

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

MARGARITA CABELLO BLANCO
Magistrada Ponente

SC2506-2016

Radicación n.º 05001-31-03-003-2000-01116-01

(Aprobada en sesión de veintinueve de julio de dos mil quince)

Bogotá D. C., dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación que **Factor Mauricio Monagas Mejía** y **Daniel Mauricio** y **Paulina Monagas Zapata** interpusieron contra la sentencia del 4 de abril de 2013 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario que promovieron contra **Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Susalud Medicina Prepagada, Clínica Las**

Vegas Coomeva IPS Ltda. y la sociedad **Inversiones Médicas de Antioquia S.A.** En este proceso fueron llamados en garantía Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y **Santiago Felipe Monsalve** por parte de Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. A su vez, Inversiones Médicas de Antioquia S.A. llamó en garantía a la **Compañía Suramericana de Seguros S.A.** hoy Seguros Generales Suramericana S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Los demandantes, esto es, Factor Mauricio Monagas Mejía, en su condición de cónyuge supérstite de Luz Patricia Zapata Muñoz y como representante de los menores hijos de ambos, Daniel Mauricio y Paulina Monagas Zapata, pretenden que, frente a las demandadas Compañía Suramericana de Salud S.A. Susalud, Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda. e Inversiones Médicas de Antioquia S.A.:

Primero: Se declare que las convocadas son civilmente responsables de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados a los actores como consecuencia de la muerte de Luz Patricia Zapata Muñoz.

Segundo: Se les condene a pagar, como indemnización, las siguientes sumas -actualizadas al momento de su cancelación -, o las que resulten probadas:

A Mauricio Monagas Mejía, por daño emergente \$755.000, oo y por lucro cesante \$141.185.155,oo.

A Mauricio y a Paulina Monagas Zapata, por lucro cesante \$70.592.577,00 para cada uno.

A cada uno de ellos, por perjuicios “extrapatrimoniales o morales”, el equivalente a 1000 gramos oro.

2. Como fundamento fáctico de esas pretensiones, adujeron que Luz Patricia Zapata contrajo matrimonio con Factor Mauricio Monagas Mejía y que como fruto de esa unión nacieron Daniel Mauricio y Paulina.

Que para la fecha de los hechos -29 de enero de 1998-, Luz Patricia Zapata Muñoz era empleada de Electroporcelana Gamma S.A. con un salario promedio de \$618.582,00 mensuales. Estaba afiliada a la EPS Susalud, entidad que en enero de ese año autorizó la práctica de una cirugía (septoplastia) que aquella requería, por lo que en la fecha mencionada, por orden del doctor Santiago Monsalve , fue hospitalizada en la Clínica Las Vegas, de propiedad de Inversiones Médicas de Antioquia S.A.. Su diagnóstico de ingreso fue “*sinusitis crónica máximo etmoidoesfenoidal más desviación septal más desviación de cornetes*” (fls. 4 y 64, c. 1).

El acto quirúrgico comenzó a las 8:05 a.m. y culminó a las 10:40 a.m. “*sin complicación alguna, aparentemente*” (f. 4). Se alude a varios episodios de vómito y náuseas que presentó la paciente desde las 12:15 p.m. hasta las 6:45 p.m.

Al día siguiente, 30 de enero, continuó presentando náuseas y vómitos. A las 7:00 a.m. fue revisada por el médico tratante y luego, a las 12:00 m, por una enfermera. Se quejaba de fuerte cefalea, que sus acompañantes dieron a conocer a las auxiliares sin que entonces fuera examinada, hasta las 4:30 p.m. cuando fue atendida ante un paro cardiorespiratorio que presentó, sin intervención médica y sin equipos de resucitación, pero que, según las notas de la historia clínica, permitieron que la paciente recuperara sus signos vitales. Fue a la sazón llevada a la unidad de cuidados intensivos, donde, según lo asentado en la mentada historia, las náuseas, cefaleas y vómitos eran de “*características no claramente establecidas*” (f. 6, ib.), así como que posteriormente presentó “*cianosis periférica quejumbrosa, rigidez de descerebración*” (ib.).

Con base en estos hechos se afirma que hubo demora en el proceso de resucitación o en que se advirtiera el paro cardiorespiratorio, lo cual influyó en la muerte cerebral y en el desenlace fatal, pues Luz Patricia Zapata Muñoz falleció el 31 de enero a las 2:55 a.m. en la unidad de cuidados intensivos de la Clínica Las Vegas.

3. Las sociedades demandadas contestaron oportunamente en los siguientes términos:

a. La Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Susalud (fls. 72 a 79, c.1) aclaró que Luz Patricia Zapata Muñoz no ingresó como beneficiaria de la EPS, sino del contrato de medicina prepagada celebrado entre esa entidad

y la empresa para la cual aquella laboraba; que no autoriza o niega la práctica de cirugías pues es una situación que define el médico tratante y el paciente; y que no le constaban la mayor parte de los hechos, a los que se refiere, uno a uno, para hacer precisiones de la mano del historial de la paciente fallecida. Adujo como excepciones de mérito las que denominó “fuerza mayor o caso fortuito o intervención de un elemento extraño”, “no exigibilidad de otra conducta”, “plus petición” e “inexistencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño” sustentada ésta en que con el TAC¹ de cráneo realizado a la señora Zapata Muñoz se descarta que su muerte cerebral se hubiese presentado por demora en el proceso de resucitación o como resultado de la operación, y que con ese mismo examen se colige que su deceso se produjo por razón de una “*hemorragia subaracnoidea, secundaria a la ruptura de un aneurisma de la arteria cerebral anterior*” (f. 77. C.1).

b. Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda. también se opuso (fls. 45 a 50, c. 1). Aclaró que en Medellín existe una Clínica Las Vegas de propiedad de una sociedad diferente de ella, a saber, Inversiones Médicas de Antioquia S.A. contra la cual se debió dirigir la demanda. Propuso como excepciones la “falta de legitimación por pasiva” y el “hecho exclusivo de un tercero”.

4. Debido a reforma al escrito inaugural en la que se incluyó como demandada a Inversiones Médicas de Antioquia S.A., esta sociedad al dar respuesta (fls. 182 a 188, c. 1) al

¹ Tomografía axial computarizada.

libelo, manifestó que con los pacientes no celebra contratos para la prestación de servicios médicos; que la señora Luz Patricia Zapata era paciente particular del doctor Santiago Monsalve, médico adscrito a Susalud, y a quien el galeno atendía por cuenta de esta entidad; que este profesional escogió a la Clínica Las Vegas para realizar la intervención quirúrgica materia del proceso, por lo que este establecimiento prestó sus servicios de hospitalización y puso a disposición el personal auxiliar, pero, aclaró, *“el acto médico en cuanto tal fue ejecutado con total autonomía científica por el médico Monsalve”* (f. 183, c. 1). Agregó que la razón de ser de los vómitos, las náuseas y las cefaleas que padeció Patricia Muñoz Zapata obedecían a secuelas normales de la cirugía y el tratamiento, que los signos vitales de la paciente eran regulares después de la intervención, que no había factores anormales en la evolución de su post operatorio, que sí fue observada en los interregnos a que alude el escrito inaugural, que el paro que presentó fue súbito y estuvo atendido por los médicos de urgencias quienes tomaron la decisión de trasladarla a la unidad de cuidados intensivos, y en fin, que aquella sufrió el rompimiento de un aneurisma cerebral, problema ajeno al tratamiento que se le había brindado. Con fundamento en estas explicaciones propuso las excepciones de “ausencia de culpa” y “pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de Inversiones Médicas de Antioquía S.A.”.

5. La Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Susalud Medicina Prepagada llamó en garantía a Inversiones Médicas de Antioquia S.A. (fls 1 y 2 , c. 2), con

fundamento en que con dicha sociedad tenía un contrato de prestación de servicios médicos, en desarrollo del cual aquella había facturado a la primera la suma de \$2.106.776,00 por la atención que brindó a la paciente Luz Patricia Muñoz Zapata.

En lo relacionado con el escrito inicial, Inversiones Médicas de Antioquia S.A. lo contestó en similares términos a los que utilizó para dar respuesta al mismo en su condición de demandada.

Respecto del llamamiento y al manifestar su resistencia al mismo, alegó las excepciones de “ausencia de culpa” y “pleno conocimiento de las obligaciones”.

6. Susalud Medicina Prepagada asimismo convocó en garantía a Santiago Felipe Monsalve Sánchez (fls. 30 y 31, c. 2), médico particular que practicó la cirugía de que trata la demanda genitora y quien, adscrito a Susalud, recibió de esta \$830.000,00 por esa intervención.

Apersonado del galeno, se opuso formulando como excepciones la “ausencia de culpa”, “falta de nexo causal” y “fuerza mayor”. Respecto del llamamiento igualmente se resistió pero sin aducción de medio exceptivo de mérito.

