trujillo), Gonzales Cáceres, el Acto médico es aquel en que el médico actúa como profesional de la medicina en la prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud de la persona, y mediante el que atiende y resuelve los problemas directos y derivados de la relación médico paciente. ” (Trujillo).

Además de lo citado por (Barrera Trujillo) el Doctor Gonzales Cáceres también menciona que todo acto médico se sustenta en una historia clínica que sea veraz y que la información sea suficiente en el sentido que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado.

El Dr. Meza señala que en Colombia no hay una definición formal para el acto médico como hay en la legislación peruana (Colegio Médico del Perú, 2007) en el artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú el cual trae la siguiente definición de acto médico:

“Artículo 12. El acto médico es toda acción o disposición que realiza el medico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico, en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico. ”

(Colegio Médico del Perú, 2007)

El profesor Guzmán Mora (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 1994) menciona que el acto médico es una forma especial de relación entre personas, donde una de ellas, el enfermo, acude motivado por una

mudanza en su salud y la otra, el médico, quien está en capacidad y tiene la facultad de orientar, mejorar o sanar, o cuando menos aliviar el padecimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

Según (Meza, 2012) el tratadista español de las Heras García aporta su definición de acto médico diciendo que en términos generales cualquier actividad que lleve a cabo un facultativo u otro profesional de la salud bajo la inmediata dirección y vigilancia del médico, que ha de ser propia de la profesión médica y dirigida a la emisión de un diagnóstico, pronóstico o a la prescripción de un tratamiento respecto de un paciente con la finalidad de intentar mejorar el estado de salud de este último, lo que permite constatar que, en todo caso, supone un (SIC) acto o, mejor, una sucesión de acciones o proceso integrado por, el menos, dos etapas principales que, curiosamente, coinciden con los estadios que configuran el consentimiento del paciente.

2.1.2 Relación médico paciente

Definido por (Barrera Trujillo) como la interacción que se establece entre el ⁵paciente y el medico con finalidad de resolver su problema de salud, aliviar su padecimiento y prevenir la enfermedad, en donde el médico necesita establecer este diálogo con el enfermo para que pueda aplicar sus conocimientos teóricos y técnicos al diagnóstico y tratamiento, del que depende en gran parte el éxito terapéutico, debido a que este le detallara los males de los que padece. En este contexto la relación médico paciente tiene como elemento esencial el cuidado de la salud y la vida, sin embargo, se presenta como una relación jurídica de prestación de servicios por la que

⁵ Así como menciona el autor Barrera Trujillo, la relación médico paciente debe ser transparente y de confianza para que tanto el profesional como el paciente tengan claridad y sabiduría para la toma de una decisión. Aquí no se puede guardar u olvidar ningún detalle, es fundamental que el medico conozca toda la vida del paciente. Por otro lado, hay pacientes que no confían en sus médicos. Cuando ocurre ese tipo de situación la relación está comprometida.

el profesional de la salud atiende a quien se lo solicita a cambio de que este servicio sea remunerado.

El artículo desarrollado por (Arango Restrepo, 2012) dice que la relación Médico paciente constituye el centro de la actividad del médico, la razón de ser de la medicina es ayudar al paciente, y toda esa relación, se conoce también como el acto médico y que son 3 los elementos importantes: El médico, el paciente y la relación entre ellos.

(Arango Restrepo, 2012) expresa que los médicos por el tipo de misión que desempeñan, son vistos muchas veces, como hombres con súper poderes y facultades que muy pocos tienen. Por este motivo, han sido respetados y apreciados y tenidos en gran estima en la sociedad. Hay médicos por vocación y también los hay por equivocación; estos son personas con el título de médico, pero con una serie de intereses realmente ajenos a la medicina, y que no son capaces de ver al paciente como a un ser que necesita su atención y cuidado.

El Paciente⁶ de acuerdo con (Arango Restrepo, 2012) es el usuario o cliente, tiene un significado muy mercantil que es usado por muchos economistas y administradores que no comprenden cual es la realidad salud-enfermedad y médico-paciente. Usuario es el que utiliza y el enfermo no va a usar un servicio de salud, va a pedir ayuda. La palabra que se debe siempre

⁶ El término que menciona el autor Arango Restrepo, hoy en Colombia es muy utilizado, ya que aquí tenemos las Empresas Prestadoras de Salud, que ven el paciente como un usuario, que puede dar mucho lucro o pérdida a esta Empresa. Infelizmente hay profesionales médicos que acaban haciendo este juego sucio de las EPS, y es a partir de este momento que la relación médico paciente se daña, ya que el profesional no mira la persona como paciente y si como un usuario de servicios de salud, y por lo tanto, el profesional está obligado también a cumplir con números, como por ejemplo, debe consultar 20 pacientes en su turno, y el tiempo de atención a cada uno es de 15 minutos. Es lógico, que para el profesional médico queda muy difícil atender un paciente con solo 15 minutos, él debe interrogar el paciente y conocer la historia clínica, y es cuando se evidencia la falla en la atención.

usar es “enfermo”, aunque bien entendido también es correcto usar la palabra paciente; paciente es la persona que tiene confianza en su médico. La palabra paciente proviene de dos etimologías diferentes: ser paciente (tener paciencia) y padecer (sufrir); no es peyorativo para nadie ser paciente o estar enfermo. Ambos significados se pueden aplicar a una persona que tienen una enfermedad.

La relación entre el médico y el paciente también ha sido tema de múltiples análisis y se plantean diferentes modelos: paternalista, autonomista y personalista. La relación paternalista es la relación ligada a la situación cultural antigua, en la que la mayoría de la gente era iletrada, analfabeta, y uno de los pocos personajes “sabios” era el médico. Se dice que en el paternalismo la relación médico paciente era una relación vertical, en la que existía una hipertrofia de los derechos del médico y en la que el paciente era un “incompetente mental”.

El médico de (Arango Restrepo, 2012) actuaba como actuaba un padre corrigiendo y dando órdenes a su hijo menor de edad, buscaba lo mejor para el paciente sin su consentimiento. Era una relación de confianza del paciente a su médico. Este modelo hizo crisis por los atropellos por parte de algunos médicos, por abusos, y con el paso del tiempo los pacientes fueron conociendo sus derechos y querían participar de una manera más activa en todo el proceso salud-enfermedad. Como Fruto de los abusos de los médicos fueron las demandas ante los tribunales y las sentencias de los jueces contra ellos.

La relación autonomista afirma (Arango Restrepo, 2012) es también una relación cultural, que nace en el siglo XX producida por los abusos de los médicos con los pacientes tanto en el ejercicio de la medicina privada, como los abusos en la experimentación con seres humanos en el régimen Nazi. Los legisladores defienden a los pacientes y les piden a los médicos que antes de hacer cualquier tratamiento o antes de tomar una decisión consulten al enfermo y que el este

consiente de todos los procedimientos, ya la relación no vertical sino horizontal, el paciente y el médico deben tener un trato de igual a igual, en algunos sitios llega a presentarse unas hipertrofias de los derechos del paciente, es algo similar a lo que ocurre con los derechos del consumidor: el cliente siempre tiene la razón. En este tipo de relación el paciente le exige resultados a su médico y puede convertirse en su enemigo. Evidentemente las dos posturas planteadas son inaceptables, son posiciones extremas, planteadas por el autor de una forma exagerada. Como en muchos asuntos, el término medio sería el correcto.

Y por último, la relación personalista, o paternalista, que para (Arango Restrepo, 2012) es la postura adecuada, ya que está basada en el respeto mutuo entre médico y paciente. Lógicamente, el grado de autonomía del paciente debe variar según sus capacidades de tomar una decisión correcta: si es un paciente que llega inconsciente a un servicio de urgencias, hay que tratarlo de manera inmediata sin preguntarle a nadie.

Si el paciente es un colega afirma (Arango Restrepo, 2012) que llega a nuestro consultorio, podemos explicarle su patología o proponerle un tratamiento médico o quirúrgico con detalle porque sabemos que nos comprende. Es la prudencia del médico la que le debe decir hasta donde hay que entrar en detalles con el paciente sobre un tratamiento, pero siempre hay que explicar. Dado esto, son necesarias ciertas habilidades comunicativas para hacerlo bien, con un lenguaje adecuado, puesto que hay médicos que no se han enterado que el público en general no entiende el lenguaje médico y menos si le explican las cosas a la carrera.

En la relación médico-paciente, el acto médico, debe ser el encuentro de dos confianzas, la del médico que ve que su paciente quiere curarse y la del paciente que sabe que el médico es la persona más idónea para ayudarlo. El enfermo, que ha tomado conciencia de su estado de salud y que reconoce su incompetencia en el campo de la enfermedad que lo amenaza, toma la iniciativa

de dirigirse a otro, esto es, al médico quien, con su preparación y experiencia en el ejercicio de su profesión, es capaz de ayudarlo.

En la Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981) menciona que el médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley, que la asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho. Acorde con ello el Decreto n° 3380/81.

En su art. 2° señala:

“En el trabajo institucional el derecho de libre elección del médico por parte del paciente estará sujeto a las posibilidades ofrecidas por cada institución y que la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos: Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes; Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia; Por solicitud de terceras personas y Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública”.

(Congreso de COLOMBIA, 1981)

Por su parte, el artículo 6 de la ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981) dice que el médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión. Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la presentación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos, por ejemplo, que el caso no corresponda a su especialidad o que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya.

2.1.3 Consentimiento informado

El consentimiento informado es un documento importante, tanto para el médico como para el paciente. El paciente es informado sobre todos los alcances de los procedimientos, diagnósticos o terapéuticos que le serán practicados en él y que le permite al paciente decidir si lo quiere hacer o no. Es en ese momento en que se manifiesta la voluntad del paciente sobre el manejo de su cuidado. Cuando el paciente se encuentra inconsciente, son sus familiares o allegados quienes tomaran esas decisiones. Es en el consentimiento informado que el médico se libra de responsabilidades en su actuar.

El consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*. Comporta, por consiguiente, una pretensión de la *lex artis* para llevar a efecto la actividad que desarrolla el médico. Cuando el médico actúa y en esta actuación genera un incumplimiento, automáticamente este genera la responsabilidad del profesional. El principio del respeto de la persona (principio kantiano) pertenece a un pensamiento moral, en la que se dice que la dignidad del ser humano reside en su autonomía moral, y, por tanto, en su libertad (principio de autonomía). Es un hecho incuestionable que el consentimiento informado es ajeno a la tradición médica, que lo ha desconocido a lo largo de su historia, si bien en la actualidad constituye un presupuesto esencial de la relación médico-paciente, lo que determina una considerada mejora de la calidad asistencial por parte del profesional.

El consentimiento informado según (Galán Cortés, 1999) ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina por lo menos en los últimos siglos. Estamos ante un “derecho humano primario y fundamental”, esto es, ante una de las últimas aportaciones realizada a la teoría de los

derechos humanos, ya que el consentimiento informado permite al profesional cuidarse de no incurrir en responsabilidades.

En la ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981), sobre lo consentimiento informado expresa que:

“el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

(Congreso de COLOMBIA, 1981)

El artículo 16 de la Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981) expresa que “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”.

El consentimiento informado es un procedimiento a través del cual el paciente es informado o comunicado sobre todos los procedimientos, diagnósticos o terapéuticos que le serán realizados y que le permite decidir si acepta o rechaza la alternativa propuesta por el profesional de salud con total conocimiento de esta decisión, lo cual debe constar por escrito.

La Carta de los Derechos del Paciente del Fondo Nacional de Salud (*FONASA, 1999*), afirma que cada paciente tiene derecho a “informarse sobre riesgos y beneficios de procedimientos, diagnósticos y tratamientos que se le indiquen, para decidir respecto de la alternativa propuesta. De la calidad y del control de la información, de las competencias de comunicación y de lograr empatía con el paciente, dependerá el tener una muy buena relación.

La Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981), por la cual se dictan normas en materia de ética médica, estableció en su artículo 15 que el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

La Resolución 1995 (Ministerio de Salud , 1999), por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica, en su artículo 11 define que son considerados anexos de la historia clínica; todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, tales como: autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), procedimientos, autorización para necropsia, declaración de retiro voluntario y demás documentos que las instituciones prestadoras consideren pertinentes.

La Resolución 2003 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014), por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud, en su manual de inscripción de prestadores y habilitación de servicios de salud, en la página 34 definió en el estándar, de historia clínica y registros, que aplica para todos los servicios, que se debe contar con un procedimiento de consentimiento informado, para que el paciente o el responsable del paciente, aprueben o no documentalmente el procedimiento e intervención en salud a que va a ser sometido, previa información de los beneficios y riesgos. Cuenta con mecanismos para verificar su aplicación.

La misma disposición, en la página 202, define el consentimiento informado como:

“la aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o usuario, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar un acto asistencial. Para efectos del estándar de historia clínica es el documento que se produce luego de la aceptación en las condiciones descritas. En caso que el paciente no cuente con sus facultades plenas, la aceptación del acto médico la hará el familiar, allegado o representante que sea responsable del paciente”

(Ministerio de Salud y Protección Social, 2014)

Complementariamente, el Ministerio de Salud y Protección Social en la Resolución 8430 (1993) ha expedido normatividad relacionada con la obligación de contar con el consentimiento informado que incluya algunas características definidas, para atenciones en salud específicas, entre las cuales se mencionan, consentimiento informado para: participación de investigaciones en salud.

En el documento del Ministerio de Salud y Protección Social (1993) menciona los elementos del consentimiento informado: la Voluntariedad en que dice que el acto mediante el cual un individuo libre ejerce su autodeterminación al autorizar cualquier intervención médica para sí mismo, en forma de medidas preventivas, de tratamiento, de rehabilitación o de participación en una investigación; la Información en cantidad suficiente que sólo la reflexión basada en la relación que se ha establecido con un paciente en particular nos permitirá establecer cuáles son las necesidades reales de conocimiento del paciente respecto a su patología.

La comunicación de la verdad en medicina constituye un imperativo ético, pero la determinación de la oportunidad de su comunicación sigue siendo un juicio clínico. La información que debe darse a un paciente determinado ha de entenderse como un proceso

evolutivo, no como un acto clínico aislado dándole al enfermo la opción de escoger. Esto deberá adaptarse a la situación particular de cada paciente; Información con calidad suficiente: se considera que existen dos aspectos que pueden alterar la calidad de la información.

La primera de carácter objetivo y se origina en el médico, la segunda es de carácter subjetivo y se origina en el paciente como receptor de la información. La información debe ser provista usando un lenguaje inteligible para el paciente, esto es de acuerdo a su nivel cultural y sus posibilidades de comprensión; Competencia, donde según la teoría del consentimiento informado, solo los pacientes competentes tienen el derecho ético y legal de aceptar o rechazar un procedimiento propuesto, o sea de otorgar o no el consentimiento.

La competencia en la Resolución 8430⁷ se define como:

⁷ Como menciona la Resolución 8430 de 1993, el consentimiento informado es la capacidad de comprender la situación que se encuentra, los riesgos y las consecuencias de los tratamientos y cuando decide no aceptar los tratamientos hablamos de los desistimientos informado. Todos hacen parte de la Historia Clínica, ya que es fundamental conocer la voluntad de la paciente para la ejecución de los actos médicos. En muchas ocasiones el paciente manifiesta verbalmente su voluntad en cuanto la aceptación o rechazo de un procedimiento, en esos casos, existen testigos que evidenciaron su decisión o la familia lo puede firmar en casos de que el paciente este inconsciente. Lo más importante es que se cumpla la voluntad del paciente. En ese momento, se protegen los derechos fundamentales del paciente ya que él tiene toda la autonomía para aceptar o rechazar los procedimientos que serán o no ejecutados en él. Es el principio fundamental de la Dignidad Humana como entidad normativa que se protege, ya que es un derecho fundamental, así menciona la Corte Constitucional en la T-881/02, cuando dice que la dignidad Humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esta elección) unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”.

“la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores”.

(Ministerio de Salud y Protección Social, 1993)

El consentimiento informado es un documento que hace parte de la historia clínica. Todos los prestadores de servicios de salud, EPS e IPS, deben estructurar, reglamentar y unificar esas informaciones de los procedimientos de consentimiento informado en sus instituciones, identificando aquellos procedimientos e intervenciones que se va a aplicar el consentimiento informado. También es importante capacitar y concientizar al personal asistencial en los temas jurídicos y sus consecuencias de no hacerlo de la forma correcta, esto es, la información debe ser brindada al paciente oportunamente, en un lenguaje, claro y entendible, se posible no hablar en leguajes técnicos, porque se dificulta la comunicación y que el profesional pase confianza al paciente, para que así pueda tomar su decisión. Por último, las entidades deben realizar periódicamente auditorias y sistematizar los registros de los consentimientos informados.

2.1.4 El contrato de prestación de servicios médicos

El contrato de prestación de servicio del médico, se entiende como la expresión voluntaria de dos personas, el médico y el paciente, en que el medico ofrece un servicio y el paciente acepta. En el campo del derecho se puede decir que es un contrato entre dos partes, la primera parte se denomina contrato de asistencia médica, en el cual es perfeccionado con el consentimiento de la otra parte.