7. Por su parte, Inversiones Médicas de Antioquia S.A hizo lo propio respecto de la Compañía Suramericana de Seguros S.A. (fls. 1 a 4, c. 3), la que, enterada, enfrentó las pretensiones primigenias (fls. 27 a 43, c. 3) con las

excepciones denominadas “ausencia de responsabilidad”, “ausencia de nexo causal”, “tasación excesiva del perjuicio” e “improcedencia de pago anticipado del perjuicio por lucro cesante”. En relación con el llamamiento de que fue objeto, también lo disputó como consecuencia de alegar la inexistencia de la responsabilidad endilgada a su asegurada. Como excepciones frente a esta relación procesal adujo las que denominó “improcedencia de indexación de valores asegurados”, “límite asegurado”, y “deducible”.

8. Durante la audiencia de conciliación la parte actora desistió de sus pretensiones frente a la demandada Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda., solicitud que admitió el *a quo*. (fls. 233 y 234, c. 1).

9. Surtidos los trámites propios de la primera instancia, el juzgado de conocimiento, que lo fue el Tercero Civil del Circuito de Medellín, profirió sentencia en la cual desestimó la objeción por error grave al dictamen pericial, denegó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante.

10. Oportunamente apelada la decisión antedicha, el Tribunal la confirmó con la sentencia objeto del recurso de casación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Luego de la usual síntesis del proceso, desde el escrito genitor hasta los argumentos de la apelación, y no sin

antes dejar sentada su constatación acerca de la presencia de los presupuestos procesales y la inexistencia de irregularidades, se aplica el juzgador *ad quem* a examinar los problemas jurídicos que en su opinión se revelan en el caso, cuales son, en primer lugar, el de establecer “*si la intervención quirúrgica que le fue efectuada a la señora Luz Patricia Zapata Muñoz tuvo causalmente relación directa con su deceso*” (f. 85 vto., c. 12). Y, en segundo lugar, si habiendo acaecido tal muerte como resultado de la hemorragia por la ruptura de un aneurisma, el personal médico actuó con diligencia frente a la situación con miras a evitar el resultado aciago.

Con tal objetivo, precisa que de conformidad con los artículos 2341, 2144 y segundo inciso del numeral 5° del artículo 2184 del Código Civil, la culpa del médico -por violación de las reglas que la *lex artis* prevé- ha de ser comprobada. Seguidamente, discurre en torno a las responsabilidades civiles contractual y extracontractual, y sobre la responsabilidad médica en particular, de la que dice que

generalmente surge dentro de una particular relación jurídica de naturaleza contractual y que se conoce como asistencia médica, la que, dada su naturaleza, viene concebida en la modalidad de obligación de medio y no de resultado, a menos que el acuerdo negocial lo haya previsto, como suele ocurrir en las intervenciones médicas con fines estéticos (f. 88, c. 12).

Destaca también que en materia probatoria, la jurisprudencia ha morigerado la rigidez del artículo 177 del

Código de Procedimiento Civil para aceptar una interpretación de este precepto en sentido dinámico, e imponer así la carga de probar a la parte que esté en las circunstancias más propicias para aportar los medios de convicción.

Con extensa transcripción de jurisprudencia de esta Corporación sobre las responsabilidades contractual y extracontractual médicas, a las obligaciones de medio que por lo general están presentes en esa relación según el contenido y alcance del contrato celebrado, entre otros tópicos, pasa al evento concreto del cual expresa que entre la intervención quirúrgica practicada a Luz Patricia Zapata y su deceso no hay una *“entidad causal indisoluble, es decir, y como se verá a continuación, no existe relación directa entre la operación practicada a la señora Zapata Muñoz y la causa que generó su fallecimiento”* (f. 94 vto, c. 12).

Con miras a fundamentar esa aseveración, indica que si bien la peritación constituye la columna vertebral del fallo, varios testimonios técnicos que analiza, enmarcan *“semiológicamente”* esa opinión científica.

En esa medida, expresa que de acuerdo con *“el testimonio del médico tratante, doctor Santiago Monsalve”* (f. 95), las advertencias que le hizo a la paciente estuvieron referidas a los riesgos quirúrgicos sin que en los mismos se contemplase la ruptura de un aneurisma *“como de la estirpe de aquellos riesgos que se debió haber advertido al paciente a fin de obtener un consentimiento autónomo e informado”* (ib.).

De la declaración del médico internista e intensivista Carlos Mario Blandón, destaca su respuesta a la relación de la septoplastia con la hemorragia subaracnoidea producida por ruptura de un aneurisma, por la que se le indagó, en cuanto a que éste estimó que esa pregunta debía ser respondida por un neurocirujano o un otorrino, pero que para él *“es casi imposible tocar un aneurisma en un procedimiento de este tipo, el paciente se muere ahí mismo”* (f. 95).

Pasa a la del otorrinolaringólogo Jorge Alberto Restrepo, de la que recalca esta respuesta a la misma pregunta:

en mi experiencia personal y en el trabajo de 21 años como médico y 15 como otorrinolaringólogo una cirugía endoscópica de senos paranasales no presenta como complicación la ruptura de un aneurisma, ni nunca lo he visto relatado en la literatura de la especialidad como complicación directa. Esto no se presenta porque son áreas distintas, el cerebro y la nariz (f. 95 vto.).

En cuanto a lo narrado sobre el mismo tópico por el médico neurocirujano Hernán Javier Castaño Vélez, el juez colegiado transcribe su respuesta:

no. Esto si soy muy enfático, el procedimiento quirúrgico realizado, fue un procedimiento muy bien hecho y que lo que le ocurrió a la paciente fue una enfermedad que el azar la determinó, porque los aneurismas se rompen sin uno saber cuándo se van a romper, es decir, estilo bomba o estilo infarto cardíaco, que uno no sabe cuándo va a ocurrir (ib.)

Tras apoyar la desestimación que el juzgado de primera instancia hizo de la objeción que por error grave se hiciera del peritaje por haber concluido el experto sobre un asunto supuestamente impertinente, a saber, el mentado vínculo entre la hemorragia subaracnoidea y la cirugía previa, expresa el Tribunal que

En tanto el asunto de fondo ciertamente sí constituye el establecer la vinculación causal entre la intervención quirúrgica y la ruptura del aneurisma, esta sala, ...examinando tanto el testimonio del médico tratante como de los demás médicos que declararon, y estructurando la decisión justamente en el dictamen pericial rendido, en el cual queda claro que, y se reitera, “no existe relación de causalidad entre la hemorragia subaracnoidea y la cirugía previa”, y contemplando por supuesto la dimensión técnica que el caso implica, se habrá de prohiar tal dictamen al no hallarlo inconsistente (f. 96).

En lo tocante a la eventual negligencia del personal médico en la pretensa atención tardía con ocasión de la urgencia (paro), observa el juzgador que en tal averiguación no puede desatenderse el origen del fallecimiento de la señora Zapata, esto es, la ruptura del aneurisma y su carácter imprevisible de cara a las atenciones del personal médico que tuvo a su cuidado la etapa posoperatoria de Luz Patricia Zapata, las que, por consiguiente deben ser auscultadas en el marco del normal proceder que debían desplegar para el cuidado de la septoplastia y turbinoplastia practicadas. Con tal advertencia, procede a describir, de la mano de la historia clínica y del relato cronológico inserto en la demanda, el devenir de la paciente desde su ingreso al centro de salud hasta su deceso, incluyendo en tal relato, la “sospecha de una

posible hemorragia subaracnoidea o ruptura de un aneurisma” que llevó al médico tratante a ordenar un TAC, en el cual “*se aprecia sangrado severo por posiblemente la arteria cerebral comunicante anterior*”, transcripciones éstas que son la que el Tribunal incluye en el fallo con mención de la fuente: “C.P.1.Fl.47” (f. 96 vto.).

Dejando de lado la declaración de Martha Inés Mejía, concluye el Tribunal, con soporte en el trabajo pericial y en aquellos testimonios, que califica de técnicos, que los síntomas que evidenció Luz Patricia Zapata Muñoz con posterioridad a la intervención quirúrgica, fueron los que normalmente sobrevienen a consecuencia de la operación que le fue practicada. Por tanto, prosigue el fallador, como no están cuestionados los síntomas que experimentó (náuseas, vómitos y dolor de cabeza) no es extraño que el perito hubiese indicado que debido al antecedente de una cirugía de nariz por la que la paciente había pasado, tales síntomas fuesen atribuidos al procedimiento quirúrgico y a los medicamentos que, como el “tramal”, fueron utilizados y pueden ocasionar el reflejo de náuseas y vómitos.

Al encontrar esta opinión consistente con los testimonios, colige el *ad quem* que pretender que el personal médico estaba al tanto de que se hallaba ante la posibilidad de un aneurisma cuando comenzaron a manifestarse los dolores de cabeza sufridos por la señora Zapata Muñoz, supondría una exigencia que desborda los deberes profesionales que de aquellos se predicán.

Retomando afirmaciones contenidas en el dictamen pericial, referidas a la carencia de antecedentes en el historial acerca de cefaleas de presentación súbita en la paciente fallecida, el Tribunal concluye que cuando a ésta le sobrevino la convulsión ya la hemorragia se había desatado, destacando además lo descrito por el perito en cuanto a que, “... *En la historia clínica, la tomografía demostró una hematoma (sic) intracerebral con una hemorragia subaracnoidea masiva, cuadro clínico neurológico que llevó al rápido deterioro de la paciente, por lo tanto es imposible pensar que con una lesión encefálica tan severa haya estado 34 horas sin presentar síntomas neurológicos*” (f. 98. C.12).

A efectos de esclarecer la conducta profesional luego del paro cardiorespiratorio, momento a partir del cual –dice- la situación cambió drásticamente, acude el sentenciador a otra aserción del peritazgo en cuanto a que la hemorragia subaracnoidea de forma masiva acompañada de hematoma intracerebral es de pésimo pronóstico y de alta mortalidad; ello para resaltar que según lo cotejado con la historia clínica y el peritaje, la actuación del personal médico se enmarcó dentro de los cánones exigidos.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN. CARGO ÚNICO

Se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de las normas sustanciales contenidas en los artículos 63, 1494, 1546, 1602, 1603, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil; 1°, 10 y 16 de la Ley 23 de 1981, como fruto de errores de hecho manifiestos en los

que incurrió el sentenciador en la apreciación de: a) la historia clínica, b) la confesión por la ausencia de la exhibición del informe escrito del TAC, c) los testimonios de los médicos Carlos Mario Blandón, Jorge Alberto Restrepo Quiroz y Hernán Javier Castaño Vélez, así como el de la enfermera Margarita María Arboleda Rodríguez. d) De igual forma, el yerro lo extiende a la declaración del llamado en garantía Santiago Monsalve y e) el dictamen pericial practicado.

Con miras a su desarrollo, indica que todo el fundamento probatorio de la sentencia descansa en la historia clínica, en la que se apoyan los testigos, el perito y el Tribunal, corporación que llega a la conclusión de que *“la causa de la muerte es el rompimiento de un aneurisma cerebral que generó una hemorragia y consecuentemente la muerte”* (f. 12, c. Corte). Agrega que si, conforme a jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ese instrumento de registro es la mejor prueba para la determinación de los hechos ocurridos en la actividad médica, debe ser completo y fidedigno.

Con base en estos referentes, manifiesta que la sentencia incurrió en error de hecho que condujo a la *“violación de una norma sustancial consistente en la denominada responsabilidad médica”* (f. 13, c. Corte), pues está incompleta la historia clínica que se aportó al proceso, documento que –aclara- proviene de las partes y no fue tachado. Y ello porque no contiene la tomografía axial

computarizada, “*única prueba directa de que existiera un aneurisma y de que su ruptura causó la muerte*” (f. 14). Agrega que si bien los escritos del médico tratante y de las personas que participaron en la elaboración de la historia se refieren a ese examen, como también lo hace el sentenciador “*quien da por acreditada la existencia del TAC sin que el resultado del mismo conste en el expediente*” (f. 14), lo cierto es que no puede afirmarse que esa pieza documental demuestre el aneurisma cerebral, por ser incompleta, en vista de que la prueba de éste era precisamente la tomografía.

Añade que en ese registro clínico se dejan dudas sobre el rompimiento del aneurisma, pues la nota del doctor S. Vargas alude a una “*ruptura posible de aneurisma*”.

Advierte que no existe en ella el consentimiento informado de la paciente; pero el Tribunal lo da por probado con base en la declaración del llamado en garantía doctor Santiago Monsalve.

Pasa al estudio del yerro probatorio referido a la confesión por la ausencia de exhibición del informe escrito del TAC. Al efecto indica que la parte actora, desde la presentación de la demanda, solicitó esta prueba con el fin de comprobar la mala atención realizada a la paciente, la cual fue decretada y programada para ser practicada sin que en ninguna oportunidad hubiese sido objeto de oposición por parte de Inversiones Médicas de Antioquia S.A., la que,

llegado el día, no la exhibió, constituyendo ello confesión de esa atención deficiente, de conformidad con el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil.

En lo tocante con la prueba testimonial, sobre la que sindicó al sentenciador de haberla cercenado al centrarse únicamente en la ausencia de relación causal entre la intervención quirúrgica y la ruptura del aneurisma cerebral, inicia con el examen de la declaración de doctor Carlos Mario Blandón, en cuanto este señaló que el diagnóstico inicial del aneurisma fue “*eminente semiológico de ingreso*” (f. 17. Corte), evadiendo la respuesta cuando se le indagó por el diagnóstico final, pues simplemente confirmó lo que indicó en la nota final que estampó en la historia clínica, pero no un dictamen definitivo.

Respecto de la declaración del doctor Jorge Alberto Restrepo Quiroz, le endosa al fallador colegiado haber omitido el hecho de que este profesional fue tan sólo citado como testigo técnico, y aun así, “*fue tenido como soporte para confirmar la sentencia absolutoria*” (f. 18, c. Corte). Indica que este deponente no confirmó que la señora Zapata Muñoz hubiese fallecido como consecuencia del rompimiento de un aneurisma pues dejó abierta la posibilidad de que el acto médico hubiese podido ocasionar el óbito, al precisar que la zona donde se practica la intervención es muy reducida, por lo que un posible contacto con la aracnoides no es descabellada. Concluye el censor que “*si no hubiera mediado error del sentenciador de segunda instancia en la apreciación*

de esta prueba, hubiera descubierto que efectivamente era descartable en una cirugía como la realizada a la paciente la ruptura de un aneurisma, pero no una hemorragia subaracnoidea” (f. 19).

En referencia a la atestación del doctor Hernán Javier Castaño Vélez, médico neurocirujano que fue consultado cuando la paciente entró en coma, dice el impugnante -previa transcripción de fragmento de la declaración- que dicho testigo confirmó que lo del aneurisma era una posibilidad, una sospecha, pero nunca una opinión confirmada.

Cuanto a la declaración del doctor Santiago Monsalve, quien intervino quirúrgicamente a la paciente, precisa el recurrente que fue tomada por el *ad quem* como una prueba testimonial, a pesar de que este profesional había sido llamado en garantía, siendo entonces parte en el proceso. Distinción definitiva si se tiene en cuenta que sólo la admisión de hechos que le perjudiquen era lo que podía constituirse en prueba de confesión a partir de la declaración de parte. De suerte que cuando el juzgador de segunda instancia utilizó esta deposición para hallar demostrado que a Luz Amparo Muñoz se le informó oportunamente sobre los riesgos de la intervención a que iba a ser sometida, permitió al médico crear su propia prueba, constituyendo ello error evidente, puesto que con independencia de si la muerte fue resultado del aneurisma, lo cierto es que existe responsabilidad de los demandados al no obtener consentimiento informado de la

paciente sobre todas las consecuencias derivadas de la operación a que fue sometida.

En relación con el dictamen pericial, el impugnante, luego de reiterar que sólo fue tomado en consideración por el Tribunal a efectos de establecer el vínculo entre la cirugía y la rotura del aneurisma, y tras recordar que el auxiliar se fundamentó en la historia clínica, en la que no figura el TAC sino unos comentarios de los médicos que hablan de probabilidades o sospechas de esa anormal dilatación, afirma que el perito señaló que *“el método de diagnóstico para establecer un aneurisma cerebral es el TAC de cráneo simple, frente a lo cual el fallador de segunda instancia le dio la espalda”* (f. 21).

Sostiene que esa Corporación avaló la deducción del perito en cuanto a la ausencia de nexo causal, tema que no era objeto de prueba, que quedaba fuera de contexto en vista de que los puntos absueltos por el experto se dirigían a determinar si el médico tratante podía o no precisar la existencia de un aneurisma cerebral por lo que *“ninguna de las explicaciones dadas por el perito sustentan la conclusión que el Tribunal erróneamente avala”* (f. 22).

Se refiere seguidamente al testimonio que diera Margarita María Arboleda Rodríguez, enfermera que hizo turno en la unidad de cuidados intensivos el día del fallecimiento de la paciente, y quien aseveró que no se había

confirmado el diagnóstico de la paciente, que “*abría (sic) que hacer otro estudio, pero no hubo tiempo*” (f. 22).

Es decir, y ya para terminar, indica la censura que ese testimonio está en armonía con los de los médicos, quienes se quedaron con la sospecha o probabilidad de un aneurisma sin que se hubiese confirmado.