Este Contrato debe cumplir requisitos de validez del acto jurídico. El fin del contrato de asistencia médica se determina por las obligaciones de cada una de las partes. Para el médico es

el reconocimiento de sus honorarios, en contraprestación por la prestación de los servicios de asistencia médica para el cuidado de la salud del paciente.

Hoy en Colombia, jurídicamente no existe una forma para la realización de los contratos de prestación de los servicios médico, lo que determina que el acuerdo queda entre las, hay excepciones cuando la ley establece que la voluntad del paciente sea por escrito. Como no hay una estructura formal del contrato de prestación de servicios médicos, existe estudios que determinan de las características de este contrato.

Uno de ellos es de Miuller Barrera Trujillo (Barrera Trujillo) que menciona las características del contrato de asistencia médica como contratos nominados, contrato típico, contrato simple, donde solo existe una relación jurídica, es un contrato civil, contrato principal, consensual, inmediato, bilateral y conmutativo.

El contrato de servicios o de asistencia médica genera según (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) “obligaciones de medio y no de resultado”. El médico no puede y no debe prometer curar el enfermo. Siendo así, el único resultado que se puede anticipar es que el medico usara de todo su conocimiento, todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución de su trabajo, sin prometer, asegurar ni garantizar ningún resultado, esto porque cada cuerpo responde diferente a los resultados, ya que la entender la complejidad del organismo humano es un desafío para el médico y los resultados son distintos. Este contrato de prestación de servicio es bilateral, y se origina responsabilidades para ambas partes (médico y paciente).

Su naturaleza es consensual, donde se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Por lo tanto, todo documento que se suscriba tiene un carácter “ad probationem”, que

para este contrato específico es de gran utilidad, si se presenta cualquier conflicto que en últimas genere responsabilidades para las partes.

Así mismo (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, 2009), los elementos del Contrato de prestación de servicio médico primero son los sujetos, médico y paciente que actúan bajo el amparo de la ley en que ejercitan voluntad, el objeto es la recuperación o conservación de la salud del enfermo. De acuerdo a lo mencionado, se puede decir es una obligación de medios, es decir, el compromiso es utilizar todos los elementos adecuados para la consecución del fin, sin ofrecer ninguna garantía. Ahora la Cirugía plástica sucede diferente ya que lo que se busca es un resultado específico.

En el artículo 11 de la Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981) dice que “La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas”.

Entre las obligaciones propias del contrato médico, en opinión de algunos tratadistas, como por ejemplo (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, 2009), mencionan que son los siguientes: secreto profesional, información adecuada y consentimiento, obligación de conocimiento, obligación de diligencia y técnica, continuidad en el tratamiento, asistencia y consejo y certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado; Siendo el Secreto profesional el juramento Hipocrático que estipula: “Aquello que yo viere y oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos...” El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión del médico se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

2.2 Importancia y repercusiones de la historia clínica en el ámbito médico legal

2.2.1 La historia clínica como elemento fundamental del acto médico

La Historia Clínica (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) tienen unos elementos fundamentales que se pueden observar en el Acto Médico, como, por ejemplo, cuando afirmamos que su práctica es **obligatoria**, eso porque, ningún acto médico hospitalario o de consultorio debe efectuarse sin su correspondiente registro en la ⁸historia clínica, eso es que cualquier actuación del médico debe obligatoriamente ser registrada en la historia del paciente. En las instituciones de salud se exige la historia clínica como elemento indispensable para ejercer una buena atención y prestar servicio de calidad. Por otro lado, en caso de complicaciones (salvo en algunos casos de extrema urgencia y corto tiempo disponible), su ausencia no tiene excusa.

Otro elemento, es que la historia clínica **no puede reemplazada** por la memoria del médico. Es lógico que no se puedan conocer detalles de cada paciente, ni por el número ni por la complejidad individual de cada ser humano. Es también **privada** y pertenece al paciente, donde se integran los conceptos de **confidencialidad, secreto profesional e información**.

En la **confidencialidad**, existe un aspecto relevante (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) y es el de la historia clínica como documento reservado, calidad que se le reconoce sin dudas en Colombia, como lo prueba el ejemplo reciente del 29 de septiembre de 1993, en que el magistrado Carlos

⁸ La información que se debe introducir en la Historia clínica es de gran importancia para la relación médico paciente, así como afirma el autor Fernando Guzmán, en la Historia Clínica debe contener elementos fundamentales para que la relación no sea afectada y con ende tenga consecuencias legales por falta de cumplimientos de uno de los elementos imprescindibles para la relación.

Gaviria de la Corte Constitucional, declaró que los jefes de las fuerzas armadas no pueden violar la reserva de la historia clínica de quien pertenece a la institución castrense, pues eso va en contra de los derechos fundamentales de la persona.

La Ley 23 ya lo había contemplado donde menciona que la historia clínica es *el registro obligatorio* de las condiciones de salud del paciente. Es un *documento privado*, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. Además, en el artículo 38:

[...] Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

a) al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga;

b) a los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;

c) a los responsables del paciente cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;

d) a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley;

e) a los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia violación de la confidencialidad en la siguiente forma.

(Congreso de COLOMBIA, 1981)

El *secreto profesional*⁹ según (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, 2009) es el juramento hipocrático que menciona de forma general que Lo que yo viere u oyere en la sociedad, durante o fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, ya que no hay necesidad de divúlgalo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos. El secreto profesional médico cobija aquello que, por razón del ejercicio de la profesión, se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

Otro elemento fundamental de la historia clínica de acuerdo con (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, 2009) es que se trata de un documento *objetivo y veraz* donde se basa en hechos ciertos y describe las situaciones como son y no como el médico quisiera que fueran.

La historia clínica es una de las formas de registro del acto médico, donde se puede observar algunas características, la primera característica es *Profesionalidad* donde solamente el

⁹ Es el secreto profesional de acuerdo a la T-301/12, tiene relación inescindible con el derecho a la intimidad de quien es usuario de los servicios del diplomado (artículo 15 C.P.), toda vez que la única razón para que datos integrantes de la esfera reservada personal o familiar estén siendo transmitidos a otra persona es la necesidad de apoyo inherente a la gestión demandada y la consiguiente confianza que ella implica y también El secreto profesional tiene como fundamentos esenciales la tutela de la privacidad natural de la persona y la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del depositante del secreto: “Se reserva para la privacidad o exclusividad, con un doble fin: primero, para no dejar indefensa a la persona, al despojarla de la introspección necesaria para vivir dignamente, con su privacidad natural. Y segundo, por la honra, buen nombre y buena fama del depositante del secreto, que deben quedar incólumes. Se habla de reserva, lo cual indica que el conocimiento se guarda para algo específico, que debe ser utilizado en la confidencialidad y exclusividad propias del oficio. Se viola el secreto cuando se divulga, no necesariamente cuando se revela ante quienes también deben, jurídicamente hablando, compartir la reserva.

profesional de la medicina puede efectuar un acto médico, pues en esencia son los médicos quienes están en capacidad y facultad de practicar una buena historia clínica, debido a que la medicina siempre se ejerce conforme a las normas de excelencia, a pesar de las limitaciones de tiempo, lugar y entorno. *El objetivo* es ayudar al enfermo, que se traduce en aquello que se transcribe en la historia. La *licitud*, pues la misma norma jurídica respalda a la historia como documento indispensable. Los principales elementos según Fernando Guzmán es que en la Historia clínica se constituye el *registro de varios hechos de la vida de la persona* y por definición, historia es la relación de eventos de la vida de una persona.

En ella se registran datos de una extrema intimidad, pues el enfermo de acuerdo con (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, 2009) sabe que cualquier distorsión en la información puede redundar en su propio perjuicio. Adicionalmente, se involucran datos familiares que también se consideran de un manejo delicado. Otro elemento es que en la historia clínica se intenta encuadrar *el problema del paciente*, de acuerdo con los conocimientos presentes del profesional médico, la queja del problema de salud que tiene el enfermo, en que se ubica dentro de un marco teórico que sea capaz de involucrar sus síntomas, signos y documentos paraclínicos, con el objetivo de explicar la causa de la enfermedad y las formas de combatirla esa enfermedad.

Orientar la terapéutica es otro elemento para (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) en que el individuo que acude en busca de ayuda y alivio a sus enfermedades se llama paciente. Quien recibe la información, la procesa y la utiliza para entregar una opinión científica y con base en ella disponer un tratamiento se llama médico. Y una de las partes más importantes del acto médico es la disposición terapéutica, sea de tipo biológico o psicológico. En la historia clínica queda

constancia de los pasos que se siguieron para llegar a esa opinión científica. De allí la importancia de su exhaustividad, con el objeto de encuadrar el mayor número de datos en forma ordenada y así llegar a conclusiones válidas.

La historia clínica con base en (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) posee un *contenido científico investigativo* ya que la investigación científica es uno de los objetivos de la medicina y también otro elemento fundamental de la historia clínica. Y con esto no se hace referencia a grandes proyectos y métodos de extrema sofisticación únicamente. Cada paciente es sujeto de su propia investigación, comenzando por el diagnóstico de su enfermedad. Por lo tanto, debe orientar el tratamiento, la prescripción de medicamentos y la planeación de procedimientos invasivos de acuerdo a las normas de excelencia aceptadas en ese momento por la sociedad y la ciencia médicas.

La historia clínica adquiere *carácter docente* y es otro elemento a mencionar ya que hoy en día el trabajo médico, especialmente el de tipo hospitalario, se lleva a cabo en equipo. El ejercicio exclusivamente individual casi no se desarrolla. En las escuelas de medicina y en los hospitales, se impone a los docentes la responsabilidad de velar por el correcto desempeño de los practicantes (internos y residentes) y de responder por sus errores culposos.

La estructura de un hospital universitario se desarrolla alrededor de la jerarquía académica de sus docentes. Allí trabajan los especialistas por varios motivos, entre los que se cuentan: el volumen de casos que pueden ser atendidos, el tipo de enfermedades que presentan los pacientes que acuden a esa institución, la posibilidad de efectuar investigaciones clínicas específicas por la clase de lesiones que allí se observan, el honor de la docencia, la remuneración, y el amor al trabajo hospitalario.

En la historia clínica (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) se registran las *acciones terapéuticas y de manejo médico de los pacientes*. Asimismo, en forma explícita o no, se encuentran elementos de la participación del equipo médico, incluyendo las notas del personal en adiestramiento, todas las cuales deben ir respaldadas por la firma del responsable legal del enfermo.

También (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) manifiesta que es un importante *elemento administrativo*, ya que, la historia clínica es el documento más importante para respaldar procedimientos practicados, complicaciones sufridas y costos monetarios de quienes responden por cada enfermo.

Para finalizar la historia clínica manifiesta (Guzmán, Franco, Morales de Barrios, & Mendoza Vega, El acto médico Implicaciones éticas y legales, 2009) tiene *implicaciones medico legales*, por un lado, es parte del contrato de servicios médicos, cuyo fundamento se basa en varios aspectos. Primero la capacidad de los sujetos, donde se origina en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión y segundo el consentimiento que es basado en la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo.

2.2.2 Planteamientos de la ciencia médica y la norma técnica de la historia clínica.

La historia clínica posee una estructura que obedece también a los lineamientos científicos, la cual, además cumplir con las exigencias normativas formales también permite al profesional de salud realizar su ejercicio asistencial de forma idónea. Los textos de semiología y propedéutica definen estos elementos estructurales de la HC.

Para empezar, la Universidad Industrial de Santander – UIS, tiene una guía de manejo de la historia clínica (Universidad Industrial de Santander (UIS), 2009) que cumple tanto con exigencias científicas como legales; en su texto menciona que la guía de manejo se aplica a todos los profesionales, técnicos, auxiliares y estudiantes en formación del área de la salud que prestan servicios en la Sección de Servicios Integrales de Salud y Desarrollo Psicosocial de la División de Bienestar Universitario. Desde las abreviaciones hasta las recomendaciones en el diligenciamiento de la historia clínica; las normas de formulación de los medicamentos; como se debe anexar las imágenes diagnósticas, los exámenes de laboratorios y otros procedimientos.

Además de lo anterior, el médico registra en la historia clínica la información científica que soporta el manejo que el paciente recibe por parte de los profesionales de la salud. Esta información científica tiene numerosas fuentes, el ministerio de salud y de protección social, las universidades, y las sociedades científicas hacen esfuerzos para definir de forma idónea la evidencia científica base para este fin. Para ello diseñan guías de manejo, las cuales son objeto de constantes actualizaciones y revisiones por parte de expertos de cada una de las áreas del saber científico en el campo médico.

2.2.3 Problemas frecuentes detectados en la evaluación de la historia clínica

La Historia Clínica de acuerdo con la Resolución 1995 (Ministerio de Salud, 1999) es un documento esencial para el manejo y tratamiento del paciente, es privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención.

No obstante, es un documento en que la información de manejo del paciente es editada, lo que significa que el profesional que está alimentando esa información, debe hacerlo de forma

ética, clara, precisa y verdadera de conformidad con la realidad del estado del paciente. De acuerdo con la Resolución 1995 en su artículo 05, menciona que:

“La Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma”.

(Ministerio de Salud, 1999)

Pero, en la realidad se puede evidenciar a través de las auditorias, problemas que son muy frecuentes en el diligenciamiento de las HC; problemas que pueden intervenir directamente en las decisiones judiciales en Procesos de Responsabilidad Medica.

En Colombia se ha demostrado que en algunos centros de asistenciales de salud existe un manejo inadecuado de las historias clínicas, ya sea por omisión de la información en su diligenciamiento, por hallar enmendaduras, por no incluir información fundamental del procedimiento médico practicado o por inconsistencias en su protocolización. Se recomienda al, exigir a los funcionarios responsables, el registro completo de todos los actos y manejos del profesional en la historia clínica, pues es en ella que se constituye el instrumento más apto para que los centros de atenciones médicas, y también los médicos puedan defenderse frente a cualquier cuestionamiento ético o jurídico.

Las informaciones que las historias clínicas deben contener obligatoriamente son, el diagnóstico, pronóstico, alternativas terapéuticas y complicaciones, la información suministrada al paciente y a la familia sobre ello, el registro de cuándo se obtiene el consentimiento informado, las razones para efectuar un procedimiento nuevo. Las fallas en el diligenciamiento de la historia clínica constituyen una falla médica, ya que es de responsabilidad del profesional el

cumplimiento de los parámetros de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano; también se debe registrar en la historia clínica el momento en que se obtiene el consentimiento informado.

Si bien, según la (Dra. CANO STERLING, 2010) no existe un pronunciamiento jurisprudencial en Colombia sobre el valor probatorio de las historias clínicas, de los fallos revisados, se puede asumir que los jueces vienen considerando esta prueba como la pieza fundamental para tomar la decisión en un proceso de responsabilidad médica.

Para determinar cuáles son los problemas más frecuentes en las Historias Clínicas, se realizó un trabajo de campo en que se visitó personalmente y se entrevistó auditores que realizan periódicamente evaluaciones en las Historias Clínicas, para detectar errores y para mejorar las deficiencias que siguen presentándose con los diligenciamientos.

Los profesionales auditores que fueron entrevistados son profesionales de Instituciones como EPS e IPS. En ese trabajo se respetó la identidad de los profesionales que contribuyeron con ese trabajo de investigación y también la identidad de las instituciones que pertenecen esos profesionales.

De acuerdo a las entrevistas, en las auditorías realizadas por las instituciones EPS e IPS se pueden detectar errores como utilización de siglas, tachones, espacios en blanco y legibilidad. Es importante resaltar que muchas de esas historias clínicas no son digitales, aun en Colombia existen instituciones que manejan la Historia Clínica escrita, incluso los especialistas en consultas particulares las utilizan como mucha frecuencia. Por tal motivo, la legibilidad del documento escrito es comprometida en su veracidad porque es imposible determinar lo que dice el documento.

En las historias clínicas digitales los errores más frecuentes son los espacios en blanco y la utilización de siglas. En medicina las siglas pueden tener varios sentidos dependiendo de la enfermedad que se maneja.

Siendo así, las auditorias intentan contribuir para un mejor diligenciamiento de las historias clínicas, pero es importante resaltar que el profesional necesita concientizarse y colaborar para que eso sea posible y así evitar que esa información tan importante sea comprendida.

En Argentina, la historia clínica es un documento esencial para la asistencia, con implicaciones legales y que además desempeña otras funciones: docencia, investigación, evaluación de calidad y gestión de recursos. Para ello la historia clínica ha de reunir una serie de características en cuanto a: contenido informativo, ordenación lógica, normalización documental y legibilidad, que se hallan recogidas en diversas recomendaciones, normas y legislación al respecto.

A modo de síntesis, se puede afirmar que la historia clínica debe contener suficiente información para identificar al paciente, justificar el diagnóstico y tratamiento, y documentar los resultados de la asistencia. Sin embargo, la historia clínica lejos de ser un producto individual, es fruto de un equipo por lo que, habitualmente, en la confección de la misma intervienen diferentes y diversos profesionales (médicos, enfermería, fisioterapeutas, farmacéuticos, y otros).

Por otra parte, la cumplimentación de esta documentación constituye una actividad derivada de la atención al paciente, la cual en ocasiones se presta en circunstancias poco favorables. Todo ello da lugar a que la documentación presente en la historia clínica no sea la adecuada o no se halle tan completa como sería deseable.

Para garantizar que la historia clínica sea un medio de comunicación de la información acerca de la atención prestada al paciente, que sirva de evidencia de la evolución de los pacientes, de sus enfermedades y tratamientos, para fines legales, financiación de la asistencia, docencia, gestión de la calidad y por fin, proporcione datos clínicos para actividades administrativas, de investigación y docencia, (Dra. Velito Soriano & Dr. Tejada, 2010) afirman se debe controlar la calidad de la historia clínica.

La evaluación de la calidad de las historias clínicas, en la práctica, se plantea desde dos enfoques diferentes que a su vez implican planteamientos y resultados distintos. En primer lugar se busca lograr que las historias sean completas o de “calidad”.

La historia Clínica se basa en un documento esencial para la asistencia, con implicaciones legales y que además también desempeña otras funciones que es la docencia, la investigación, la evaluación de calidad y gestión de recursos. Para eso, la historia clínica debe reunir varias características en relación a su contenido informativo, orden cronológica, normalización documental y legibilidad, que se hallan recogidas en diversas recomendaciones, normas y legislación al respecto.

En Colombia se ha demostrado que en algunos centros de asistenciales de salud existe un manejo inadecuado de las historias clínicas, ya sea por omisión de la información en su diligenciamiento, por hallar enmendaduras, por no incluir información fundamental del procedimiento médico practicado o por inconsistencias en su protocolización. Se recomienda al, exigir a los funcionarios responsables, el registro completo de todos los actos y manejos del profesional en la historia clínica, pues es en ella que se constituye el instrumento más apto para que los centros de atenciones médicas, y también los médicos puedan defenderse frente a cualquier cuestionamiento ético o jurídico.

Las informaciones que las historias clínicas deben contener obligatoriamente son, el diagnóstico, pronóstico, alternativas terapéuticas y complicaciones, la información suministrada al paciente y a la familia sobre ello, el registro de cuándo se obtiene el consentimiento informado, las razones para efectuar un procedimiento nuevo. Las fallas en el diligenciamiento de la historia clínica constituyen una falla médica, ya que es de responsabilidad del profesional el cumplimiento de los parámetros de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano; también se debe registrar en la historia clínica el momento en que se obtiene el consentimiento informado.

Si bien, no existe un pronunciamiento jurisprudencial en Colombia (Dra. CANO STERLING, 2010) sobre el valor probatorio de las historias clínicas, de los fallos revisados, se puede asumir que los jueces vienen considerando esta prueba como la pieza fundamental para tomar la decisión en un proceso de responsabilidad médica.

3 La historia clínica como medio de prueba en los procesos de responsabilidad médica

3.1 Valor intrínseco de la historia clínica conforme a las sentencias de la corte constitucional

La Historia Clínica es un documento indispensable como prueba en los procesos de responsabilidad médica. Como se puede observar en la continuación, en varias sentencias los jueces hacen la misma apreciación en cuanto al valor importante que tiene la Historia Clínica dentro de los procesos de responsabilidad médica, también se verificará algunas decisiones en que los jueces determinan la entrega de la historia clínica a familiares para que este documento sirva como medio probatorio en procesos de responsabilidad médica.

En la T- 650 de 1999, la Corte consideró que en principio la historia clínica de una persona debía mantenerse en reserva aún después de que su titular hubiere fallecido.

En la T-834/06 la Corte consideró que la historia clínica no solo es un documento privado reservado, sino que a la vez es la única prueba sobre los tratamientos médicos recibidos por su titular. Siendo así, en esa sentencia se estudió el caso de una señora que interpuso la acción de tutela contra una I.P.S., que le negó la copia de la historia clínica de su madre fallecida y sobre la cual pretendía esclarecer las circunstancias de la muerte de su mamá. En la decisión la Corte mencionó que primaban los derechos de acceso a la justicia e información de la accionante sobre el derecho a la intimidad de la persona fallecida:

“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, 2006)

En esta decisión se pudo evidenciar que la Corte concede el derecho de entregar la Historia clínica a la hija de la madre muerta, porque existe una sospecha de falla en la prestación de servicios médicos en que ocasionó la muerte de su madre. La Historia Clínica puede ser el documento o prueba documental que se puede determinar la responsabilidad de la muerte de la señora.

En la T-343/08, la Corte menciona que:

“El acceso de los familiares más próximos de quien fallece a su historia clínica, tiene fundamento por cuanto los miembros de su núcleo familiar tienen el derecho de acceder a una información que les es vital, dado que les garantiza la protección de otros derechos fundamentales tales como: el derecho de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que murió su ser querido y el derecho a la vida en condiciones dignas, en el sentido de tranquilidad moral y mental”.

(Corte Constitucional, 2008)

En la sentencia T- 212 de 2000, la Corte reiteró el principio general según el cual la historia clínica es un documento protegido por el artículo 15 de la Constitución y sobre el derecho del titular de la historia clínica de consultar este documento:

“La historia clínica que reposa en la entidad demandada, constituye en principio, no sólo un documento privado sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por el paciente y la institución, y excepcionalmente por un tercero, sino, además, en el único archivo o banco de datos donde legítimamente reposan, todas las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente. En este sentido, al no permitir al paciente acceder a su historia clínica, se viola el derecho de petición, e indirectamente el derecho a la salud del peticionario, en cuanto se hace indispensable su expedición, para determinar su estado de salud, en virtud de la intervención quirúrgica que le practicaron, y de los graves padecimientos que aduce sufrir. Así las cosas, es la misma norma legal la que autoriza al paciente a tener acceso a su historia clínica y establece que al diligenciarse ésta, debe hacerse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. En este sentido, la historia clínica del demandante no cumple con los anteriores requisitos exigidos, por lo tanto, es viable que el peticionario solicite su transcripción”.

(Corte Constitucional, 2000)

Para los efectos de explicar el fundamento y alcance del derecho a la verdad o “a saber” (cuáles fueron los procedimientos o todas las actuaciones del médico en el paciente, es la historia

clínica el único registro de esas actuaciones y por lo tanto es necesario conocerla) a Corte reproduce la siguiente cita de la Sentencia T-275 de junio 15 de 1994:

“Los perjudicados tienen derecho a saber qué ha ocurrido con sus familiares, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, al interpretar los alcances del deber del Estado de garantizar los derechos de las personas, consagrado por el artículo 1º de la Convención Interamericana que conforme al artículo 93 de la Constitución- prevalece en el orden interno”.

(Corte Constitucional, 1994)

T-413 de 1993 consideró que únicamente con autorización del paciente, puede revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica, y en caso de haberse levantado la reserva ya sea por autorización del atendido o por autoridad competente, su uso debe limitarse al objeto y al sentido de la autorización dada por el paciente. De lo contrario, los datos extraídos de la historia clínica de un paciente sin su autorización, no pueden ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial.

En sentencia T-834 de 2006, la Corte indicó que la imposibilidad para los familiares y terceros interesados de acceder a la historia clínica de un pariente fallecido no era absoluta, menos cuando del estudio del caso en concreto se derivaba la necesidad de que la información contenida en ella era necesaria para iniciar un proceso de responsabilidad civil contractual contra las entidades que tuvieron bajo su cuidado a la persona que falleció.

En otra oportunidad, en sentencia T-1051 de 2008 aclaró los supuestos en los que las reservas legales de la historia clínica no se podían oponer a los familiares más próximos del quien ha muerto. Así se dispuso:

“Sin embargo, frente a tal regla general han de exceptuarse los casos en que se encuentren directamente involucrados los derechos complementarios a la verdad y al acceso a la administración de justicia, y en virtud de los cuales los familiares próximos del occiso pueden acceder a la historia clínica de éste, con el fin exclusivo, eso sí, de conocer las causas del fallecimiento y orientar sus acciones, de encontrar fundamentos para ello, a que la justicia establezca las responsabilidades a que hubiere lugar, en caso de que el deceso se haya producido por acción u omisión en la prestación de los servicios médicos. Lo anterior, cobra mayor importancia, si se tiene en cuenta que las historias clínicas son los únicos documentos donde es posible verificar todas las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados a los pacientes”.

(Corte Constitucional, 2008)

Sentencia T-772 de 2009, Así, se tiene que el fundamento para acceder a la información contenida en la historia clínica, principalmente, consiste en la posibilidad de garantizar con ello otros derechos fundamentales como el de conocer la verdad. Al respecto esta Corte señaló lo siguiente:

“Pero, adicionalmente, debe resaltarse el hecho de que en determinadas circunstancias el conocimiento de dicha información resulta vital para garantizar otros derechos fundamentales de los familiares de una persona fallecida, como por ejemplo la vida en condiciones dignas, en términos de tranquilidad moral y mental. De esta manera, existen situaciones en las que la posibilidad de conocer la verdad sobre sucesos tan dolorosos como las causas de la muerte de un miembro del núcleo familiar, es precisamente lo que le permitirá al afectado continuar con

su proyecto de vida y salvaguardar la dignidad de la memoria de aquél que ha fallecido; además, esto posibilitará, siempre que a ello hubiere lugar, justificar y fundamentar el ejercicio de distintos mecanismos procesales ante las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas competentes, cuando existan elementos que permitan”.

(Corte Constitucional, 2009)

De acuerdo al análisis de algunas jurisprudencias, podemos observar que la Historia Clínica es un documento privado indispensable para la comprobación de la responsabilidad médica en los procesos. Se pudo evidenciar que cuando el titular de la historia clínica está muerto y la familia exige conocer el contenido del documento (Historia Clínica) es necesario solicitarla ante un juez y argumentar que existen sospechas de falla en la atención del servicio. Frente esta sospecha el juez concede a la familia el derecho de conocerla, para más adelante iniciar el proceso en que se llegara a la verdad sobre los hechos.

3.2 La historia clínica como medio de prueba en los procesos de responsabilidad civil médica

3.2.1 Concepto de responsabilidad civil por el acto medico

La Responsabilidad es definida por el diccionario de la Real Academia Española como la obligación de reparar o satisfacer, por si o por otro, como consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Esta definición señalada según (Ruiz, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, 2004) permite complementar que la responsabilidad es la asunción de los efectos jurídicos por una conducta impropia, que causa un detrimento patrimonial o extramatrimonial (daño) pero económicamente apreciable a la víctima o sujeto pasivo de dicha alteración, con la consecuente obligación del victimario de resarcir tal daño.

La medicina es una ciencia que en si conlleva una enorme responsabilidad, es inherentes el riesgo en la práctica médica (Ruiz, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, 2004), por tal motivo existe un concepto básico y es que todo procedimiento, ya sea terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, tiene asociado un riesgo para el paciente, representado en que las acciones del médico que le produzcan algún daño o secuela psíquica o física. Este riesgo, que es soportado por el paciente y debe ser asumido por el profesional, es obvio que estas prácticas tienen unas implicaciones legales, dado que el paciente cuando es afectado puede acudir a la justicia.

Actualmente, afirma (Ruiz, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, 2004), el elemento más importante en relación con la obligación de reparación por el hecho de terceros es la obligación de seguridad y garantía, a través de la cual se busca que se le brinde al paciente (cual obligación de medios, excepcionalmente de resultados, y también de fin determinado), un mínimo de seguridad en la práctica médica en cuanto a los profesionales que en una institución tanto pública como privada desarrollen sus actividades de forma correcta, adecuada y principalmente se llegue al fin esperado que es el bienestar del paciente.

Ahora, la responsabilidad civil médica compone un supuesto de específica importancia dentro de la responsabilidad civil en general y también particular, de la responsabilidad profesional del médico, cuya presencia como una institución o figura jurídica independiente de la responsabilidad en general no resulta pacífica. La responsabilidad civil médica ha cambiado radicalmente, toda vez que las demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos de salud (IPS y EPS) son exuberantes, tanto es así, que no se ha dudado en considerar esta situación como la “fiebre de la responsabilidad médica”. Establece (Ruiz, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, 2004) que no se puede negar que la

Medicina es en la actualidad una de las actividades más expuestas al riesgo de acciones de indemnización por perjuicios, ya que su actividad en si es riesgosa.

En Colombia según (Ruiz, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, 2004), la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el profesional médico no está obligado de garantizar la salud del paciente, pero si, está obligado de brindarle todo su apoyo en busca de su mejoría.

La responsabilidad civil médica explica (Vega Vargas, 2005), es la obligación de reparar un daño ocasionado por el profesional médico por la ejecución de un trabajo moroso o defectuoso en el contrato de los servicios médicos. La relación médico paciente es una relación contractual, sin embargo, cuando el medico atiende el paciente inconsciente en urgencia esta obligación es de carácter legal.

Para que surja la responsabilidad medica contractual afirma (Vega Vargas, 2005) hay que darse unos elementos mínimos que son la existencia de un contrato de prestación de servicios médico, el incumplimiento que es cuando el profesional ejecuta sus actos médicos, pero tardíamente o ejecuta defectuosamente (la falta medica), también debe concurrir el daño en paciente y el nexo causal.

La culpa en materia contractual médica (Vega Vargas, 2005), puede darse en cualquier de las modalidades o formas siendo ellas la imprudencia, impericia, negligencia o incumplimiento de la lex artis. Cuando no existe la culpa del profesional médico no existe la responsabilidad médica.

Ahora, la responsabilidad civil extracontractual médica relata (Vega Vargas, 2005) existe por la violación del deber general del cuidado referido por la ley y en las normas de ontología médica, no requiere una relación contractual previa entre las partes médico y paciente, como por

ejemplo la atención y manejo de paciente inconsciente en los centros de urgencias. Los elementos fundamentales para que se presente la responsabilidad civil extracontractual médica son el hecho, la culpa, el daño y el nexo de causalidad, son los mismos elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

Para (Vega Vargas, 2005) las fuentes de responsabilidad civil extracontractual médica surgen el hecho propio del médico, por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas animadas o inanimadas.

La responsabilidad civil extracontractual médica explica (Vega Vargas, 2005) por el hecho propio surge por el daño ocasionado al paciente por parte del médico en el ejercicio de sus actos, debe ser reparado cuando la culpa es del profesional y la carga de la prueba la tiene el paciente. También se responsabiliza las entidades como EPS e IPS cuando los daños son causados por sus empleados. Cuando el profesional médico es vinculado directamente con las entidades citadas a arriba, esas entidades son llamadas a responder solidariamente por los daños ocasionados al paciente.

La responsabilidad civil extracontractual médica afirma (Vega Vargas, 2005) por hecho ajeno se da cuando el medico se vale durante la prestación de los servicios de ayuda de personas auxiliares, quienes pueden causar daño al paciente. En esos casos, el deber fundamental del médico es cuidar y vigilar todo el grupo de auxiliares en los procedimientos ejecutados en el paciente, pues esos auxiliares están bajo su responsabilidad y subordinación. La responsabilidad es directa del auxiliar y la clínica por el vínculo que tiene con su empleado, el medico responde por hecho ajeno.

La responsabilidad civil extracontractual médica por el hecho de las cosas, según (Vega Vargas, 2005) consiste cuando el profesional médico utiliza equipos e instrumentos que causan

daño al paciente. Esos eventos se presentan cuando el estado de los equipos está comprometido o están defectuosos. En esos casos la responsabilidad está en cabeza del agente que manipula el instrumento o equipo, esta responsabilidad es directa de la clínica que tiene como propiedad el equipo y los instrumentos, también puede ser llamado el fabricante y comercializador del equipo e instrumentos.

En relación con los productos y medicamentos defectuosas, para (Vega Vargas, 2005) los responsables también son las entidades tanto EPS e IPS, el agente que suministro y manipulo el producto, el fabricante y comercializador en razón de la garantía que ellos deben ofrecer por la puesta de los productos en el mercado.

Otra situación que se presenta según (Vega Vargas, 2005) son los casos de objetos dejados dentro del cuerpo del paciente luego después de la realización de un procedimiento quirúrgico, esos eventos son llamados por la jurisprudencia argentina de “oblitos quirúrgicos” y se aplica a la doctrina “*res ipso loquutus*” (que significa las cosas hablan por sí solas) y que generan la responsabilidad directa de la institución y el equipo médico que realizo la intervención quirúrgica.

Las causas de las inúmeras demandas en contra los profesionales médicos y las entidades tanto EPS e IPS son muchísimas. Podemos destacar que el medico ha perdido a lo largo de la historia la inmunidad de la que gozaban y, en mérito a la cual sólo estaban sometidos a las reglas de la ética profesional o a su conciencia y en caso de quebrantarlas simplemente se limitaban a la censura social. Según (García Huayama) en el juramento hipocrático al expresa que sus actos dañosos no se traducían a una sanción jurídica, sino que se limitaban al desprestigio social, incluso, anteriormente los médicos eran considerados como un ser superior que nunca podía

equivocarse y si algo malo le ocurría al paciente, era recibido como producto de la voluntad de Dios o como una fatalidad.