B. CONSIDERACIONES

1. Como es sabido, el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. Tal aserto supone, cardinalmente, que la finalidad del mismo no se encuentra orientada al reexamen de la causa litigiosa pues su objeto es la sentencia y su confrontación con la ley procesal o sustancial, connotación que desde su origen lo centró como un expediente para el control de la legalidad de los fallos. De allí la finalidad de tutela del derecho objetivo que, junto a otros más, se le atribuye a este recurso, en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo, en nuestro medio la casación admite en contados eventos que la *questio facti* sea posible de ser examinada, como cuando de las equivocaciones que comete el sentenciador en el campo de las pruebas resulta la norma sustancial infringida. Este tipo de violación, que consagra el inciso 2° del numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, conocida como violación indirecta de

normas sustanciales, puede acaecer como fruto de errores de derecho o de hecho.

En lo que toca con el último, que es el invocado en el cargo, se tiene por sabido que se configura cuando en la apreciación material de la prueba, el sentenciador omite la que se encuentra en autos, supone una que no lo está o, finalmente, tergiversa alguna con agregados o cercenamientos que terminan desfigurándola. Ese error de hecho, para que tenga incidencia en sede casacional, debe ser no sólo trascendente, sino manifiesto, connotación esta última que lo particulariza y aleja de ser equiparado a una instancia más del proceso. Por esa misma razón, la utilización del error de hecho no sirve de oportunidad para que los litigantes ejerzan una libre crítica del pronunciamiento judicial, poniendo de presente discrepancias o puntos de vista distintos de los adoptados por el juzgador, entresacados de las pruebas, en el marco de un elucubrado discurso, pues su faena ha de centrarse en la demostración del error que por evidente, no ha de necesitar de mayores disquisiciones, bastando tan solo –en el caso de desfiguración u omisión del medio- la determinación de la prueba, lo que esta en verdad acredita y lo que de ella extrajo o dejó de deducir el sentenciador.

En tal sentido, en una de sus muchas providencias, aseveró esta Sala:

[N]o le basta al recurrente que tenga en la mira desquiciar la sentencia acusada en casación, previa sindicación de que el fallador ha incurrido en yerro fáctico, ofrecer la propia visión de los hechos y proponer su particular apreciación de las pruebas que los verifican, a fin de oponerlas a las estimaciones efectuadas por el sentenciador, pues que, yendo más allá, le resulta imprescindible demostrar que la suya es la única e insustituible interpretación posible; y si esto último acontece, puede predicarse que la del Tribunal ha sido arbitraria o manifiestamente contraevidente.

3.- A esos respectos, reiteradamente ha enseñado esta Corporación que "Cuando las sentencias suben a la Corte como consecuencia del recurso de casación, llegan amparadas por la presunción de acierto, tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación de la ley. Y como el Tribunal goza de cierta autonomía en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables o inmodificables en casación, en cuanto por el impugnante no se demuestre que el ad quem, al efectuar tal apreciación, incurrió en error evidente de hecho o en yerro de valoración. La distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el fallo combatido, ni aún en el caso en que la Corte pueda diferir del criterio que haya tenido el juzgador para llegar a las conclusiones motivo del ataque..."; doctrina que viene apuntalada de antaño cuando ha expresado también que "para que los juicios del sentenciador de instancia no admitan censura en casación, basta que no degeneren en arbitrariedad, por no situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios probatorios más profundo y sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte. Y aún en el evento de que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador en las conclusiones fácticas, mientras no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda (Cas.

Civ. de 17 de junio de 1964 número 107, pg. 288)" (G.J. T. CCXVI, No. 2455, págs. 166 y 167). (CSJ SC 031-2002 del 27 de febrero de 2002, rad. 6197)

Por lo demás, si la causal de casación escogida para lograr el quiebre del fallo es la primera –“ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial”- no debe sentirse satisfecho el impugnante con solo explicar el yerro fáctico que le atribuye al juzgador, pues este es apenas un medio que le ha de conducir a la meta, cual es la demostración de la alegada infracción de normas de esa estirpe, sobre las que, se repite, debe presentar a la Corte las razones que le asisten para considerarlas trasgredidas. Con lo anterior, por supuesto, no quiere señalarse que la Sala esté requiriendo el “concepto de violación” en sus clásicas vertientes de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, pues sabido es que dicha exigencia quedó eliminada desde 1989.

2. Se recuerdan estas reglas de orden técnico porque el impugnante no ofrece ninguna explicación sobre las razones por las cuales considera que los preceptos que enlista, fueron infringidos por el juzgador. Y si se repara bien en ellos, pronto se advierte que algunos no son sustanciales y otros que ostentan esa calidad, no son esenciales al caso debatido, esto es, que hayan constituido o debido haber constituido la base del fallo (artículo 51, numeral 1° del decreto 2651 de 1991).

Sobre este particular debe recordarse que, conforme a doctrina uniforme y reiterada de esta Corporación se entienden por normas de derecho sustancial aquellas que *“en razón de una situación jurídica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal relación”*, aclarando que no tienen esa calidad aquellas que *“se limitan a definir fenómenos jurídicos o a describir los elementos integrantes de estos, o a hacer enunciaciones o enumeraciones, como tampoco la tienen las que regulan la actividad probatoria y, en general, las que disciplinan la actividad in procedendo”* (Cfr. CSJ SC del 19 de abril de 1978).

Al efecto, es pertinente mencionar que el artículo 63 del Código Civil es sólo definitorio de la culpa, su división tripartita y del dolo; el artículo 1494 de esa misma obra es meramente descriptivo sobre las fuentes de las obligaciones; el canon 1546 ibídem -norma que sí es sustancial- contempla el derecho a pedir la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de la contraparte, lo cual evidentemente es un asunto impertinente a lo que se debate en este juicio; el precepto 1602 consagra en el ordenamiento positivo el principio de la autonomía de la voluntad privada, que si bien permea cualquier relación jurídica de índole contractual y puede en esa medida servir de báculo para la estructuración de un cargo en casación, en sí mismo no puede fundar uno por violación de normas sustanciales, por su tesitura abierta, pero menos en este, en donde no se debate, en absoluto, las hipótesis a que alude tal precepto. Esto mismo debe señalarse

del artículo siguiente, el 1603 -que consagra el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos- a lo que se agrega que acá no se hace alusión a un proceder doloso o de mala fe por parte de los demandados, que justifique su invocación.

En lo que tiene que ver con el canon 1610, también del Código Civil, referido a las alternativas con que cuenta el acreedor en relación con el incumplimiento de obligaciones de hacer, fácilmente se advierte que, no obstante que lo debatido en este juicio apunta a la inobservancia de prestaciones de esa índole (*facere*), nada se dice sobre las opciones que consagra el precepto y por consiguiente no estaría llamado éste para estar enlistado como violado por el Tribunal.

Asimismo, debe anotarse que los artículos 1613, 1614 y 1615, del Estatuto Civil, que explican los componentes de la indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), no son sustanciales pues tan sólo hacen una clasificación y explicación de dos modalidades de daños resarcibles.

En lo que hace a los artículos 2341, 2343 y 2356 del mismo cuerpo normativo, tales preceptos van dirigidos a disciplinar tópicos (responsabilidad directa, legitimación pasiva y responsabilidad por actividades peligrosas) del deber de resarcir daños causados a consecuencia del incumplimiento del deber jurídico constituido por el *neminem*

laedere, prototípico de la responsabilidad civil extracontractual, y por tanto, impertinente al asunto materia de esta litis.

Respecto de los preceptos de la ley 23 de 1981, es de ver que el artículo 1° establece unos principios que, según su encabezado, "*constituye [n] el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica*" y en tal medida contiene numerosas directrices, de inocultable trascendencia jurídica, sin que ninguna de ellas hubiese sido concretada como infringida por el sentenciador de segundo grado.

Sobre los artículos 10 y 16 de esa misma Ley, si bien son claramente normas de estirpe sustancial toda vez que el primero de ellos establece la obligación del médico de evaluar adecuadamente la salud de su paciente, indicar los exámenes necesarios para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente, al paso que el segundo limita únicamente al riesgo previsto la responsabilidad de este profesional en cuanto a las reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, la explicación sobre los errores fácticos que cometió el juzgador colegiado al no haber dado por establecida la responsabilidad de las demandadas no se enlaza con estas normas, por lo que queda el ataque incompleto en la medida en que no estableció el impugnante cuáles de los supuestos fácticos que estas normas establecen tanto para asignarle obligaciones específicas al médico como para limitar la responsabilidad del

mismo al riesgo previsto fueron las que se adecuan en este caso para derivar de allí la endilgada responsabilidad.

Es notorio, por tanto, que la empresa acometida quedó trunca, pues únicamente se dedicaron esfuerzos –frustráneos, según se verá– en lo tocante a los yerros probatorios, dejando de lado el examen normativo -elemento central de la causal invocada-, con la presentación a la Corte de porqué los preceptos enunciados han resultado infringidos a causa de los yerros analizados.