(García Huayama) explica que el Código Civil Colombiano establece un sistema duplo de responsabilidad, conservando como esferas separados la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. Nos hace pensar que el criterio que distingue las dos responsabilidades es el Contrato; sin embargo, el criterio utilizado por el Código sustantivo para diferenciar las dos esferas de la responsabilidad civil es la relación de obligación de cumplimiento de las partes y no el contrato material. Esta responsabilidad de obligación es la que genera la obligación de reparar el daño, por el incumplimiento de un deber jurídico específico y previamente establecido, denominado “relación jurídica obligatoria”; por lo tanto, la responsabilidad extra obligacional será una consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo.

El (Tribunal Constitucional Peruano, 2005) emitió un pronunciamiento alegando que:

“la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que

exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria”.

(Tribunal Constitucional Peruano, 2005)

En relación al contrato que establece el médico y paciente, (García Huayama) manifiesta que queda determinado que generalmente se inserta dentro de una transferencia de servicios, pero en ocasiones “puede dejar de serlo para convertirse en un contrato de obra, llegando a ser en otros casos, un contrato atípico, como ocurrió cuando el médico presta sus servicios gratuitamente, pues al no haber remuneración no puede calificársele como locación de servicios, ya que falta la onerosidad que es propia de esta figura. También es atípico el contrato cuando el paciente es hospitalizado, así lo revela la complejidad y el número de prestaciones que se presentan en este caso que son los servicios de habitación, alimentación, limpieza, asistencia médica, etc.

Dependiendo de la relación jurídica entre las partes de la cual se deriva el daño la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. La responsabilidad civil contractual es cuando existe un incumplimiento del contrato por una de las partes contratantes.

El artículo 2341 de nuestro Código Civil establece, de acuerdo con Sentencia T-118A/13 (Corte Constitucional, 2013) que aquel que ha cometido con culpa un daño a otra persona está obligado a indemnizar (resarcir) los perjuicios que se deriven de este daño, estableciendo así el régimen de la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad médica de acuerdo con Sentencia T-118A/13 (Corte Constitucional, 2013) sucede de la obligación, en un principio contractual, del médico, EPS o IPS de cuidar del paciente para restablecer su salud y concluir esta relación de prestación de un servicio médico de forma satisfactoria.

Esta responsabilidad del profesional médico de acuerdo con (Rodríguez, 2012), es aquella que se presenta en virtud de la cual el paciente o sus herederos pueden demandar al profesional médico por una indemnización pecuniaria por los perjuicios causados con ocasión del ejercicio de sus actividades.

Cuando hablamos de mala práctica médica, se puede definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia del profesional médico, donde el profesional produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. La imprudencia grave según (Ruiz, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, 2004) es comprendida como la omisión de todas las precauciones exigibles dentro de los protocolos y manuales, las llamadas guías de manejo previamente establecido en la atención al paciente que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito.

El sistema de salud de Colombia es muy complejo, de ello depende acertar en identificar quiénes deben responder por los daños causados en la prestación del servicio de salud.

La salud es uno de los bienes más preciados, pues es el sustento de la existencia digna del ser humano, pero se ha convertido en Colombia en un Gran Negocio para los empresarios. El editorial de El Tiempo del 3 de diciembre de 2007 titulado “*Una salud maniatada*” describió de manera muy exacta cómo funciona el sistema de Salud hoy en Colombia con la presente Ley 100, mencionando que las condiciones impuestas por un modelo de salud que catequizó a esta en un negocio muy lucrativo y un manejo gerencial que busca maximizar utilidades como en cualquier negocio, han convertido el tratamiento médico, desde la misma consulta externa, en una parodia que no puede terminar en nada bueno. Resulta de acuerdo con (Sarmiento Argüello, 2012) que el paciente tiene “derecho” a poco más de ocho minutos de consulta por parte del

médico, luego de semanas de esperar el turno de la consulta, arranca cualquier proceso con una alta exposición a que el resultado no le sea favorable.

Sabemos que la actividad de las Empresas Prestadoras de Salud es por sí riesgosa y se trata de un servicio altamente especializado, y así tiene que ser. De acuerdo con la Ley 100 (Congreso de la República de Colombia, 1993), determinó que las EPS tienen la obligación de garantizarles a sus afiliados servicios de calidad que no produzca daños a los usuarios, siendo así, es menester aplicar la teoría clásica del riesgo profesional, por lo que la responsabilidad de las EPS debe ser objetiva.

Partiendo de las obligaciones legales y teniendo en cuenta la situación socioeconómica de las EPS, se puede concluir que el riesgo profesional debe ser el fundamento de la responsabilidad civil de las EPS; las cuales se encuentran en una situación privilegiada por el modelo contemplado en la Ley 100, que les permite obtener importantes rentabilidades de las actividades que desarrollan hoy en Colombia. Lo conveniente socialmente según (Sarmiento Argüello, 2012) y lo equitativo es que estas entidades respondan por los daños que causan, de lo contrario se aprovecharían de los perjuicios sufridos por los usuarios.

Las EPS son grandes empresas privadas que administran los recursos públicos de la salud en busca de la máxima ganancia. Sus utilidades dependen de la reducción de sus costos, lo que conlleva un desmejoramiento de la calidad del servicio prestados a los usuarios, desmejoramiento que muchas veces lleva al paciente a complicar su estado de salud y al médico a incurrir en la responsabilidad médica, también se desmejora en el manejo de medicamentos y tratamientos a los pacientes, viola la autonomía médica y causa un inmenso detrimento del patrimonio público.

Por esta razón:

“la mitad de las tutelas en salud son para pedir lo que sí está incluido en dicho plan básico. El sistema de la Ley 100 ha permitido que las EPS se enriquezcan a costa del sufrimiento de millones de colombianos, incluidos los profesionales de la salud. Es común ver a estas empresas en los primeros puestos de los listados de las compañías más grandes del país”.

(Sarmiento Argüello, 2012)

Un estudio de la Defensoría del Pueblo demostró que los médicos en Colombia se encuentran sometidos a distintas restricciones, eso se da por que los profesionales médicos temen en perder sus trabajos con las entidades. Según (Sarmiento Argüello, 2012) el 47.4% de estas restricciones provienen de las EPS y se refieren a limitaciones en la formulación de medicamentos, exámenes médicos, remisión a especialistas y tratamiento de enfermedades distintas al motivo principal de la consulta. Las presiones se ejercen a través de amenazas e incluso despidos.

Los hospitales y clínicas son las Instituciones que prestan los servicios a los usuarios y por lo tanto son sujetos llamados a responder. Sin embargo, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud son los sujetos con los que las EPS celebran contratos para que sus afiliados reciban los servicios de salud. El daño causado debe imputársele a la EPS y también a la IPS, la que por ley debe garantizar que no se causen daños a los pacientes.

Lo anterior tiene un fundamento legal pues el artículo 178 de la Ley 100 establece en su numeral 6º (Congreso de la República de Colombia, 1993) que las EPS deben “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”. Esta norma según

(Sarmiento Argüello, 2012) otorga a las Empresas Promotoras de Salud la potestad de controlar y vigilar a las IPSS con las cuales celebran contratos.

Siendo así, hay que analizar varios elementos para determinar la Responsabilidad Civil contractual y extracontractual cuando hablamos de la Responsabilidad Medica, ya que en Colombia es complejo el tema, pues depende de varias entidades la prestación de servicio que muchas veces son solidarias en la responsabilidad, siendo el fin no la persona y si el lucro económico que esas entidades poder tener a costas de la enfermedades y complicaciones de sus usuarios.

3.2.2 La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica

La definición de prueba puede darse como el argumento que tiene como objeto principal y sustancial demostrar al Juez la existencia o inexistencia, de los hechos controvertidos por las partes en un proceso, sea el civil, penal, ético o administrativo.

Para Carnelutti la prueba es aquella que no sólo sirve para el conocimiento del hecho, sino también como la certeza o convicción que aquella proporciona, siendo en sentido amplio, un equivalente sensible del hecho que habrá de valorarse.

En los procesos civiles en Colombia, debe existir demanda de parte, congruencia en la decisión del Juez y facultad de las partes para disponer del derecho de litigio; en el campo del derecho probatorio el Juez tiene facultades inquisitivas y debe decretar pruebas de oficio a fin de averiguar la verdad de los hechos objeto del proceso (artículo 37 CPC artículo 42 CGP).

El doctor Jairo Parra Quijano en su libro “Manual de Derecho Probatorio,” determina como características de la prueba la *conducencia*, *pertinencia* y *utilidad*. Define la *conducencia* como la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho; la *pertinencia* la define como la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos

que son tema de la prueba en el mismo, o mejor, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso, hay que existir una coherencia, y por último, establece sobre la *utilidad* de la prueba que debe ser útil y es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que este solo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento de la decisión final.

La carga de la prueba, es un principio jurídico, de acuerdo con (Molina Castillo & Riascos Valencia) en que señala quién es el que está obligado a probar un determinado hecho. La carga de la prueba, como la define Parra, es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de soporte a las normas jurídicas cuya la aplicación que solicita aparezca demostrada y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos en el proceso.

La carga de la prueba para (Molina Castillo & Riascos Valencia) no debe ser considerada una obligación ni tampoco un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento; es necesario que aparezca probado el hecho a la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte.

Ahora, Devis señala que la carga de la prueba es una noción procesal, que según (Molina Castillo & Riascos Valencia) contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar, cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión.

Según Echandía, la carga de la prueba comporta dos dimensiones, la primera es que la carga es un instrumento de decisión o regla de juicio para el juez con base en la cual el Juez puede fallar de fondo sin inhibirse, cuando se trata de hechos que no estén plenamente

demostrados. La segunda dimensión que señala Echandía es que la carga de la prueba también sirve de norma de distribución del riesgo por la falta de la prueba entre las partes.

Es la distribución que el propio legislador hace del riesgo de la falta de prueba, de un hecho afirmado o incierto, de donde se perfecciona que el efecto de esa falta de prueba, ha de recaer en principio, sobre la parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo. Posee **un aspecto subjetivo**, ya que contiene una norma de conducta para las partes, señalándoles que quien alega debe probar.

Posee **un aspecto concreto**, que según (Molina Castillo & Riascos Valencia) determina en cada caso específico los hechos particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada parte. Ahora, al aspecto objetivo, que hace referencia Echandía, éste implica en una regla de juicio, toda vez que falta la prueba de los hechos que fundamentan el litigio, el juez debe proferir una sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de suministrarla.

Tal como lo establece Couture la carga procesal es una situación jurídica, fundada en la ley, sólida en el requerimiento de una conducta de realización potestativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para la parte. La carga de la prueba para (Molina Castillo & Riascos Valencia) es una regla para el juez, toda vez que le indica cómo debe fallar, y sobre los que debe basar su decisión final.

La carga dinámica de la prueba según (Molina Castillo & Riascos Valencia) consiste en que ésta es una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla. Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o

menor posibilidad de conseguir de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo.

En relación con los procesos de responsabilidad médica, el doctor Carlos Alberto Paz Russi en su libro Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Proceso Civil cita una sentencia del Consejo de Estado, en que señala lo siguiente,

“(..).Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan”.

(Molina Castillo & Riascos Valencia)

Paz Russi menciona que en:

“esta sentencia del Consejo de Estado, radica la carga de la prueba no en cabeza de quien le conviene la prueba del hecho, sino que, dentro del universo señalado, la impone con criterio de solidaridad, al más inteligente, al más cualificado cuando dice “(..) los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico (...)”.

(Molina Castillo & Riascos Valencia)

De acuerdo con (Molina Castillo & Riascos Valencia) podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la

comprobación que, para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

Con relación a la carga dinámica de la prueba (Molina Castillo & Riascos Valencia) señalan que se puede corresponder 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 la carga dinámica de la prueba se trata de un sistema de redistribución de la carga procesal o de alteración de la carga, en que las situaciones suscritas, el juez traspa al inicio del discusión la deber de demostrar la verdad de lo invocado a la contraparte de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte.

El Código General del Proceso en su artículo 167 señala 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”.

(Congreso de la República, 2012)

El Código General del Proceso, traza la posibilidad de la carga dinámica de la prueba, no obstante, 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, siendo así, según (Aranda Camacho, 2013) la posibilidad planteada por el Código General del Proceso, se desvanece por postulados precedentes del CPACA y del Consejo de Estado.

De acuerdo a una serie de evolución en la teoría de la presunción de culpa o de la falla en los temas de responsabilidad médica, que acostumbraba trasladar en todos los casos a EPS, o al médico tratante, la carga de mostrar que el daño se originó pese a haber procedido con diligencia y cuidado, o bien por un hecho externo.

Pronto apareció la necesidad de volver a la teoría “pura”, si se quiere, de la carga dinámica de la prueba; la obligación de probar la culpa o la ausencia de la culpa, no se determina de antemano a una de las partes en el litigio, sino a quien esté en mejores condiciones de probarla en el caso concreto, bien para que prosperen las pretensiones o para debilitarlas. De acuerdo a esto, para (Lozano Rodriguez, 2012) en ambos casos, para efectos de determinar la responsabilidad, debe permanecer acreditado el nexo causal.

En un principio, la carga de la prueba, se encontraba determinada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en que radica en las partes la prueba del supuesto de hecho de la norma que consagran en el efecto jurídico que ellas persiguen; mientras tanto, que la norma del código civil aborda el asunto desde el punto de vista sustancial, en que incumbe probar las obligaciones, en muchos casos, la obligación de reparar perjuicios a quien las alega.

Así las cosas, según (Lozano Rodriguez, 2012), para nuestros efectos todo parecería indicar que es el demandante el llamado a probar la obligación de reparar, bien por incumplimiento de un contrato, bien por suceso del “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona” (artículo 1494 del C.C.). En casos de responsabilidad contractual y extracontractual, procede la aplicación del artículo 1604 del código civil.

Según los autores (Santos Ballesteros, Ortiz Arciniegas, & Ruiz Alarcón, 2016), la carga de la prueba implica para el demandante probar los hechos que fundamentan su pretensión, al igual que la parte demandada debe demostrar los hechos de su defensa. Si no aparece acreditado un hecho dentro del proceso, el juez en su decisión final deberá determinar a cuál de ellas aquella no le favorece.

Finalmente, la carga dinámica de la prueba es, una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de organizar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos, en este sentido el juez es un sujeto activo que debe repartir las cargas probatorias, el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba.

En Colombia la carga probatoria dinámica no ha tenido consagración legal expresa, ha sido de tratamiento jurisprudencial, sin embargo, la ley de Código General del Proceso, en su artículo 167, se consagra la carga probatoria dinámica en donde señala que:

“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos”.

(Pérez Restrepo, 2011)

Los requisitos según (Molina Castillo & Riascos Valencia) que se necesitan en el momento de demandar por perjuicios derivados de la mala praxis o negligencia médica en materia civil son los siguientes: demostrar que hubo una intervención o tratamiento médico, demostrar que con la intervención se originó un daño y por último demostrar que el daño es producto de aquel tratamiento o intervención, es decir, que en este tipo de procesos ya sean

presentados por los pacientes o sus familiares, es indispensable demostrar la existencia de los tres elementos estructurales de la responsabilidad, como son el hecho culposo del profesional de la salud, el daño sufrido por el paciente y/o su familia, y el nexo causal entre ese daño y el acto médico debatido.

3.3 La historia clínica como medio de prueba en los procesos responsabilidad patrimonial del estado por el acto medico

3.3.1 Concepto de responsabilidad patrimonial del estado por el acto médico

El concepto de responsabilidad de acuerdo con (Herrera Torres) en término general refiere a la obligación de soportar las consecuencias de los propios actos y, dentro de ellos, los daños o que hayan causado un perjuicio a otro. Las normas jurídicas, se establecen el principio general según el cual el que causa un daño a otro, está obligado a repararlo o compensarlo (salvo excepciones en casos que el daño es justificado).

En la jurisprudencia contencioso administrativa ha manifestado en varias oportunidades, que a raíz de la “constitucionalización” de la responsabilidad estatal en el artículo 90 de la carta política, la responsabilidad del Estado viene a instituir como una garantía de los derechos e intereses de los administrados sin distinguir su condición, situación e interés.

(Herrera Torres) expresa que en un momento la Corte Constitucional mencionó que la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son consecuencia normal y legítimo de la propia actividad del Estado, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

El Consejo de Estado ha argumentado, que en la esfera accidental en las cuales puede generarse una responsabilidad patrimonial estatal por la actuación médica defectuosa de sus agentes, es cuando hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico, cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los riesgos no consentidos, o aun cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente; en resumen, para (Herrera Torres) el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que resulten de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se originan como consecuencia de esa omisión o deficiencia del servicio médico; o también, cuando por causa de tales servicios deficientes el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente.

(Herrera Torres) considera que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cuando se habla de la responsabilidad del Estado, esa es anónima, institucional y directa frente a los sujetos administrados de manera en que no se concibe procedente adelantar una acción de reparación directa contra el agente estatal o contra este y el Estado, se ha considerado que la responsabilidad personal del agente es para con el Estado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), no obstante es necesario que se demuestre que su conducta fue dolosa o gravemente culposa para determinar la responsabilidad del Estado frente al particular.

Según (Herrera Torres) para el Consejo de Estado es procedente demandar a la entidad pública y al agente, siempre y cuando es entendido que la responsabilidad de éste último sólo se predica frente al Estado y no frente al particular que se alega el daño, también precisa que los referidos artículos 77 y 78 del C. C. A. deben interpretarse con sometimiento a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, en consideración a que desarrollan el principio de economía procesal, porque consagran la oportunidad de demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a un particular y la de obtener, en el mismo proceso, un juicio sobre la responsabilidad personal del agente para con el Estado, en el evento de que éste último sea condenado.

Para (Herrera Torres) en la Constitución es posible evidenciar nuevos métodos para entender la naturaleza del Estado colombiano, donde el neoliberalismo tiene impactó en la función estatal, haciendo así que esta sufriera un cambio importante. El Estado se torna como un ente con función supervisora más que asistencial, quedando en cabeza del Estado la prestación de los servicios más fundamentales como la justicia, y en cabeza de particulares la prestación de otros servicios como los servicios de aseo o de salud, la educación y otros siempre y cuando el control y vigilancia siguen en cabeza del Estado.

En la Constitución Política en el artículo 90 en su inciso primero (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) menciona que la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas como principio constitucional y el opera siempre que se verifique la producción de un daño antijurídico o que le sea imputado a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas. El daño antijurídico, de acuerdo con (Consejo del Estado, 2014) consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, siendo así, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar

el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas pública.

García Enterría, menciona que para que exista lesión en sentido propio, no basta que exista un perjuicio material, un daño en el patrimonio; es obligatoriamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento, donde surge la obligación de reparar. La antijuridicidad según (Consejo del Estado, 2014) capaz de convertir el daño económico en lesión indemnizable se muestra, pues, del resultado de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura de daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate.

En temas médicos, (Herrera Torres) afirma que la responsabilidad del Estado es de prestar dicho servicio. Mediante pronunciamientos del Consejo de Estado, donde se ha llegado a considerar la responsabilidad médica, desde la óptica del régimen de falla del servicio donde predomina el elemento de culpa, propio de la responsabilidad objetiva. Entonces, el ejercicio médico, si bien es considerado una profesión libre, también presupone unas responsabilidades que al no cumplirse deslegitiman al Estado, pues desconocen sus fines esenciales.

Con la Constitución de 1991, vinieron cambios sustanciales en varios conceptos y principalmente en el Concepto de Estado, donde dejó de ser solamente un Estado de Derecho a ser un Estado Social de Derecho, que trajo consigo el establecimiento de una Constitución de carácter social, en la cual el ser humano es el pilar fundamental del Estado donde entra a ser centro y finalidad de la acción estatal. La nueva Constitución de 1991 trajo modificaciones

significativas de tipo social, en que reconoce el hombre y que sus derechos priman por encima de las leyes y el derecho sustancial sobre los procedimientos.

El nuevo Estado (Armenta Ariza, 2009) expresa que trae la Constitución también entra a ser sujeto de responsabilidad por los perjuicios que ocasiona quien presta el servicio público, ya que está en cabeza del Estado vigilar y fiscalizar la cualidad del servicio público prestado, en el caso concreto el servicio de la salud; y es así como la Constitución de 1991, consagró en el artículo 90 el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado. Primeramente, se habló del daño antijurídico, como un concepto genérico y ambiguo, una definición que hizo pensar que todo acto del Estado en el cual se causara un perjuicio se consideraba un daño antijurídico y, en consecuencia, el Estado estaría obligado a responder patrimonialmente por todo daño que ocasionara, esa Concepción en su momento fue revaluada. En el artículo 90 de la Constitución, señala que la responsabilidad del Estado no es exclusivamente objetiva pese a la aparición del concepto de daño antijurídico, es también subjetiva, donde se mantienen las teorías existentes antes de la Constitución Política de 1991, bajo el carácter del título jurídico de la imputación.

En una Sentencia del Consejo del Estado menciona que,

“Cuando la Administración pública contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de

servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.”

(Consejo de Estado, 2008)

Para el Consejo del Estado,

“El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que, no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo”.

(Consejo de Estado, 2008)

Afirma el (Consejo de Estado, 2008) que la responsabilidad patrimonial que le corresponde al Estado ha sido examinada tradicionalmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha complementado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello conlleva, el nexo de causalidad puede acreditarse de diferentes formas, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas oportunidades conforma el único medio probatorio que admite establecer la presencia de la falla presentada.

Según el (Consejo de Estado, 2008) la responsabilidad por actos médicos tanto en la doctrina y la jurisprudencia extranjera han admitido escenarios en los cuales es preciso que operen sistemas de valoración de la falla del servicio con menor rigurosidad, sin que esta circunstancia traslade la relación subjetiva de la responsabilidad por el acto médico a objetiva, salvo algunas esferas en las cuales serán posible mostrarlas bajo el amparo del título objetivo de riesgo excepcional, cuando se utilizan cosas o actividades peligrosas que son las que provocan directamente el daño, desligadas del acto médico; de acuerdo a lo expuesto, a la parte actora en estos eventos le corresponde acreditar *el daño antijurídico*, *la imputación fáctica*, que puede ser probada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, el desconocimiento al deber de posición de garantía o la vulneración al principio de confianza, y *el hecho indicador del indicio de falla*.

El (Consejo de Estado, 2008), también considera que, de acuerdo a las actividades médico-sanitarias, existen situaciones que se rigen bajo el esquema de la *responsabilidad objetiva*, dada la peligrosidad y complejidad que existen en ciertos procedimientos medico quirúrgicos, por ejemplo, tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la Sección Tercera en sentencia del 6 de noviembre de 1997 tuvo la oportunidad de mencionar sobre el

tema, al revisar un caso en el que se discutía la responsabilidad de la Administración por la infección que se produjo en el ojo de un paciente, la cual fue contraída en un quirófano durante la realización de una cirugía de cataratas, este problema llevó a que su ojo tuviera que ser eliminado y se le implantara una prótesis en su ojo; en este caso en concreto, el análisis de la responsabilidad se realizó con base en el título de imputación de *“falla presunta del servicio”*, bajo el siguiente juicio:

“Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (f. 7 c. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis”.

(Consejo de Estado, 2008)

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

Afirma el (Consejo del Estado, 2014) “(...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia”.

La sala del contencioso administrativo (Consejo del Estado, 2014) advierte que, si era probable que la infección hubiese acontecido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de probar las precauciones que allí se tomaron para desarrollar la intervención quirúrgica o al menos manifestar cuáles fueron las consecuencias de las investigaciones que la propia entidad (IPS) hizo para investigar el motivo de la infección. Y la falta de esta prueba, que deja en la indeterminación del motivo o por qué que contrajo esta infección. Este daño se imputa a la entidad prestadora del servicio médico.

De acuerdo a esta jurisprudencia, la Sala (Consejo del Estado, 2014) también menciona que la responsabilidad patrimonial por los daños causados con ocasión de la actividad médica implica, de una parte, el acto médico propiamente, que es el servicio prestado por parte del profesional de la área de la salud en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, las intervenciones quirúrgicas, y todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que manejan 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”, también la Sala (Consejo del Estado, 2014) ha mencionado que son los *Actos médicos*, en sentido amplio: son ***los actos puramente médicos***, que son realizados por el facultativo; ***los 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 ***los actos extra médicos***, 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.

De acuerdo a lo verificado arriba, el Estado tiene un papel fundamental en la vigilancia y fiscalización de la prestación de Servicio de la salud, tanto de las EPSs, como las IPSs y los equipos de profesionales de la salud. Toda vez que esta prestación de servicio sean actuaciones defectuosas y fallas en la atención y ocasionen daño al paciente o que vulneren derechos fundamentales de las personas, el Estado entra a responder por esos daños como menciona el artículo 90 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) “(...) El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables (...), luego de responder el Estado repite la acción en contra de los profesionales prestadores de la atención y también las EPS e IPS dependiendo del caso que se está siendo analizado.

3.3.2 La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad patrimonial del estado por el acto médico

Para que surja el deber de reparación, es necesario la existencia del daño antijurídico y la imputación del mismo a la Entidad Pública, sea a través de su acción u omisión, teniendo capacidad en cada caso; frente a la prueba de los elementos de la responsabilidad, las mismas constituyen la obligación de las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Este principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, la carga de la prueba se inclina en primera labor a la demostración de la existencia del daño, el cual debe ser probado por quien lo sufre o padece, so pena de que no proceda su indemnización, y posteriormente, su imputabilidad.

Sobre la responsabilidad patrimonial de Estado, manifestó el consejero Enrique Gil Botero que la responsabilidad está estructurado sobre tres elementos, que son: *el daño, imputación del mismo y deber de reparar*, de acuerdo a esos elementos, expone que primero se debe estudiar el daño, luego la imputación y finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento o bien.

El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad y hay que acreditar su existencia y corresponde probarlo a quien los sufre. También expone que el daño es el presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo, agregando que, dicha síntesis encuentra completo desarrollo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto al papel fundamental y prioritario del elemento daño como estructurador del deber de resarcir.

Sobre la prueba del daño expuso el Doctor Juan Carlos Henao que, los elementos que integran el daño son conocidos, por el acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, es importante, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión.

En la demanda se hacen afirmaciones sobre la existencia del daño, porque el demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio que por demás no pueden ser valoradas, como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía al demandante.

Es así como el juez considera que el demandante debe probar la existencia del daño, so pena, si no lo hace, de impedir la declaratoria de responsabilidad.

De acuerdo a la sentencia del Magistrado Ponente el Dr. Carlos Alberto Zambrano del día 13 de junio de 2016, el Consejo de Estado menciona que en lo que se refiere a las demandas de

responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias, pruebas como la Historia Clínica y Testigos y otras que pueden ser aportadas, donde se tuvo en cuenta, la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endosada.

En este caso en concreto la Historia Clínica aportaba información del manejo de la paciente, pero no fue solamente la Historia Clínica que sirvió para determinar la responsabilidad de la IPS, fue también los testimonios de los médicos tratantes que ayudaron la decisión del consejo, ya que la Sala (...)consideró que está demostrado la responsabilidad de la Clínica Casanare en el presente caso, pues esta institución no realizó todos los procedimientos recomendados por la ciencia médica para diagnosticar a tiempo la patología que sufría la paciente (...)

Para (Arenas Uribe & Jimenez , 2001) la prueba tiene que establecer las circunstancias mínimas necesarias para que un hecho pueda ser atribuido a alguien como responsable del mismo, con el objeto de que deba soportar sus consecuencias y surja el deber de reparación, la cual tiene la doble connotación de fáctica y jurídica, toda vez que, siguiendo lo expuesto por García de Enterría, — la imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado el deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre este y aquel.

3.3.3 Valoración de la historia clínica como medio de prueba. Desarrollo jurisprudencial.

Sentencias del consejo de estado

El Consejo de Estado, en sentencia del consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero del 13 de noviembre de 2014 menciona que el desarrollo inicial de la jurisprudencia, esto fue el primer semestre del año de 1992, estuvo encaminado por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio médico. Primero, se exigía al demandante aportar la prueba de la falla de la prestación del servicio, para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al permitir la actividad médica una obligación de medio, y no de resultado, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio. Las pruebas que se aportaban en esos procesos eran la historia Clínica, testigos, Dictamen entre otros.

A partir del segundo semestre de 92, El Consejo de Estado, prefirió el criterio, ya mencionado, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo, pero con presunción de falla en el servicio. En ese momento, en las sentencias se mencionaban el artículo 1604 del Código Civil que debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos

A partir del año 2000, había dudas cuanto la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y se propuso la Teoría de la Carga Dinámica de las Pruebas, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de

probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico.

Cuando se dejó la presunción de falla como régimen general de responsabilidad y la carga dinámica de la prueba pasó a ser aceptada, la parte actora tenía un esfuerzo probatorio significativo, donde se exige la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a abstenerse de dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se ha señalado que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos implicados sino también por la falta de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causal queda acreditado.

En 2006 se dejó la presunción de falla en el servicio para otra vez volver al régimen general de falla probada.

Hoy se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal, sin perjuicio de que, para la demostración de este último dispositivo, las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria.

Mediante sentencia (Consejo de Estado, 2007), se declaró responsable al ISS, al haberse practicado una histerectomía a una paciente que, sin haberlo descartado previamente, se encontraba en estado de embarazo y, sin que hubiera intervenido el consentimiento de la paciente. Lo importante de esta decisión, es que se admite la falta de consentimiento informado como un daño autónomo, motivo por el cual, la sola ausencia de consentimiento informado, así el resultado de la intervención haya sido el esperado, genera el derecho de reparación, como quiera que la persona debe tener la libertad y el suficiente conocimiento sobre el procedimiento

que se le va a practicar, con miras a que tenga la autonomía para decidir si se somete o no a la intervención o tratamiento. En el caso particular, según (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) en esta decisión, mismo que el resultado fue favorable cabe la acción de repetición ya que el deber y obligación del profesional médico era dar la posibilidad de conocer y decidir sobre el procedimiento que se realizaría en el paciente, por los riesgos que el procedimiento implica, siendo así, hay vulneración de derechos del paciente, de acuerdo al Consejo de Estado.

Con base en lo mencionado por (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) en sentencia del Consejo de Estado en el año de 2008, se estableció la responsabilidad de Caprecom, bajo el régimen de falla del servicio, en la medida en que la IPS en la que fue atendida la paciente no fue valorada de forma correcta y efectiva, y se dejó a la espera de que llegara el médico obstetra de la EPS, lo que supuso una prolongación indebida del trabajo de parto que desencadenó una hemorragia (desprendimiento de placenta) que terminó con el ahogamiento y muerte de su hijo. En sentencia se condena el Hospital Regional de Buenaventura, por la ausencia de bolsas de sangre en el momento en que una paciente padeció de hemorragia uterina, circunstancia que, en criterio mayoritario de la Sala, constituyó una falla del servicio médico asistencial, motivo por el cual se condenó al 100% de las pretensiones solicitadas en la demanda. En este caso se dio un amplio debate sobre la aplicación de la pérdida de oportunidad anteriormente mencionada.

El Consejo de Estado en el año de 2009, ha tratado como una responsabilidad extracontractual la especialidad de la obstetricia, en varias sentencias, la responsabilidad médica se atribuye bajo el título de imputación que había venido aplicando en materia obstétrica, de falla en el servicio médico. La jurisprudencia colombiana para (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) había de adoptar este criterio normativo de atribución de responsabilidad, ya bajo los parámetros independientes del derecho público, dada la importancia del cumplimiento de los deberes del

Estado en relación con los servicios públicos, de manera que, al presentarse un daño ocasionado por fallas de estos servicios prestados, resulta atribuible la responsabilidad al Estado por lo ocasionado.

En el año de 2010, sobre el régimen de prueba indiciaria se pronunció la sección tercera del Consejo de Estado, en una determinada sentencia, que los hechos del 15 de febrero de 1994 que sucedieron en el Hospital Militar Central, quedando demostrado en el proceso, que el hijo que esperaba la señora LUZ MARINA PEDREROS falleció en su vientre derivado de las fallas en la atención del servicio.

Tal como lo ha considerado la Sala, para (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) el resultado fallido en un proceso de parto, luego de un embarazo normal es indicio de una falla del servicio, falla que en este caso estuvo, además acreditada por la omisión en la práctica de los exámenes diagnósticos ordenados por los mismos médicos de la institución, con el fin de establecer la necesidad de la práctica de la cesárea a la madre, quien presentaba tensión arterial alta y que había percibido desde hacía 8 días una reducción de los movimientos fetales.

En esta decisión (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) mencionó las diferentes tesis abordadas por la sección tercera, señalando el decaimiento de la postura del régimen objetivo, que exoneraba a las partes de comprobar la falla del servicio, no obstante, sobre el hecho de que el desarrollo del embarazo haya sido normal, constituye un indicio de dicha falla.

En la sentencia del Consejo de Estado de 2011, también condenatorio en contra del Hospital Carlos Carmona Montoya de Cali, donde la relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, le corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que constituyen los fundamentos de esta responsabilidad; donde, deberá demostrar la falla en la prestación del servicio médico hospitalario, el daño, y la relación de

causalidad entre estos dos elementos, para lo cual podrá valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño causado .La Jurisprudencia y la doctrina, en este sentido según (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) reconocen que a través de la prueba indiciaria el juez puede encontrar la probabilidad de la existencia del nexo causal ante la ausencia de prueba directa.

Para el año 2012, otra vez, la sección tercera del Consejo de Estado, confirma la misma posición dentro de un régimen de responsabilidad de falla del servicio, mas ahora, con manejo de prueba indiciaria, en decisiones más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad.