3. En lo que hace al primer aspecto de carácter técnico que se explicó, ha de señalarse que en las acusaciones refulge el esfuerzo del casacionista por presentar un análisis del acervo probatorio distinto del que adoptó el *ad quem*, olvidando recriminar las conclusiones fácticas de este, cardinal tarea como quiera que, más que la propia opinión, el censor –en lo tocante a la vía indirecta por yerro *facti in judicando*–, debe focalizar su actividad en demostrar los desatinos que le imputa al sentenciador, según quedó ya dilucidado.

Es visible que el recurrente deja de lado el sustento probatorio concreto que el Tribunal aduce, en relación con la prueba testimonial y el dictamen pericial, no obstante que advierte que dicha Corporación se detuvo en dichos medios de convicción para indagar por el nexo causal entre la intervención quirúrgica y la ruptura del aneurisma cerebral

en la paciente. Pero, se itera, no aborda, para atacarlas, las conclusiones que sobre ese puntual aspecto extrajo el sentenciador sino que procede enseguida a plantear lo que en su opinión dicen dichas pruebas. Es lo que se conoce en el ámbito de la casación como desenfoque o desatino, el cual, explicado en palabras de la Corte, ocurre

cuando la argumentación del recurrente se enfoca hacia aspectos que no fueron desarrollados por el fallador, es decir cuando van por caminos disímiles”, por lo que las razones del casacionista “carecen de la virtualidad necesaria para enervar el soporte de la sentencia impugnada, siendo inane la censura formulada. Precisamente a este defecto, que supone que el recurrente dirija su labor impugnatoria hacia fundamentos diferentes de los tenidos en cuenta por el fallador y no frente al soporte real de la decisión, de antiguo, en la esfera casacional se le conoce como desenfoque o desatino del cargo, que, por la misma razón anotada, le resta todo mérito de prosperidad a la censura.” (Sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 5638). (CSJ AC 323-2000 del 15 de diciembre de 2000, rad. 760013110008-1996-8690-02, reiterada en AC del 30 de agosto de 2010, ard. 11001-31-03-005 1999-02099-01 AC del 30 de noviembre de 2012, rad. 76001-31-10-004-2006-00277-01, entre otras providencias).

a. En efecto, y para corroborar lo que se ha afirmado, repárese en la declaración del médico Carlos Mario Blandón (fls. 1 a 4, c. 9), sobre la cual el Tribunal resalta su afirmación en cuanto a la relación entre la hemorragia subaracnoidea y la ruptura del aneurisma, pero el recurrente no lo cuestiona,

sino que subraya lo que en su sentir fue una respuesta evasiva del declarante en cuanto al diagnóstico final.

En lo que –por lo demás– tampoco acierta, pues este galeno, (folio 1 vto.) afirmó que respecto a la paciente no sabía nada en relación con su ingreso ni con el procedimiento que se le practicó, que se acuerda que lo llamaron a verla y la encontró “*con compromiso severo del sensorio, rigidez y cianosis*”. Confirmó, con vista en los folios 82 y 83 del cuaderno principal, que las anotaciones en esa parte de la historia clínica que se le puso de presente, eran de él, que las hizo a las 6:15 de la mañana al terminar de atenderla, notas que incluyen el diagnóstico inicial, los procedimientos y “*la opinión final que coloco como un diagnóstico más definido del evento de la paciente*” (f. 1 vto, c. 9). En relación con el inicial corrobora que se trataba de un pronóstico eminentemente semiológico. Luego se le pregunta: “*Según su nota de historia clínica, cuál fue su diagnóstico final sobre la paciente mencionada*” (f. 2) a lo cual responde “*hemorragia subaracnoidea más intraparenquimatosa por ruptura de aneurisma de la comunicante anterior izquierdo, pésimo pronóstico, se informa a la familia, ese fue la nota final*” (ib.).

Es patente que este deponente respondió exactamente lo que le estaban preguntando, por lo que resulta palmario que la censura no sólo no impugnó eficazmente la parte del testimonio en la que el sentenciador de segundo grado se detuvo, sino que no es exacta la afirmación de la acusación pues no se descubren evasivas en una pregunta que se dirige

claramente a que el testigo corrobore lo que estampó como diagnóstico final, en la historia clínica.

b. En cuanto al testimonio de Jorge Alberto Restrepo Quiroz (fls. 7 a 10, c. 9), es de ver que se lanza al vacío una afirmación en busca de desaprobar su dicho, en cuanto a que fue citado tan sólo como testigo técnico, sin que se ofrezca explicación alguna a tal reprobación, cuando es lo cierto que en esta materia el auxilio de personas con especiales conocimientos científicos se manifiesta como altamente conveniente, como lo ha reiterado esta Corporación, al indicar que

cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa” (CSJ SC 183-2002 del 26 de septiembre de 2002, rad. 6878).

Ahora bien, la principal condición de un testigo es la de que dé cuenta de hechos; y si lo que quiso poner de presente la censura fue que este declarante no tenía conocimiento directo o indirecto de los sucesos que se investigan y que tan

sólo opinó en forma general sobre cuestiones técnicas o científicas relacionadas con los acontecimientos investigados, a más de la ausencia de desarrollo argumental de tal aserción, debe descartarse esta crítica por extemporánea y porque, en últimas, está ligada a un error probatorio de derecho pues se enfoca en la eficacia legal de la prueba, y por ende, en la aducción de una equivocación distinta de la que desarrolla la censura en el ataque, incurriendo de esta manera, en una mixtura inadmisibile, al entremezclar acusaciones por error de hecho y de derecho sobre una prueba en el mismo cargo.

En adición, el embate ciertamente no aflora de la lectura de la declaración, pues afirma el casacionista que, según aquella, no era descartable en una cirugía como la realizada la aparición de una hemorragia subaracnoidea, es decir, era un riesgo previsible. Pero observa la Sala que este testigo - médico otorrinolaringólogo, y quien dijo haber sido citado como “perito médico”-, luego de describir el procedimiento quirúrgico realizado a Luz Patricia Zapata, e indagado acerca de si es posible que la hemorragia subaracnoidea por ruptura de un aneurisma (se subraya) sea consecuencia del procedimiento quirúrgico realizado, contestó que en su experiencia personal *“y en el trabajo de 21 años como médico y 15 como médico otorrinolaringólogo una cirugía endoscópica de senos paranasales no presenta como complicación la ruptura de un aneurisma ni nunca lo he visto relatado en la literatura de la especialidad como complicación directa. Esto no se presenta porque son áreas distintas, el cerebro y la*

nariz” (ib.). Afirmó que en la cirugía, de acuerdo con la historia clínica, no tuvo complicación; que en lo relacionado con la consulta preanestésica no hubo alguna contradicción; que no sabe de exámenes convencionales que puedan detectar que una paciente padece de aneurisma; que en operaciones como estas se presentan síntomas de cefaleas, dolores oculares, dolores dentales como parte del posoperatorio. Preciso que la aracnoide se encuentra a una distancia entre 1 y 5 cm del lugar donde se realizó la intervención quirúrgica, dependiendo del grosor óseo, *“aclarando que los espacios de trabajo los cuales uno como otorrino trabaja son milimétricos, el orificio del seno maxilar tiene cuatro milímetros, el orificio de esfenoides tiene dos, son áreas muy pequeñas donde distancia de cinco centímetros, ocho centímetros son distancias muy grandes, ya que la distancia de trabajo son de milímetros”* (f. 9). En relación con los síntomas postquirúrgicos de náuseas, vómitos y cefaleas y si ellos suelen perdurar por largo tiempo, indicó que eso depende de las personas pues ha atendido pacientes sin ningún tipo de complicación pero que posteriormente los ha tenido que manejar hospitalariamente por vómitos de difícil control; que en general casi todos los pacientes presentan cefalea, *“algo de náuseas o vómito en las primeras 24 horas del posoperatorio”* (f. 9). Explicó que la cirugía de nariz presenta abundante sangrado.

No obstante, al igual que con la declaración anterior, quedó sin rebatirse la conclusión que de la misma extrajo el Tribunal, a la par que se puso en boca del testigo

afirmaciones no realizadas por éste, ni inferencias que puedan deducirse de sus manifestaciones.

Resulta clara la ocurrencia de una hemorragia con el lamentable deceso de la paciente; pero el esencial motivo de la controversia es si ese sangrado anormal fue ocasionado por un aneurisma roto o si fue el resultado del acto galénico cuestionado. Esta última posibilidad, de acuerdo con las explicaciones ofrecidas por el doctor Santiago Monsalve, ejecutor de la cirugía practicada a Luz Amparo Muñoz, cuya declaración en este punto fue advertida por el sentenciador (f. 95, c. Un12), se encuentra dentro de los riesgos previstos. Pero como se vio, sobre este puntual aspecto no opinó el declarante Jorge Alberto Restrepo Quiroz.

c. En relación con la atestación del doctor Hernán Javier Castaño, y de la que el censor afirma que el testigo confirmó que lo del aneurisma era una posibilidad a partir de algunos fragmentos de la misma, la Corte igualmente no encuentra que de su dicho pueda colegirse inexorablemente tal aserción (fls. 11 a 14, c. 9).