En síntesis bajo el refugio de la tesis que en este momento orientaba la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar en primero lugar *el daño*, en segundo *la falla en el acto obstétrico* y por último *el nexo causal*. De esta manera para (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) la presencia de un daño ante un normal desarrollo del embarazo se constituye en un indicio de falla en el servicio.

En el año 2013 el Consejo de Estado ampara la teoría de la perdida de una oportunidad que se aplica como una técnica de facilitación probatoria, la pérdida de oportunidad debe ser

resarcida como un perjuicio autónomo e independiente del daño final. Esta tesis se soporta bajo los lineamientos propios de una falla en el servicio, soportado en que la pérdida de oportunidad aparece cuando es imposible demostrar un nexo causal entre el daño padecido por la víctima y la actuación de la Administración.

Ante la imposibilidad de imputar a la administración con total certeza el daño causado, resulta forzoso que el juez haga un estudio y análisis estadístico y, a partir del acervo probatorio, determine el porcentaje en el cual el afectado restó sus probabilidades de salir mejor librado de los hechos que envuelven el caso. Lo que lleva según (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015) inmerso el tema de una justa reparación al afectado.

En sentencia del 29 de julio del 2013, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios.

En palabras de la Sala: La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño.

Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los

materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”³⁴, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”³⁵, que permitían tenerla por establecida (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA–SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014) Expediente: 31182)

En 2014, la sección tercera, profirió el fallo de unificación, en que resuelve sobre la responsabilidad del Estado por falla médica en la especialidad de obstetricia, en el que se condena al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica por la muerte de feto de sexo femenino por indebida atención a señora embarazada por negligencia y deficiente prestación del servicio médico en trabajo de parto, resulta de gran relevancia referente a los temas objeto de unificación, frente a la reparación del daño a la salud de carácter temporal, liquidación del daño a la salud y medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en asunto médico asistencial, entre otros temas importantes. No obstante, de acuerdo con (GARZÓN RODRÍGUEZ, 2015), la posición de la sala en pleno, en lo referente al régimen de falla probada del servicio, se mantiene con la postura que se ha venido manteniendo, esta vez con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz Del Castillo.

3.4 Responsabilidad penal por el acto medico

3.4.1 Concepto de responsabilidad penal por el acto medico

El profesional médico según (Ruiz, LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA, 2004) que preste un servicio médico puede ajustarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables sancionadas con una pena, como sería las que regula nuestro Código

Penal. Estas conductas antijurídicas son las que de manera general se puede citar como las posibles actuaciones típicas en que puede incurrir un médico sino ejerce dentro de los parámetros de la ética, la moral y la legalidad.

Para que la conducta del médico sea tipificada penalmente, deben concurrir tres factores: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En ausencia de cualquiera de estos elementos, la justicia penal se privará de sancionar al médico acusado. La tipicidad en nuestro código penal, artículo 3° menciona que **“la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”**. La antijuridicidad está definida en el artículo 4°, **“para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley”**. Y la culpabilidad en el artículo 5°, **para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.**

La tipicidad, pues, tiene que ver con la concordancia entre la conducta descrita por la norma y la conducta realizada por el médico acusado. Cuando la ley penal dice **el que matare a otro, el que se apropie en provecho suyo o de un tercero, cosa mueble ajena, el que cause a otro daño en el cuerpo o la salud**, está ajustando el obrar de una persona a una norma; se dirá entonces que la conducta es típica.

La antijuridicidad hace relación al daño o peligro de un derecho, por causa de un acto humano injustificado: *si alguien se apodera de un bien ajeno, con este acto vulnera el derecho de propiedad que otro tenía sobre la cosa hurtada*. No es permitido, por tanto, ir por ahí atacando los derechos de los demás; no se permite actuar antijurídicamente. Pero, además, para poder castigarse al responsable de estos hechos, es necesario que haya actuado con culpabilidad.

Nuestra legislación trae tres formas de culpabilidad y de las causales de inculpabilidad en el artículo 35, **“Las formas: Nadie puede ser penado por un hecho punible si no lo ha realizado**

con dolo, culpa o preterintención. El dolo esta descrito en el artículo 36, “*la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible*”, la Culpa en el artículo 37, “*La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.* Y la preterintención en el Artículo 38, “*La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede de la intención del agente*”.

Una de las formas en que el profesional médico puede incurrir en la responsabilidad, es cuando no hace uso del consentimiento informado. Este documento es fundamental y necesario para que el profesional libre su responsabilidad frente actuaciones riesgosas o simplemente para mantener informado al paciente, sobre todos los procedimientos que se ejecutará en él y que el paciente manifiesta que es consiente y aprueba la realización del mismo.

El consentimiento tiene implicaciones penales y habrá lugar a sanción en dos eventos que pueden ocurrir por separado o conjuntamente, por ejemplo:

a) si el médico obra en contra de la voluntad del paciente o de las personas encargadas de tomar decisiones por él, ya que con su actuación viola el derecho de autonomía que la ley protege;

b) si para infortunio del médico se produce un daño en la salud o sobreviene la muerte del enfermo por falta de previsión profesional, estaremos frente a un caso en el que la voluntad del médico ha fallado y la situación se complicará aún más.

La falta de consentimiento del paciente, que es el derecho a tomar decisiones de forma autónoma está consagrada en la Constitución Nacional en el artículo 18, *nadie será obligado a actuar contra su conciencia*»; el artículo 16 reconoce a las personas el derecho al *libre*

desarrollo de su personalidad y el artículo 20 *garantiza a toda persona la libertad de expresar su pensamiento.*

En materia penal, el obrar consciente del médico (sus actuaciones) tiene dos aspectos: si es su voluntad causar daño, ahí habrá dolo; si su voluntad es buena y no obstante falla por no adecuar cuidadosamente su obrar de acuerdo con esa intención, habrá culpa. Por la misma naturaleza de su actividad, el médico produce voluntariamente lesiones en el cuerpo del paciente; tratándose de un cirujano o de otro especialista que utiliza métodos invasivos de diagnóstico, nadie podría decir que se configura un hecho delictuoso.

La voluntad del médico, su intención, no es dañar o complicar el estado de salud del paciente, al contrario, su finalidad es curar y muchas veces salvar la vida del paciente; el acto no constituye un delito como tal, solo cuando su actuación es dolosa y para eso, la víctima hay que probar que él actuó con dolo.

Según (Franco Delgadillo) Cuando el médico no sabe lo que debe hacer y voluntariamente ejecuta la conducta, y produce un daño en la salud del paciente, el responderá por culpa, el médico debe asegurarse de que se trata de un asunto de su competencia. Si por un interés egoísta (de lucro o reconocimiento, por ejemplo) su actividad inexperta pone en riesgo la salud o la vida del paciente y si como consecuencia de ese obrar se causa daño, responderá porque ha incurrido en culpa por impericia.

Otro punto que tiene implicaciones penales es la reserva de la información que consta en la historia clínica. De acuerdo con la Ley 23 (Congreso de COLOMBIA, 1981), en su artículo primero, menciona que la historia clínica está sometida a reserva, lo que implica, que el acceso a la misma está restringido, y también que respecto de quienes han accedido a ella, en razón de su

labor de atención como parte del equipo de salud, se impone una obligación de preservar esta reserva, y guardar en secreto profesional la información que consta en ella.

El secreto profesional de acuerdo con la Constitución Política, en su artículo 74 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), es inviolable, dándose a entender, que no es siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. La inviolabilidad del secreto profesional, exceptuado sólo en los casos señalados en la Ley 23, artículo 382 (Congreso de COLOMBIA, 1981) , cobija el contenido de la historia clínica, de lo cual se establece que el acceso a la misma es restringido, por tanto, la historia clínica, su contenido, los informes y sus anexos, por ser sujetos a reserva, sólo pueden ser conocidos por el paciente, por el equipo médico y auxiliar que lo está tratando o atendiendo, y excepcionalmente por las autoridades sanitarias, judiciales o administrativas en los casos de ley. Cuando el profesional médico viola este principio constitucional es obvio que tendrá consecuencias Jurídicas frente esta violación.

El Artículo 10 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (Convenios de Ginebra, 1977) establece que, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido.

El doctor Jaime Lombana, en su trabajo “Derecho Penal y Responsabilidad Médica”, menciona que la Historia clínica tiene una importancia primordial en el esclarecimiento de los procesos de responsabilidad medica tanto en el área penal como en la civil y administrativa, pero no puede ser tenida como el único medio probatorio y que el valor probatorio de la historia clínica estará condicionada a la valoración, explicación y análisis que se hagan los peritos que

sean interrogados en la audiencia, en conjuntos con las otras valoraciones de las demás pruebas recaudadas, por lo tanto no es el único medio probatorio que se utilizara dentro de los procesos de responsabilidad penal.

Como lo expresa el Doctor Jaime Lombana, la historia clínica es un medio probatorio auxiliar fundamental dentro de los procesos de responsabilidad penal y también es donde se puede evidenciar todos los registros de los procedimientos y actuaciones que fueron desarrolladas en el paciente, pero, los profesionales del área de la salud no lo entienden la importancia de que la información que contiene ese documento debe ser veraz y precisa. La historia clínica sola es apenas un elemento de prueba más, ahora cuando se encuentra en conjunto con otros medios probatorio contribuye en la demostración de la responsabilidad penal o en la ausencia de la responsabilidad. Según este autor, la historia clínica no puede convertirse en el único medio probatorio dentro de los procesos de responsabilidad. El juez tiene que estudiar todos los elementos probatorios que fueron allegados en el proceso por las partes.

El doctor Jaime Lombana también menciona, que la historia clínica no son informes periciales ni por su forma ni por su contenido, en caso que no exista la historia clínica, ella no puede ser considerada como un elemento fundamental probatorio para probar la relación causal referida al perjuicio.

3.4.2 La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad penal por el acto médico

Las pruebas en el proceso penal, de igual a todo proceso, tienen como finalidad primordial servir de fuente de conocimiento del hecho pasado que se investiga. Lo que en el plano estrictamente judicial ha de posibilitar al juez conocer a lo desconocido, por ser un hecho pasado o una realidad ya ocurrida respecto de la cual no ha tenido percepción directa alguna. Son las pruebas, practicadas con la intermediación del juez, las que posibilitarán la reconstrucción de

ese evento sucedido en el pasado, para de allí establecer como realidad probada la existencia o no de una conducta punible y la responsabilidad o no, por la misma, de quien es procesado, sea autor o partícipe.

Siendo así, en el proceso penal acusatorio sólo las pruebas aducidas y practicadas en el juicio oral (salvo la prueba anticipada y la de referencia) tendrán el valor probatorio necesario para servir de fundamento a la decisión final del juez, bien sea de absolución o de condena. Ahora, en el nuevo sistema procesal acusatorio, la defensa en lugar de seguir invocando o solicitando la práctica de pruebas tendrá, al menos en la etapa previa al juicio, la necesidad y obligación de realizar su propia investigación; con lo cual, se verá allegada necesariamente a obtener los medios probatorios que quiera y pueda hacer valer en el juicio y que sean útiles a su misión de defensa.

La defensa será como un ente investigador y, para el efecto, el imputado y su defensor, previa y debidamente acreditados, deberán gozar de igualdad de oportunidades de acceso a los medios de prueba, entre ellos a la historia clínica y a los sitios o lugares donde ésta pueda encontrarse o ser producida, así como, podrá la defensa hacer entrevistas e interrogatorios particulares.

En el artículo 125 de la Ley 906 “Código de Procedimiento Penal para el Sistema Acusatorio” (Congreso de la República de Colombia, 2004) prevé dentro de las atribuciones “especiales” de la defensa, entre otras el conocimiento de los elementos y materiales probatorios, la evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación; la controversia probatoria; hacer comparecer en el juicio oral a los testigos y peritos, y ejercer el derecho de impugnación.

Es la Fiscalía quien compete probar la existencia de la infracción penal y la responsabilidad de los investigados, como elementos de la acusación, en otras palabras, la carga de la prueba de la acusación le corresponde a la Fiscalía; de igual forma, la defensa tiene igualdad de condiciones para procurarse las pruebas defensivas necesarias y suficientes para desvirtuar o atacar las acusaciones.

Efectivamente, la labor de la defensa no se reduce a una mera actividad de contradicción en el juicio oral, sino que, previo al juicio ha de contar con la oportunidad de estructurar probatoriamente sus argumentos defensivos y para ello, es obvio, debe contar con las mismas oportunidades que el órgano acusador en acceder al conocimiento de todos y cada uno de los elementos de prueba. (Principio de igualdad de armas que es pilar fundamental en un proceso penal acusatorio).

Siendo así, (Escobar Bustamante & Hernandez Beltrán, 2009) manifiestan que si la investigación que adelante la Fiscalía en la etapa previa al juicio ha de ir encaminada a soportar probatoriamente la acusación, la función de la defensa, en esa misma etapa, ha de encaminarse a evitar la construcción de esa imputación acusatoria, lo que sólo puede lograr si es capaz de encontrar elementos probatorios o argumentos que le permitan anticipar la confrontación en el juicio oral y cuenta con las posibilidades para acceder en igualdad de oportunidades a dichos elementos de forma tal que la defensa pueda igualmente armarse y prepararse previo a la contienda.

De acuerdo a lo mencionado, se puede concluir que mientras la disposición normativa que consagra la reserva de la historia clínica propende por la materialización del derecho a la intimidad del paciente, de la misma manera dificulta el derecho de defensa e igualdad del profesional de la salud en contra del cual se inicia una investigación por su actuar médico, pues

es claro que su proceder está amparado por lo señalado en la historia, a la cual en el orden actual de cosas sólo tiene por ley acceso el paciente, pero como se anotó antes, igualmente se le está dando acceso a la Fiscalía-Policía Judicial y no al Imputado-Defensor.

Comenzando que, el derecho a la intimidad es un derecho de carácter fundamental, esto es, que como esencial a la persona es inherente a la misma y por tanto inalienable, en cuyo contenido se concretan los imperativos de dignidad, igualdad y libertad, cuya satisfacción corresponde al Estado Social de Derecho.

De tal forma, con la consagración del artículo 15 de la Constitución se establece un derecho fundamental que se encuentra destinado a proteger la intimidad de la persona, pero, puede ser restringido o limitado en la forma que la ley lo establezca en ciertas circunstancias y ciertos presupuestos, sin desconocer, claro está, los principios orientadores de nuestro ordenamiento jurídico consagrados en nuestra Constitución.

Ahora en relación al derecho a la intimidad y en relación concreta sobre la reservado de la historia clínica, la Corte Constitucional, en la Sentencia T 158 (Corte Constitucional, 1994), manifestó que no se puede poner en conocimiento de terceros la información reservada del respectivo paciente, a quienes no está autorizado conocerla, en los términos de los artículos 15 de la Carta y 34 de la Ley 23 de 1981, pues la violación de la reserva a la que está sometida la información contenida en la historia clínica vulnera en ese evento el derecho a la intimidad personal del paciente.

Siendo así, es sustancial apuntar que el derecho de defensa y de igualdad tienen el carácter de derechos fundamentales, que en su desarrollo tocan de manera directa con la consagración de la dignidad humana y que, por vincularse en los procesos penales con el derecho

fundamental a la libertad de las personas, debe tenerse especial cuidado en la aplicación y legitimidad de las normas que lo limiten o vulneren para su ejercicio pleno.

De acuerdo a lo que fue mencionado, lo que se demuestra es que existe un conflicto entre los derechos fundamentales, el derecho a la intimidad del paciente y los derechos de defensa e igualdad del profesional investigado manifestado en la dificultad de este último de acceder a la información que consta en la historia clínica del paciente como elemento necesario para elaborar su defensa; es tan importante esta información que es por esto que es necesario establecer un equilibrio entre ambos derechos que permita respetar la libertad y la dignidad de los pacientes tanto como el derecho a la defensa e igualdad del profesional de la salud implicado.

Para alcanzar resolver este problema se cuenta con el instrumento mencionado por la doctrina constitucional del denominado “*Test de Proporcionalidad*”, el cual está conformado por tres conceptos parciales:

La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda llevar al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios) y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes.

Tampoco se debe olvidar del criterio de la razonabilidad que opera en los conflictos de intereses constitucionales, entendiendo la razonabilidad como un criterio de conveniencia de una determinada acción en las circunstancias especiales que ameriten una conducta.

El conflicto entre dos derechos constitucionales, el derecho a la intimidad del paciente y garantizado con la reserva de la historia clínica y los derechos fundamentales a la defensa y a la

igualdad del profesional de la salud implicado, dentro del sistema procesal penal acusatorio está convocado a ser decidido por el juez de control de garantías, en tanto este es el órgano que tiene como una de sus funciones la protección de garantías fundamentales de las partes en el proceso, que pueden verse afectadas con el ejercicio del poder de instrucción.

Siendo así es el juez de garantías quien deberá ponderar las necesidades de provisión de material probatorio, tanto para la defensa como para la Fiscalía, con la preservación de derechos y garantías constitucionales de las dos partes involucradas en el proceso; siendo que la afectación de derechos fundamentales dentro del proceso penal se encuentra sometida al principio de reserva judicial.