En efecto, allí se lee que este médico informa que fue llamado por parte del doctor Santiago Monsalve, quien había operado ese mismo día a la paciente Luz Patricia Muñoz, para una interconsulta pues *“la paciente había hecho súbitamente una pérdida de conocimiento y había entrado en coma”* (f. 11 vto.). Explicó que es prácticamente imposible diagnosticar un

aneurisma cerebral antes de su ruptura, aunque una muy pequeña minoría “*dan unos síntomas que pueden señalarle al médico que el paciente tiene un aneurisma no roto*”. Constató, de acuerdo con la historia clínica que se le puso de presente, que el diagnóstico inicial de entrada lo establece generalmente el médico como “*una impresión diagnóstica y fue el de hemorragia subaracnoidea por la ruptura vascular posiblemente aneurismática*”. Explicó que luego se le practicó el TAC simple de cráneo

que demostró que había una hemorragia subaracnoidea masiva, además de una hemorragia intracerebral en el lóbulo frontal izquierdo que nos hizo sospechar la ruptura de un aneurisma de la arteria comunicante anterior que sangró directamente hacia el lóbulo frontal izquierdo. La ayuda diagnóstica fue la tomografía computarizada.

En referencia al tratamiento que debe seguirse para un paciente con una hemorragia subaracnoidea por ruptura de un aneurisma explicó que

antes de establecer el tratamiento se debe hacer el diagnóstico de precisión a través de un estudio de angiografía de todos los vasos cerebrales, con el fin de descartar que haya otros aneurismas no rotos en el mismo árbol vascular, además de establecer la localización, el tamaño, la forma, la identificación del cuello del aneurisma, si es de base amplia o de base estrecha y determinar así que tratamiento a seguir

En cuanto a que se hubiese podido diagnosticar oportunamente el aneurisma con los síntomas referidos en el

posoperatorio, dijo el testigo técnico que la paciente había sido intervenida por una sinusitis y en el posoperatorio tuvo cefalea (dolor de cabeza) y vómitos que pudo ser ocasionado por el posoperatorio inmediato y por su enfermedad de base, la sinusitis crónica. Dijo:

Hasta ahí estos síntomas son prácticamente inespecíficos, que no conducen a un diagnóstico preciso, porque los síntomas pueden obedecer, como dije a la misma cirugía, al mismo acto quirúrgico, a la sinusitis y sólo hacen la diferenciación en que la paciente comience a presentar algunos otros síntomas que no encajen con la sintomatología postquirúrgica de la paciente. Creo que acertadamente del doctor Monsalve acudió a la evaluación neuroquirúrgica, porque la paciente comenzó a presentar cefalea que no cedía al tratamiento, motivo por lo cual, cuando yo la valoré la paciente había presentado súbitamente paro respiratorio parcial, lo que se llama apnea, lo cual hizo que fuera llevada a la UCI, donde fue entubada...

Precisó que la ruptura del aneurisma no se debió al procedimiento quirúrgico sino al azar; y que desde

el punto de vista de manejo de esta enfermedad de presentación súbita y tan mortal como es la ruptura de un aneurisma fue adecuadamente atendido, se solicitaron los especialistas que se requerían para atenderla adecuadamente, pero la mortalidad de su enfermedad por la ruptura del aneurisma en forma indefectible e inesperada la condujo a la muerte(f. 12 vto.).

Es evidente, entonces, que la acusación sobre una desfiguración de este medio, sustentada a partir de

segmentos o frases aisladas que se toman, no logra configurar el aserto que a modo de síntesis de este testimonio propone la censura, pues un análisis contextual permite, sin ningún esfuerzo, y a pesar de las palabras que el médico utiliza (“posiblemente aneurisma” y “nos hizo sospechoso ruptura de un aneurisma”) llegar a la conclusión contraria, esto es, la de que este galeno estuvo convencido de que la hemorragia subaracnoidea espontánea masivo se debió al rompimiento de un aneurisma, pues no de otro modo se explican las explicaciones que en ese sentido aporta al proceso.

d. En relación con la declaración de Santiago Monsalve, quien intervino quirúrgicamente a la paciente, es de precisar que la censura aborda su análisis para resaltar que como el deponente era parte en el proceso por haber sido llamado en garantía, no podían ser tomados sus dichos como basamento para acreditar el consentimiento informado de la señora Luz Patricia Zapata Muñoz, pues lo favorecían.

Sobre el consentimiento informado de la paciente, el juzgador sentó dos afirmaciones: en primer lugar, tal como lo pone de presente la impugnación, se apoyó en el dicho de Santiago Monsalve, médico que la operó. Y en segundo lugar, señaló que así Luz Patricia Zapata Muñoz no hubiese dado su asentimiento por escrito y no se le hubiese enterado de los riesgos de la intervención, como quiera que había quedado demostrado que la ruptura de un aneurisma fue lo que produjo su deceso y ello no es un riesgo previsto o asociado a la cirugía, era irrelevante esa anuencia, pues *“al no estar*

previsto lógicamente menos habría de ser informado” (f. 95, c. 12).

Respecto de este ataque, surge imperioso para la Corte recordar otra regla técnica del recurso de casación, que se enlaza con la presunción de acierto y legalidad que cobija al fallo cuando arriba a esta sede judicial, consistente en la necesidad de que la acusación por la vía indirecta de la causal primera comprenda todos los fundamentos de aquél, pues si solo se impugnan algunos de ellos y se dejan incólumes otros, el reproche resulta vano en vista de que la decisión sigue apoyada en esos pilares que no fueron objeto de crítica y que están amparados por la presunción antes aludida.

Esto ocurre con el referido a la ausencia de consentimiento informado, pues el juzgador colegiado adujo una consideración de índole causal a los efectos de la responsabilidad civil perseguida en este proceso, que no fue objeto de crítica por parte del casacionista, razonamiento que, por otro lado, le otorga respaldo firme a la sentencia como quiera que, al decir de esta Corporación,

la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sico-física a consecuencia del tratamiento o intervención

no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto” (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al “paciente a riesgos injustificados” (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (CSJ SC del 17 de noviembre de 2011, rad. 11001-3103-018-1999-00533-0. Subraya en esta ocasión la Sala)

e. Finalmente, en lo concerniente a la declaración de la señora Margarita María Arboleda Rodríguez (fls. 11 a 14, c. 8), de la que afirma el casacionista que la deponente, enfermera y empleada de la clínica Las Vegas, ratificó que el diagnóstico se quedó apenas como una posibilidad, debe manifestarse que esta auxiliar, quien dice haber recibido el turno de las siete de la noche en la unidad de cuidados intensivos, explicó que *“es normal que en una cirugía de nariz se presente sangrado, vómito por efectos anestésicos y cefalea por el tipo pues de cirugía”* (folio 12), que en la realizada a Luz Patricia Zapata, de acuerdo con las notas de enfermería *“transcurrió sin complicaciones”*, que cuando la paciente presentó el paro fue atendida con las maniobras de reanimación básicas y llegó a la unidad de cuidados intensivos respirando espontáneamente.

Preguntada por el diagnóstico de la paciente indicó que era *“una hemorragia subaracnoidea por un posible aneurisma cerebral roto, creo que no se confirmó, que habría que hacer otro estudio, pero no hubo tiempo”* (folio 12 vto.).

De allí parte el censor para enrostrarle al Tribunal la comisión de un yerro fáctico en la apreciación de esta prueba en la que, para la Corte, no puede razonablemente concluirse con carácter evidente que con la sola creencia –que no es más que una opinión y no un hecho que le conste a la testigo– acerca de que no se había confirmado el diagnóstico porque no hubo tiempo de realizar el estudio necesario para ello, pueda afirmarse que, en efecto, dicha impresión quedó sin corroborarse, cuando las demás pruebas, según lo visto, permitieron al sentenciador concluir lo contrario.

f. De otra parte, la más importante acusación que contiene el cargo se refiere a que, para el recurrente, la sentencia se sustenta en un hecho que no fue probado: la existencia del aneurisma cerebral y de que su ruptura causó la muerte a Luz Patricia Zapata Muñoz.

Esta afirmación la apunala en la circunstancia de que el TAC no fue aportado junto con la historia clínica de la paciente. Para la censura, de nada sirven las afirmaciones de los médicos y del dictamen pericial pues todas ellas se basan en la historia clínica, que está incompleta al no contener el aludido examen de tomografía axial computarizada. En otras

palabras, el Tribunal cometió error de hecho evidente al hallar acreditada la existencia del aneurisma y de que su ruptura causó la muerte a Luz Patricia Zapata Muñoz con base en la historia clínica, pieza que no podía corroborar tal evento, pues solamente incluye referencias a la que sí es prueba directa, esto es, la tomografía. Lo que conduce a examinar si con base en las demás pruebas, distintas de la que califica como única por la idoneidad que ostenta para demostrar lo que los ojos no ven, pudo el Tribunal llegar a una conclusión contraevidente.

Plantea el cargo, pues, un asunto de convencimiento referido al mérito persuasivo que un cúmulo de pruebas puede generar en el sentenciador, si la más apta no figura en el expediente. Y aunque es evidente que el recurrente exagera su explicación al punto de calificar el TAC de “prueba única”, con lo cual, y vistas las cosas por la otra cara, equivale tal aserción a sostener que el Tribunal se basó en pruebas impertinentes, hay que convenir en que lo que intenta resaltar es que ese examen, y más específicamente el informe en el que consta la interpretación de las imágenes de la tomografía, de acuerdo incluso con el dictamen pericial, tiene la aptitud hoy por hoy de permitir una evaluación con mayor exactitud, o en palabras sencillas, descubrir lo que ocurre u ocurrió dentro de espacios que, como el interior del cráneo, no puede el ser humano observarlos por visión directa. Se trata, en consecuencia, del valor de convicción que tiene el informe técnico del TAC frente a las demás pruebas.

Pero tal embate tropieza con un escollo que, desde ya debe resaltar la Corte, referido a que en la misma historia clínica se lee, en el segmento correspondiente a la “evolución diaria”, con fecha 30 de enero de 1998, la siguiente anotación: *“tac simple de cráneo: hemorragia intracerebral frontal izquierda y H.S.A. espontánea masiva por ruptura posible de aneurisma A.C. anterior”*(f. 17, c. 6).

Lo expuesto significa que, con sólo echar de menos los resultados de un examen diagnóstico pertinente, conducente y si se quiere, directamente encaminado al esclarecimiento de las causas del fatal deterioro que en su salud sufrió Luz Patricia Muñoz Zapata, de ninguna manera ha quedado demostrado con la contundencia que el error de hecho exige, la equivocación del sentenciador al haber llegado, con el dictamen pericial y los testimonios que lo avalan, según su decir, a la conclusión de no hallar el nexo causal entre la intervención quirúrgica y los daños reclamados por cuanto, para él, el fallecimiento de la paciente obedeció a la ruptura del aneurisma cerebral.

Y ello es así porque si la historia clínica recogió el resumen de la interpretación de las imágenes que arrojó la tomografía axial computarizada, en el que se indica que la hemorragia se presentó en forma espontánea –lo que de suyo excluye un origen traumático- y su causa probable fue la ruptura de esa dilatación, y si sobre esa lectura el perito se basó sin ofrecer algún reparo, el error de hecho con el carácter de manifiesto o evidente queda disipado pues la

conclusión a la que llegó el juzgador tuvo sustento en pruebas que le ofrecían razonablemente esos datos que finalmente le condujeron a persuadirse de que estaba acreditado el rompimiento del aneurisma y no una causa distinta, entre ellas, la negligencia o impericia en la intervención quirúrgica, que, ya se ha dejado dicho, transcurrió sin complicaciones.

Por lo demás, desde el punto de vista casacional, esto es, poniendo de presente lo que al comienzo se señaló, en cuanto a que el error de hecho endilgado al Tribunal debe ostentar los ribetes de monumental, luce pertinente recalcar que todos esos profesionales que opinaron y atestaron en este proceso no dijeron conjeturas, de suyo desdeñables, pues sus afirmaciones -tanto las asentadas en la historia clínica como las que tuvieron ocasión de presentar personalmente en sus deposiciones-, en criterio de la Corte, sirven de apoyo por brindar, en sí mismas, suficientes elementos de juicio para llevar al juzgador al convencimiento sobre la verdad que averigua. Porque, no hay que olvidarlo, en estos asuntos la prueba es libre, desde luego que no existe norma alguna que establezca limitantes sobre el particular. En consecuencia, pueden utilizarse los medios de convicción que no sólo sean conducentes porque tengan la aptitud o idoneidad legal para llevar al juez el conocimiento de la verdad de un hecho, sino también pertinentes en la medida en que ellos conduzcan de modo eficiente y eficaz al resultado perseguido, cual es, se itera, producir en el juez la certeza sobre la verdad de la cuestión fáctica que el litigio plantea.

Ahora bien, la historia clínica, en la hora actual, *“debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas”* (artículo 5 de la Resolución 1995 de 1999 proferida por el Ministerio de Salud), y de ella forman parte, como anexos, *“los documentos que sirven de sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario”* (artículo 11). Además *“los reportes de exámenes paraclínicos pueden ser entregados al paciente luego que el resultado sea registrado en la historia clínica, en el registro específico de exámenes paraclínicos que el prestador de servicios deberá establecer en forma obligatoria para tal fin”*.

Y aun cuando tal acto administrativo no puede ser aplicado al asunto que se examina, por ser posterior su expedición a los hechos de este proceso, debe resaltarse que tampoco el censor especificó qué norma obligaba para entonces al establecimiento de salud a conservar el informe mismo de la tomografía, cuyo reporte -según se vio- quedó estampado en la historia clínica y en relación con el cual el representante legal de Inversiones Médicas de Antioquia S.A., señor Nicolás Suárez Arboleda, durante la diligencia de exhibición de documentos e interrogatorio de parte (fls. 1 a 59, c. 6) explicó que *“el resultado de la tomografía realizada el 30 de enero de 1998, está consignada (sic) en la historia clínica, en la hoja de EVOLUCIÓN DIARIA, ya que el original que produce la clínica, lo entrega al paciente o a la familia”* (folio 2).

Lo anterior pone de presente que si el resultado del examen quedó estampado en el registro, buscarlo igualmente en otro documento –el emanado del profesional que llevó a cabo el TAC- no arrojaría en principio nuevas luces sobre la investigación. A menos que el censor hubiese demostrado una cadena de yerros probatorios del Tribunal que permitieran tener certeza, con la fortaleza que reclama el error de hecho, que la anotación asentada en ese historial hubiese sido parcializada o inexacta, pues todo lo demás, entra en el campo de la conjetura, que no tiene cabida en el recurso extraordinario.

Luce pertinente recordar aquí que principalmente en asuntos de responsabilidad civil médica, si bien ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. CSJ SC 001-2001 del 30 de enero de 200, rad.5507; SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01; SC12449-2014 del 15 de septiembre de 2014, rad. n° 11001 31 03 034 2006 00052 01, entre otras) la necesidad de demostrar la culpa galénica, no por ello ha dejado de advertir la dificultad a la que se enfrenta la víctima que pretende acreditarla, a resultas de lo cual ha prohiado, conforme a las tendencias internacionales, una interpretación del principio de la carga de la prueba en sentido dinámico, entendiendo con ello que la parte que esté en mejores posibilidades de ofrecer al proceso la demostración de la verdad histórica que se investiga, sea la que deba, en principio, y atendidas las

particularidades de cada caso, aportar esos medios de convicción.

Se resalta lo anterior por cuanto la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa -débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo- viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. Lo que se traduce en que su análisis resultará de una importancia inusitada a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no sólo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica. Pero, en tratándose de una deficiente o inexacta inscripción de datos referidos al paciente en cuestión, la demostración de tal falencia podrá servir de indicio para la formación del convencimiento acerca de la investigada responsabilidad, sin que en principio pueda concluirse, en sede de casación, que la adecuada demostración de un error probatorio como el que se le

atribuye al Tribunal en este caso, pueda conducir, sin más, a deducir la obligación de resarcir los perjuicios reclamados.

De la historia clínica dijo en reciente oportunidad esta Sala:

Tal compilación informativa en la que se individualiza a la persona que requiere de atención médica y se relata de forma discriminada la forma como se le presta, lo que comprende una descripción del estado de salud de arribo, los hallazgos de su revisión por el personal encargado, los resultados de las pruebas y exámenes que se practiquen, los medicamentos ordenados y su dosificación, así como todo lo relacionado con las intervenciones y procedimientos a que se somete, es una herramienta útil para verificar la ocurrencia de los hechos en que se sustentan los reclamos del afectado con un procedimiento de esa naturaleza.

Su conformación debe ser cronológica, clara, ordenada y completa, pues, cualquier omisión, imprecisión, alteración o enmendadura, cuando es sometida al tamiz del juzgador, puede constituir indicio en contra del encargado de diligenciarla.