Dentro de esta etapa procesal, se considera la posibilidad de levantar la reserva de la historia clínica a efectos de garantizar el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental de igual jerarquía constitucional, como lo es el derecho de defensa. Esta consideración permite que se revise la disposición relativa a la reserva de la historia clínica y las personas respecto de las cuales puede levantarse por considerar que la finalidad legislativa en ella contenida desconoce a la luz de un nuevo sistema procesal penal, uno o varios derechos fundamentales, determinando que no existe una relación razonable entre los fines y los medios.

El levantamiento de la reserva de la información que consta en la historia clínica debe entenderse en sentido restringido por tratarse de una excepción a un derecho fundamental en razón de otro también de carácter fundamental.

En los procesos penales acusatorios, la defensa debe adelantar en la fase previa al juicio oral su propia investigación debe estructurar toda su defensa para enfrentar la Fiscalía, en los procesos por responsabilidad médica, la defensa debe contar con la posibilidad de acceder tempranamente a la información que consta en la historia clínica, pues en ella contienen todos los

datos referentes a la atención del acto demandado o investigado, para poder solicitar, por ejemplo, conceptos técnicos y peritaje, para estructurar su defensa. Si la defensa no se presenta preparada y principalmente conocedora de la información de la historia clínica, se dificultaría ejecutar su función de defensa.

Al no poder conocer anticipadamente, el medio de prueba más importante en el debate, que es la historia clínica, su labor quedaría en un plano de desigualdad con respecto a la función de la acusación, que al tener dicho acceso desde el inicio de su investigación podría hacer evaluar la misma por auxiliares expertos que le informarían adecuadamente de todo su contenido y le indicarían cómo explotarla en beneficio de la acusación.

Afirma (Escobar Bustamante & Hernandez Beltrán, 2009) que cuando la defensa por algún motivo no puede acceder a la información de la historia clínica, la defensa estaría en desventaja frente a la Fiscalía, donde se observa en forma clara la desigualdad en que se vería la defensa en relación con la acusación, lo que incide en forma directa en el derecho de defensa.

3.4.3 Valoración de la historia clínica como medio de prueba. Desarrollo jurisprudencial

El médico con relación al paciente puede coleccionar *información privilegiada* que en virtud del “secreto profesional,” en sus connotaciones ético-jurídicas, no está obligado a revelar públicamente. Tan es así, que, dentro de las excepciones constitucionales al deber de rendir testimonio, el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004) incluye al médico con relación al paciente.

La historia clínica no se confecciona con el objeto de servir como medio de prueba; no es propiamente una evidencia real, ni se elabora ex profeso para efectos demostrativos; de ahí que, en la práctica, no es la historia clínica misma la que aporta luces para que el juez dilucide los

acontecimientos, sino que ese documento es ofrecido o dejado en manos de expertos, para que a través de la prueba pericial (practicada en el juicio oral) se ofrezcan las explicaciones requeridas para el entendimiento de un asunto complejo.

Es una herramienta necesaria para el seguimiento de la salud del paciente, con fines de diagnóstico o tratamiento. Por ello, la difusión en debate público de su contenido en algunos eventos podría conspirar contra la dignidad humana.

No parece, pues, racional que en todos los casos se deba hacer comparecer a los profesionales de la salud autores de la historia clínica, que suelen ser varios en relación con el mismo paciente, en diferentes turnos de día y de noche, para que la autenticen en audiencia pública, especialmente en los casos donde no se discute la veracidad de alguno de los registros parciales que contiene ni el origen o procedencia de la misma.

La cadena de custodia y la acreditación por testimonio de terceros acerca del origen y procedencia de la historia clínica podrían ser suficientes para tener el documento como auténtico, con independencia del mérito que pudiere reconocerse a las anotaciones que contiene, conjunta o aisladamente, con la ayuda de peritos.

No empecé, es posible que la parte interesada solicite el testimonio de alguno o algunos de los médicos tratantes o profesionales de la salud que contribuyeron con sus datos a la confección de la historia clínica, para dilucidar aspectos de contenido que tuvieren relevancia para su teoría del caso; dado que al respecto tampoco existe una limitante normativa, más allá del secreto profesional.

Y de acuerdo con la (SALA DE CASACIÓN PENAL, 2007) si la parte que pudiere resultar perjudicada con las anotaciones de la historia clínica tiene razones para dudar de la autenticidad del documento, como continente de la información, o para cuestionar la

cientificidad del contenido, debe manifestarlas oportunamente; y, como en todos los casos, tales eventos no comportan problemas de legalidad de las pruebas que se relacionen con la historia clínica, sino de valoración o asignación del mérito o poder demostrativo.

Conclusiones

La historia Clínica es una descripción del estado de salud del paciente, es una secuencia de los procedimientos que se realizan, posee unas características y también deben ser completas y ordenadas. Este es un documento valioso para el médico; como para el paciente, a su vez la Historia Clínica tiene unos requisitos formales, que deben ser legibles, sin tachones, clara, sin utilización de siglas, y no se puede dejar espacios en blancos.

Cuando existe la relación médico paciente, el acto médico debe ser el encuentro de dos confianzas, el paciente debe ser informado de todos los procedimientos que se efectuaran para su mejoría, así mismo, el paciente se le pediría su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que se consideren indispensables.

La Historia Clínica es un documento privado, solo puede ser conocido por tercero con la previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. Así mismo el secreto profesional que debe cumplir un médico, no es ético o lícito revelar la información se llega a existir una causa justificada, lo puede hacer.

La Historia Clínica debe cumplir unas exigencias científicas como legales en Colombia, se ha evidenciado que existen lugares donde han dado manejo inadecuado a las Historias Clínica, como espacios en blanco, ilegibilidad, utilización de siglas, se han encontrado enmendaduras, por eso, se recomienda a los profesionales y equipos médicos dar un manejo adecuado y un registro completo de todos los actos y manejo del profesional, para que esta manera se dé un resultado altamente profesional ante un proceso de responsabilidad médica.

Fue posible evidenciar con el trabajo de campo realizado, que las Historia Clínica aún son escritas a mano por algunos especialistas. Menciona la Doctora Gerente Regional de una gran EPS en Colombia:

“Cuando las Historias Clínicas son escritas a mano, en muchas ocasiones la letra del profesional no es legible, hay tachones y se utilizan muchas siglas, es obvio que el valor probatorio de ese documento es comprometido ya que el juez necesita tener claridad de la información obtenida en él”.

(Gerente Regional EPS Colombiana, 2017)

Otro problema frecuente en el diligenciamiento de la Historia clínica es que esta información no es integrada, imposibilitando que el medico desde cualquier parte de Colombia tenga en manos una única Historia clínica del paciente y no por especialidades. Eso acaba comprometiendo el resultado final del tratamiento terapéutico del paciente.

A pesar de las falencias en el diligenciamiento de la Historia Clínica el trabajo de investigación se pudo determinar que este documento tiene todas las características esenciales de las pruebas documentales, y por ende es un documento de suma importancia dentro de los procesos de responsabilidades médicas. Sin embargo, en las Historias Clínicas, en algunos casos, pueden presentar fallas en su diligenciamiento; las fallas son determinadas por las auditorias periódicas que realizan los profesionales para mejorar la calidad de este documento.

La Historia clínica es un documento probatorio fundamental en los procesos de responsabilidad civil, administrativa y penal, pero, hoy no es considerado el único documento probatorio, ya que existen otros elementos que complementan y aportan informaciones para que el juez tome su decisión. Sin embargo, consideramos que la historia clínica tiene un papel protagónico fundamental y en ocasiones definitivos en todos los procesos de responsabilidad médica.

Además, la consagración legal en la materia no deja ninguna duda. Sea cual sea el valor que los expertos en el tema le asignen, no es discutible que se trata de un documento obligatorio

y, por consiguiente, siempre va a estar sujeto a la posibilidad de que un juez ordene su exhibición procesal.

Como se señaló anteriormente el descuido en su elaboración y manejo acarrea consecuencias jurídicas importantes, dentro de un proceso de responsabilidad médica. Por tal motivo debe insistirse al cuerpo médico que se interese su elaboración., ante la necesidad de fortalecer este documento con el fin fortalecer su credibilidad para evitar que sea controvertido en un proceso su valor probatorio restringiendo cualquier tacha en su forma o contenido.

La Historia Clínica tiene una suma importancia y repercusión en el ámbito Médico Legal, ya que es un documento indispensable en la relación médico paciente. Razón por la cual es necesario crear una conciencia dentro del cuerpo médico de interiorizar el valor intrínseco de las historias clínicas, de tal manera que la perciban como un elemento probatorio invaluable, que permite al juez valorar su actuar conforme a las reglas de la *lex artis*.

La información que se maneja en la historia clínica es confidencial y el profesional debe guardar en secreto la información contenida en el documento. Esa información es un elemento importante en todas las actividades sanitarias. El bien jurídico fundamental a resguardar, es la información que contiene la Historia Clínica del paciente, que hace parte de su derecho a la intimidad. Por lo tanto, esa información debe ser veraz.

En Colombia actualmente existen grandes demandas por la responsabilidad civil médica, se deben dar unos elementos, para que pueda existir un contrato de prestación de servicio, de ahí se deriva esta prestación de servicio. El médico no está obligado a garantizar la salud del paciente, pero si está obligado a brindarle todo lo que este a su alcance para su mejoría.

En materia civil contractual, la culpa es del médico esto se da cuando existe y se prueba la negligencia, la impericia e incumplimiento de algunos de esos resultados.

Cuando hablamos de la responsabilidad medica contractual hay que darse unos elementos mínimos que son la existencia de un contrato de prestación de servicios médico, el incumplimiento que es cuando el profesional ejecuta sus actos médicos, pero tardíamente o ejecuta defectuosamente (la falta medica), también debe concurrir el daño en paciente y el nexo causal.

La culpa en materia contractual médica, puede darse en cualquier de las modalidades o formas siendo ellas la imprudencia, impericia, negligencia o incumplimiento de la lex artis. Cuando no existe la culpa del profesional médico no existe la responsabilidad médica.

La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad medica está en cabeza de quien le conviene la prueba del hecho o sino a quien esté en mejores condiciones de probarla.

Concluimos que la norma es clara cuando se manifiesta que el daño que se cause al paciente el Estado está en la obligación de repararlo. Así mismo, cuando se presentan fallas por la prestación de servicios médicos y se vulneran los derechos fundamentales y además no se pide consentimiento informado al paciente ni a su familia, esto conlleva, que el paciente pierde la oportunidad de recuperar su salud.

Gracias a nuestra Constitución, del 1991 donde nuestro país pasó de ser, un Estado Derecho a Estado Social de Derecho, el Ser humano es el pilar fundamental del Estado, donde prima sus derechos por encima de la Ley. También en la Constitución se menciona que todos los daños que causen las EPS, IPS y los equipos médicos de la salud, por todas estas actuaciones responderán el Estado.

Frente a los procesos administrativos en responsabilidad médica, el Estado entra a ser sujeto de responsabilidad por los perjuicios que ocasiona quien presta el servicio público, ya que

está en cabeza del Estado vigilar y fiscalizar la cualidad del servicio público prestado, en el caso concreto el servicio de la salud.

La Historia Clínica dentro de los procesos administrativos de responsabilidad médica, tiene un papel fundamental como medio probatorio, pero no es el único, se pudo evidenciar que en diversas sentencias las partes deben aportar otros medios probatorios, ya que con ellos el juez tiene mejor claridad de los hechos, y así puede tomar su decisión.

En materia penal la Historia Clínica sirve como medio para acreditar la relación establecida entre el médico y el paciente o entre la institución prestadora de servicios de salud y el paciente. Y en este sentido, la historia clínica se configura como medio de prueba, no solo del nacimiento y existencia de esa relación, sino también del desenvolvimiento o desarrollo de la misma, porque en ella deben consignarse en forma íntegra, cronológica y oportuna el diagnóstico, el tratamiento, los procedimientos médicos, las prescripciones y en general todo dato de la evolución del paciente y de la rehabilitación de la enfermedad.

Por tal razón, en la historia clínica deben quedar consignados todos los aspectos referentes al diagnóstico y la atención; pues lo que allí queda plasmado es el reflejo de la actividad médica y, lo no consignado en ella, se presume no realizado, aunque pueda ello desvirtuarse al demostrarse por otros medios probatorios que sí se ha efectuado.

Como al inicio se señalaba, en los procesos de responsabilidad por el acto médico, la historia clínica se constituye en el elemento más importante sobre el cual se analiza en todos sus aspectos dicho acto.

En efecto, a partir del documento que contiene la historia clínica en los procesos por responsabilidad medica se practican otra serie de medios de prueba, como son los dictámenes médico-legales, las pruebas periciales, los conceptos técnicos de especialistas y las declaraciones

testimoniales de otros miembros del equipo de salud, de allí que será prácticamente imposible realizar esa actividad probatoria si no se cuenta con la historia clínica, lo que es importante tanto para la investigación que debe adelantar la Fiscalía, como para la actividad que ha de llevar la defensa del profesional de la salud.

Por tanto, en los procesos por responsabilidad penal, la historia clínica se constituye en un medio probatorio importante que ilustra al juez sobre el actuar médico y le permite tomar una decisión frente el caso. Es por tal motivo, que la información introducida en la Historia clínica debe ser veraz y completa, ya que es un medio probatorio fundamental en esos procesos, pero no puede ser tenida como el único medio probatorio y que el valor probatorio de la historia clínica estará condicionada a la valoración, explicación y análisis que se hagan los peritos que sean interrogados en la audiencia, en conjuntos con las otras valoraciones de las demás pruebas recaudadas, por lo tanto no es el único medio probatorio que se utilizara dentro de los procesos de responsabilidad penal.

Para finalizar la Historia Clínica es una de las pruebas fundamental y esencial dentro de los procesos de responsabilidad médica, ya que aportan informaciones de suma importancias y evidencian todo el manejo que se da al paciente, pero no es la única, ya que hay casos en que otros medios probatorios son también de gran importancia para determinar la responsabilidad del profesional médico.

Referencias bibliográficas

- DR. VAZQUEZ FERREYRA, R. (1996). LA IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLINICA EN LOS JUICIOS POR MALA PRAXIS MEDICA. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso*.
- Dra. CANO STERLING, M. (2010). *ARGUMENTOS DE DEFENSA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD MEDICA*.
- Reparación Directa, 70-001-23-31-000-2012-00070-00 (2014).
- Aranda Camacho, C. A. (2013). Medios de prueba dentro de la responsabilidad Medica del Estado a la luz de la ley 1437 de 2011. *REVISTA PRINCIPIA IURIS N°20, 2013-II*.
- Arango Restrepo, P. (2012). La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI. *Revista UIS*, Vol. 25, núm. 1.
- Arenas Uribe, C., & Jimenez , M. (2001). La Responsabilidad del Estados por el Hecho del legislador.
- Armenta Ariza, A. M. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación*. *Via IURIS*, p. 88-112.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, D.C., Colombia: Imprenta Nacional.
- Barrera Trujillo, M. (s.f.). *La historia clinica como medio probatorio documental*.
- Colegio Médico del Perú. (Octubre de 2007). Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú. *Artículo 12*. Lima, Perú: Colegio Médico del Perú.
- Congreso de COLOMBIA. (15 de Diciembre de 1981). Ley 23. *Artículo 4*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de COLOMBIA. (15 de Diciembre de 1981). Ley 23. *Artículo 5*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de COLOMBIA. (15 de Diciembre de 1981). Ley 23. *artículo 4*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (12 de Julio de 2012). Ley 1564. Código General del Proceso. *artículo 167*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República. (2012). Ley 1564. Código General del Proceso. *artículo 167*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República. (12 de Julio de 2012). Ley 1564. El Código General del Proceso. *Artículo 167*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (23 de Diciembre de 1993). Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906. *Código de Procedimiento Penal para el Sistema Acusatorio*. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado, M. R. (2008). Sentencia de 20 de febrero.

Consejo del Estado, S. d. (2014). Radicación 25000232600019951136901.

Convenios de Ginebra. (1977). *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*. Recuperado el Abril de 2017, de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Corte Constitucional. (24 de Marzo de 1994). Sentencia T-158. *ERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS/RESERVA DE HISTORIA CLINICA/INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES/DERECHO DE PETICION*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional. (15 de Junio de 1994). T-275/94. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional. (2000). Sentencia T-212. Bogotá, D.C., Colombia.

- Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-834/06. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-1051/08. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-343/08. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-772/09. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (12 de Marzo de 2013). Sentencia T-118A/13. *ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-118A/13. Bogotá, D.C., Colombia.
- Criado del Río, M. T. (1999). Aspectos médico-legales de la historia clínica. *Med Clin*, 112: 24-28.
- Dra. Velito Soriano, A. S., & Dr. Tejada, S. R. (2010). *La historia clínica como instrumento de calidad*. Recuperado el Abril de 2017, de <http://www.auditoriamedicahoy.com.ar>
- Duque Ferro, M. F. (2012). *Identificación de los Errores que se Cometan con más Frecuencia en las Diferentes Fases de Control del Laboratorio Clínico y su Impacto en la Seguridad del Paciente*. Recuperado el Abril de 2017, de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10406/DuqueFerroMariaFerna2012.pdf?sequence=1>
- El país.com.co. (2013). *Estos son los problemas que padecen los sistemas de transporte masivo en colombia*. Recuperado el 25 de Abril de 2017, de Colprensa: <http://www.elpais.com.co/elpais/calif/noticias/estos-son-problemas-padecen-sistemas-transporte-masivo-pais>
- Escobar Bustamante, I., & Hernandez Beltrán, H. M. (2009). El Acceso a la Historia Clínica en el proceso penal acusatorio. *Revista Medico Legal*.

- Franco Delgadillo, E. (s.f.). ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL MEDICA. *Revista Colombiana para los profesionales de la salud.*
- Galán Cortés, J. C. (1999). La responsabilidad medica y el consentimiento informado. *Rev Med Uruguay*, 5-I 2.
- García Huayama, J. (s.f.). *RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS*. Recuperado el Abril de 2017, de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadCivilDeLosMedicos-5501003.pdf>
- GARZÓN RODRÍGUEZ, N. Y. (2015). *EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDAD MÉDICA ADMINISTRATIVA OBSTETRÍCA: EN TORNO A LA CARGA DE LA PRUEBA.*
- Gerente Regional EPS Colombiana. (2017). VALOR PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA. (L. C. Arocete Torres, & Á. M. Vargas Forero, Entrevistadores)
- Giménez, D. (s.f.). *Geo Salud su sitio de salud en la web*. Recuperado el 2017, de Geo Salud su sitio de salud en la web: <http://www.geosalud.com/malpraxis/historiaclinica.htm>
- Guzmán, F., Franco, E., Morales de Barrios, M. C., & Mendoza Vega, J. (1994). El acto médico Implicaciones éticas y legales. *Acta Médica Colombiana*, Vol. 19 N°3.
- Guzmán, F., Franco, E., Morales de Barrios, M. C., & Mendoza Vega, J. (2009). El acto médico Implicaciones éticas y legales. *ACTA MED COLOMB.*
- Herrera Torres, M. F. (s.f.). *RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS EN EL PROCEDIMIENTO GINECO - OBSTETRICO.*
- Lozano Rodriguez, E. (2012). Responsabilidad civil de médico en la legislación colombiana y comparada. Aspectos de ética médica. *Revista Derecho Privado.*

- Lombana Villalba, J. (2007). Derecho Penal y Responsabilidad médica. Biblioteca Jurídica Diké.
- Luna Maldonado, A. (2000). PROBLEMAS MÉDICO LEGALES DEL MANEJO DE LA HISTORIA CLÍNICA. *Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic.*, Leg. 5 (1): 39-47.
- Martínez Cabrera, M. B. (2011). *CLINICA, ASPECTOS MÉDICOS-LEGALES DE LA HISTORIA*. Malaga: FESITESS ANDALUCÍA.
- Menendes, E. (1994). La enfermedad y la curación ¿Que es la Medicina tradicional? *ALTERIDADES*, 71-83.
- Meza, M. Á. (2012). La responsabilidad patrimonial del estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del estado. 9.
- Ministerio de Salud . (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 8*. Bogotá, D.C., COLOMBIA.
- Ministerio de Salud. (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 1*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Ministerio de Salud. (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 11*. Bogota, D.C., Colombia.
- Ministerio de Salud. (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 5*. Bogota, D.C., Colombia.
- Ministerio de Salud. (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 6*. Bogota, D.C., Colombia.
- Ministerio de Salud. (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 7*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Ministerio de Salud. (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 9*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Ministerio de Salud. (8 de Julio de 1999). Resolución 1995. *Artículo 10*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (4 de Octubre de 1993). Resolucion 8430. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social. (28 de Mayo de 2014). Resolución 2003. Bogotá, D.C., Colombia.

Molina Castillo, A. M., & Riascos Valencia, E. (s.f.). LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MEDICA.

MsC. Alcaraz Agüero, M., Nápoles Román, Y., & Chaveco, I. (2010). La historia clínica: un documento básico para el personal médico. *MEDISAN*, 14(7):1017.

Néstor Rivera, E. D. (s.f.). *ENFERMERIA_LIBRO1.pdf*. Obtenido de *ENFERMERIA_LIBRO1.pdf*.

Observatorio Metropolitano. (2014). *Aproximación a la magnitud del transporte informal en el área metropolitana de Bucaramanga*. Recuperado el 25 de Abril de 2017, de <http://www.observatoriometropolitano.com.co/documentos%5CInfogramas%5CSectorMovilidad%5CTrans>

Pérez Restrepo, J. (2011). LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD MÉDICA - DECAIMIENTO DE SU APLICABILIDAD.

Quintero Meza, M. (2012). La responsabilidad patrimonial del estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del estado. p.p 6-13.

Rodríguez Almada, H. (2001). Los aspectos críticos de la responsabilidad. *Rev Med Uruguay*, 17: 17-23.

Rodriguez, E. L. (2012). Responsabilidad civil de médico en la legislación colombiana y comparada. Aspectos de ética médica. *Revista de Derecho Privado* .

- Ruiz, W. (2004). LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA. *Criterio Jurídico*, pp. 195-216.
- Ruiz, W. (2004). LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA. *Criterio Jurídico Santiago de Cali*, pp. 195-216.
- SALA DE CASACIÓN PENAL. (2007). Sentencia 25920.
- Santos Ballesteros, I., Ortiz Arciniegas, E., & Ruiz Alarcón, R. (2016). Las cargas probatorias en la responsabilidad civil médica a partir de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. *Derecho Constitucional / Constitutional Law*.
- Sarmiento Argüello, M. J. (2012). La responsabilidad civil médica: una vision sociologica y juridica del problema. *Civiles y administrativos*, 14.
- Sarrato Martínez, L. (2009). EL RÉGIMEN LEGAL DE ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA Y SUS GARANTÍAS. *REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN*, 17.
- Tribunal Constitucional Peruano. (2005). Nrº 0001. Perú.
- Universidad Industrial de Santander (UIS). (11 de febrero de 2009). *PROCESO BIENESTAR ESTUDIANTIL SUBPROCESO ATENCIÓN EN SALUD*. Recuperado el Abril de 2017, de Resolución 165: www.uis.edu.co/intranet/calidad/documentos/bienestar_estudiantil/guias/GBE.66.pdf
- VASQUEZ HIDALGO, A. (2002). Relación médico paciente.
- Vega Vargas, G. (2005). El sistema de responsabilidad civil institucional por la prestacion de servicio de la salud vigente en Colombia. 32-40.

ANEXO A. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Además de las jurisprudencias analizadas en el desarrollo del trabajo, esta sentencia del Consejo de Estado demuestra que el mal manejo de la historia clínica por parte de los profesionales de salud, comprometieron e impidieron que la misma fuera utilizada como medio probatorio de peso o gran valor dentro del proceso, aquí se necesitaron otros medios probatorios para que el juez llegara a tomar la decisión:

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, Magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero expediente 31182, donde se manifiesta que la paciente Luz Elena Londoño Maldonado fue remitida por el Instituto de Seguro Social (I.S.S.) a la clínica las Américas de Medellín para realizarle una videolaparoscopia operatoria, después de practicado el procedimiento el diagnóstico fue peritonitis y perforación del íleon, razón por la que fue remitida a cuidados intensivos donde falleció.

Se puede observar dentro de los procedimientos que se le realizaron a la paciente, que en su historia clínica no aparece el regreso de la misma a la institución, y que además se dieron órdenes telefónicas de aplicación de medicamentos, sin evaluación previa de la paciente por parte de los médicos de turno en urgencias; asimismo, el ginecólogo hizo la anotación en las órdenes médicas de que la paciente debía ser valorada por un cirujano general, sin embargo nada de esto se ve reflejado en la historia clínica.

Se puede concluir entonces, que el desarrollo de la historia clínica fue una prueba importante, sin embargo, los testigos fueron el medio probatorio que le permitió al juez tomar la decisión.

ANEXO B. ACCIÓN DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En Sentencia T-216/2008 la Corte menciona que el profesional médico está obligado a informar al paciente todos los acontecimientos de forma clara, completa, detallada e integral posible, qué procedimientos resultan pertinentes para recuperar su salud, y cuáles son los riesgos que el paciente puede sufrir. Es decir, la relación médico paciente es el medio para que el paciente se informe de su condición, cuáles son los tratamientos y los riesgos de los mismos, lo que se debe adicionar en el consentimiento informado tiene que ser entendido por el paciente como el ejercicio del derecho a la autonomía, donde los pacientes tienen la facultad de decidir por una alternativa diferente cuando ella existe o por abstenerse de aplicar el tratamiento recomendado por el profesional médico. En la Sentencia la Corte deja claro que el consentimiento informado no es solo una comunicación para los pacientes, ya que les otorga la capacidad de decidir si seguir adelante con el tratamiento o buscar uno diferente si lo considera posible con otro profesional o también con otra institución.

ANEXO C. SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia del 30 de agosto de 2013, Exp. N° 11001-31-03-018-2005-00488-01, magistrado ponente Ruth Marina Díaz Rueda, en esta sentencia se pudo evidenciar que los jueces cuando emitieron el fallo no miraron todas las pruebas que eran fundamentales para determinar la responsabilidad de la muerte del paciente. En este caso concreto la historia clínica contenía todos los procedimientos y diagnósticos que fueron realizados en el paciente, de acuerdo con lo mencionado la Corte se manifiesta:

En sede de este recurso, la censora rebate esos planteamientos, debido a que el sentenciador soportó su decisión únicamente en la experticia, omitiendo las demás pruebas recaudadas, como el electrocardiograma, la historia clínica y el testimonio de Luz Haydeé Rodríguez Gómez, prescindencia que lo llevó a concluir erróneamente que los galenos actuaron de acuerdo con la “lex artis”

(...) así mismo se ignoró la historia clínica demostrativa de varios factores de riesgo o de evento coronario, reiterando que a pesar de ingresar por urgencias a las 9:35 a.m., se le cambió su atención a ambulatoria, por lo que a las 14:17, es decir, varias horas después, la gastroenteróloga que lo atendió, al avizorar un problema serio, dispuso la realización urgente de un EKG, cuya lectura se pospuso, cuando “de haberse procedido con la debida atención, el procedimiento a seguir era actuar con prontitud ese mismo día, de conformidad con el protocolo propio de un infarto del miocardio”(…)

La Corte afirma que la decisión del juez solamente fue basada en el dictamen pericial dejando de un lado pruebas fundamentales como la Historia clínica, aquí fue posible determinar el error judicial. En este caso concreto la historia clínica fue el medio probatorio fundamental para que la Corte decidiera el recurso de casación.

ANEXO D. SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO

En la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo, del día 26 de julio de 2012, magistrado ponente Stella Conto Díaz del Castillo, se pudo evidenciar de manera injustificada e inexplicable, el I.S.S. aportó copia incompleta de la historia clínica de la paciente, los folios que remitió son en su mayoría ilegibles, repetidos y se negó a allegar una transcripción mecanográfica completa y ordenada de la historia clínica, lo que impidió el examen de la misma por personal médico independiente, situaciones estas que fueron advertidas por la Sala al revisar el expediente por primera vez.

Lo anterior tiene efectos de suma gravedad para inferir que el I.S.S. es responsable de la muerte de la señora Marulanda, habida cuenta que la historia clínica y su examen técnico por personal especializado ajeno al instituto, constituían la prueba esencial para juzgar la idoneidad y calidad de la atención médica y hospitalaria suministrada por la entidad prestadora de servicios de salud a la víctima y, por ende, determinar si hubo relación de causalidad entre el daño, en este caso la muerte de la paciente, y el obrar del centro asistencial.

La Sala observó en esta sentencia, *que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que de “la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses criterio jurisprudencial que reviste importancia vital para resolver el presente caso, por las razones que se desarrollan en seguida.*

La Sala menciona en varias oportunidades que, inexplicablemente, en la copia de la historia clínica se descartaron los folios correspondientes a la atención médica prestada ente julio

y agosto de 1997, por tal motivo la Sala considera que la prestación de servicio no fue de calidad, idoneidad y respeto por el paciente,

si el I.S.S. hubiera suministrado atención médica a la señora Marulanda con base en una historia clínica en la que, dado el desorden en su transcripción y la ausencia de relación espaciotemporal que denota, resultaba imposible emitir un diagnóstico adecuado y proporcionar el tratamiento debido, comoquiera que se desconocían los antecedentes de la paciente y los servicios prestados.

En ese caso concreto se pudo observar que la historia clínica tenía fallas en las descripciones, ausencias de folio entre otros, por tal motivo comprometieron la autenticidad de este documento tan fundamental dentro de los procesos. Con base en esto, la Sala menciona que:

“Esta Sala se ha pronunciado respecto de -y ahora reafirma- la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo.”

ANEXO E. TRABAJO DE CAMPO

Para determinar cuáles son los problemas más frecuentes en las Historias Clínicas, se realizó un trabajo de campo en que se visitó personalmente y se entrevistó, un gerente regional de una Empresa Prestadora de Salud, también se entrevistaron 2 auditores que realizan periódicamente evaluaciones en las Historias Clínicas, para detectar errores y para mejorar las deficiencias que siguen presentándose con los diligenciamientos. Las entrevistas se encuentran registradas en audios.

Los profesionales como auditores y gerente que fueron entrevistados son profesionales de Instituciones como EPS y IPS. En ese trabajo se respetó la identidad de 2 de los profesionales que solo aceptaron colaborar con ese trabajo con la garantía de que sus identidades no fueran reveladas. También se preservó la identidad de la Empresas prestadoras de Salud que pertenecen esos profesionales. Se hicieron las siguientes preguntas:

- 1) ¿Usted hace auditoria en las historias clínicas con frecuencia? ¿Con qué frecuencia?
- 2) ¿En esas auditorias es posible detectar errores? ¿Cuáles?
- 3) ¿Ustedes manejan Historias Clínicas integradas para todas las especialidades?
- 4) ¿Usted considera que las Historias clínicas es un medio probatorio idóneo y único en los procesos de responsabilidad o considera que existen otros tan importantes como la Historia Clínica?
- 5) ¿Usted considera que la historia clínica es la prueba reina en los procesos de responsabilidad medica?

1º Entrevista: Gerente Regional de la EPS. Respuestas:

- 1) Si con frecuencia el comité se reúne para evaluar las historias clínicas
- 2) Si, cuando la Historia clínica es escrita a mano, los errores son cuanto la ilegibilidad del documento y tachone, cuando la Historia es electrónica también se presentan errores como espacios en blanco y utilización de siglas. Aquí el problema es que en medicina una sigla dependiendo de la especialidad puede significar muchas enfermedades, tratamientos y otros significados, por tal motivo no se debe diligenciar las historias clínicas utilizando siglas.
- 3) No, la información no está integrada en todo el país, es una falla en el sistema.
- 4) Idóneo sí, claro, pero no es el único.

5) No, también están los testigos, los dictámenes, entre otros.

2ª Entrevista: Auditor encargado de realizar auditorías en las Historias Clínicas de IPS. Respuestas:

- 1) Si frecuentemente se realizan auditorias en las Historias clínicas
- 2) si detectamos errores como espacios en blanco y usos de tachones
- 3) Si, en la IPS las Historias Clínicas son integradas con todas las especialidades
- 4) Si, para mí no existe ni otro medio probatorio más detallado de los actos médicos realizados en el paciente que la Historia Clínica.
- 5) Si es la prueba reina y el único medico probatorio

3ª Entrevista: Dr. Luis Felipe Tarazona, fue auditor en la Solsalud EPS

- 1) Si, existen los comités de Historias Clínicas, uno como médico auditor debe reunirse y calificar las revisiones de las historias.
- 2) Si, pero depende del mecanismo de que usted quiera hacer la auditoria, existen revisiones cuantitativas y semicuantitativa, en una se mira que se cumpla los contenidos de la Historia clínica en cuanto al formato que se llena, por ejemplo, el motivo de la consulta, la enfermedad actual, antecedentes, signos vitales, exámenes físicos y en la otra la semicuantitativa, busca la calidad de la historia clínica, en cuanto el diagnostico sea pertinente con base con base a la información que conste en el examen físico, diagnóstico médico y tratamiento terapéutico que se va dar al paciente
- 3) El formato de la historia clínica puede cambiar dependiendo del tipo de especialidad, por ejemplo, en Gineco tiene sus formatos distintos de otras especialidades y la información no está integrada
- 4) Es el único porque permite hacer la revisión de todo lo que el profesional médico está encontrando en el paciente. Es el único medico probatorio en los procesos
- 5) Si es la prueba reina, pero hay que tener cuidado con las historias clínicas que son electrónicas porque uno puede dejar el usuario abierto y en el usuario de uno si puede equivocar alguna persona y copia otras informaciones con el usuario que uno tiene, hay que tener en cuenta que, así como uno ingresa y abre el registro también debe cerrar el registro.