De todas maneras su mérito probatorio debe establecerse «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», debiendo ser apreciada en conjunto con las pruebas restantes, máxime cuando su contenido se refiere a conceptos que en muchos casos son ajenos al conocimiento del funcionario (CSJ SC 5746-2014 del 14 de noviembre de 2014, rad. n° 11001-31-03-029-2008-00469-01).

g. Sirve este momento para abordar el estudio de la acusación referida a que el Tribunal no dedujo las consecuencias probatorias que el artículo 285 del Código de

Procedimiento Civil establece para cuando hay oposición injustificada a la exhibición de un documento, en relación con la cual ha de sostenerse delantadamente que dicho embate quedó huérfano de sustento, pues esos efectos sólo se generan cuando quien pide la exhibición afirme que el documento se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo (artículo 284) y así lo demuestra (artículo 285), supuestos que se erigen en complemento obligado para la aplicación de la norma, los cuales debió acreditar el censor mediante la determinación de los medios de convicción que, adecuadamente identificados en el plenario habrían resultado, entonces, preteridos por el juzgador.

h. Del análisis del peritaje (fls. 109 a 121, c. 6) elaborado por médico especialista en neurocirugía y en valoración del daño corporal, sobresale que el experto, en principio, resumió la historia clínica destacando de dicha pieza que la paciente presentó náuseas, vómitos y cefalea en el posoperatorio y que de manera súbita presentó apnea, cianosis periférica y rigidez de descerebración.

Preguntado por los diagnósticos diferenciales que se deben considerar en una paciente que después de un procedimiento de septoplastia presenta en las 34 horas siguientes náuseas, vómitos y fuertes dolores de cabeza, respondió:

“Dado el antecedente de la cirugía de nariz, si la paciente presenta cefalea, náuseas y vómitos, lo más prudente es pensar que ello es

debido al procedimiento quirúrgico, pues estos pacientes presentan dolor de cabeza ocasionado por el taponamiento de las fosas nasales. Además los medicamentos utilizados en esta paciente como el Tramal pueden ocasionar vómitos, el sangrado posoperatorio que se escurre por la parte posterior hacia la faringe puede ocasionar el reflejo de náuseas y vómitos. En este caso es difícil pensar en patología neurológica, pues la paciente no presentó una sintomatología que llevara al médico a descartar lesión neurológica. La hemorragia subaracnoidea se ocasiona por ruptura de un aneurisma por variadas causas” (f. 111).

Señaló que estos síntomas, en efecto, son prudentes de tratar con líquidos endovenosos y antieméticos. Y que en su concepto, la paciente *“no presentó una sintomatología que indujera al médico al diagnóstico de un aneurisma roto”*.

Menciona que es difícil en este suceso pensar en una hemorragia subaracnoidea pues la paciente nunca estuvo hipertensa y en su historia no hay descripción de cefaleas de presentación súbita. El experto señala que es asimismo arduo considerar el diagnóstico de un aneurisma roto, pues la paciente no presentó la característica cefalea súbita de gran intensidad, no tenía rigidez en la nuca, no hizo ningún signo neurológico, así como que resulta difícil que los dolores de cabeza y náuseas montos iniciales fuesen ocasionados por la ruptura del aneurisma pues

“como se describe en la historia clínica, la tomografía demostró una hematoma intracerebral con una hemorragia subaragnoidea masiva, cuatro clínico neurológico que llevó al rápido deterioro de la paciente, por

lo tanto es imposible pensar que con una lesión encefálica tan severa haya estado 34 horas sin presentar síntomas neurológicos” (subraya la Sala, f. 112, c. 6).

Ante la sospecha médica sobre un aneurisma cerebral el experto indicó que el método diagnóstico que debe utilizarse es el del TAC de cráneo simple. Con todo, señaló que esas anormales dilataciones provocan una sintomatología que tan sólo se presenta cuando se produce la ruptura, y que en algunos eventos se puede diagnosticar en una tomografía cuando son de mayor tamaño y se encuentran de manera ocasional, pues la mayoría son muy pequeños y no suelen verse en el examen.

En conclusión, el experto indica que la razón por la cual la paciente en el posoperatorio presentó cefaleas, náuseas y vómitos (sangre digerida) se debió no sólo a los analgésicos y los medicamentos para la anestesia utilizados en la intervención quirúrgica, sino al hecho de haber egresado de la sala con taponamientos nasales que ocasionan dolores de cabeza, a más de que la sintomatología es frecuente en un postoperatorio de cirugía de nariz. Asimismo indicó que no estaba descrito en la historia clínica que la paciente hubiera presentado signos neurológicos antes de presentar deterioro en ese ámbito, de aparición brusca, lo que hace muy difícil un diagnóstico de ruptura de aneurisma. Y finalizó indicando que no existía relación de causalidad entre la hemorragia subaracnoidea y la cirugía previa.

Como es notorio, el examen del peritaje refleja la adopción por parte del Tribunal de conceptos del especialista, sin que se avizore que en esa apreciación haya cometido error de hecho, por cuanto las aserciones utilizadas corresponden en esencia a las que contiene esa prueba.

Por tanto, no habiendo quedado demostrado ninguno de las equivocaciones imputadas, se impone el fracaso del cargo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 4 de abril de 2013 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario que Factor Mauricio Monagas Mejía y Daniel Mauricio y Paulina Monagas Zapata promovieron contra Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Susalud Medicina Prepagada y la sociedad Inversiones Médicas de Antioquia S.A.

Costas a cargo de la parte recurrente. Conforme lo previene la Ley 1395 de 2010, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000.00., atendiendo que la parte opositora hizo presencia al descorrer el traslado. Las agencias se distribuirán por partes iguales entre quienes replicaron la demanda.

La Secretaría procederá a la práctica de la liquidación correspondiente.

Cumplido lo anterior, el expediente deberá retornar a su lugar de origen dejando, previamente, las constancias del caso.

Cópiese, notifíquese y, en su momento, devuélvase.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
(Presidente de Sala)

MARGARITA CABELLO BLANCO

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión de negar la casación del fallo dictado por el Tribunal porque a partir del examen de la sustentación de la demanda no se evidencian errores trascendentes que permitan concluir que la controversia debió tener una resolución distinta a la que fuera declarada por la segunda instancia. Sin embargo, no estoy de acuerdo con el tratamiento que se le dio al tema de la inversión de la carga de la prueba cuando no se aporta al proceso la historia clínica, por lo que me permito aclarar mi posición al respecto.

1. A folio 45 de la providencia se afirmó que la ausencia de la historia clínica conduce a predicar una inversión de la carga de la prueba y a *‘deducir una mala praxis médica’*; mientras que una *‘deficiente o inexacta transcripción de datos referidos al paciente’* podría servir de indicio para la formación del convencimiento de la responsabilidad.

La anterior distinción carece de todo fundamento legal y doctrinario, pues no hay ninguna razón jurídica para afirmar que la ausencia de la historia clínica genera *per se* una especie de presunción de responsabilidad del demandado por inversión de la carga de la prueba, porque tal situación sólo podría ser valorada como un indicio, tal como ocurre cuando los datos contenidos en tal documento son deficientes o inexactos.

2. El artículo 1757 del Código Civil establece que *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*. En un sentido similar, el primer inciso del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil señala: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Tales disposiciones consagran una norma de clausura del sistema jurídico que ordena al juez cómo debe proceder al momento de elaborar el silogismo judicial con el que ha de justificar su decisión en el evento de no estar probado el supuesto de hecho previsto en la proposición jurídica de carácter sustancial.

Este axioma de cierre del sistema se conoce con el nombre de carga objetiva de la prueba, carga de la certeza o, simplemente, carga de la prueba, el cual ordena al juez, al momento de realizar el silogismo jurídico, que sólo declare la consecuencia jurídica prevista en la norma si y solo si encuentra probado el supuesto de hecho que ella consagra; lo anterior con la única finalidad práctica de evitar un *non liquet* o fallo inhibitorio.

Al respecto, explica Peyrano: *“lo que se intenta disipar con el sistema en estudio es la incertidumbre sobre un hecho invocado no persiguiéndose la obtención, a todo trance, de la verdad, sea ésta material o formal”*.²

En un sentido similar, Taruffo³ enseña que lo que ocurre en realidad cuando no existe certeza sobre la hipótesis del hecho es que no hay elementos racionales para tomar una decisión de

² Jorge Peyrano. La carga de la prueba como norma de clausura del sistema. Revista electrónica Temas actuais de processo civil. Volumen 2, número 3. Marzo de 2012.

³ Michele Taruffo. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2005. pp. 247, 247.

mérito, lo que lógicamente debería conllevar a un fallo inhibitorio. Sin embargo, la voluntad del legislador, por razones de conveniencia, es que la controversia no quede sin resolución ante la falta de demostración de los supuestos de hecho que le dieron origen, por lo que a fin de evitar una situación de incertidumbre perenne que conllevaría al fracaso del proceso civil, se estableció la regla de clausura de la carga de la prueba, por cuya virtud el juez puede decir a una de las partes: *“perdiste porque no probaste, debiendo probar”*. De ahí que la disposición sobre el *onus probandi* es una norma sobre la materialidad de la decisión, pero no una norma de tipo instrumental.

*“La falta de elementos de prueba –explica Peyrano– significa sólo que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis, no que ésta sea falsa”*⁴. Lo mismo indica Rosenberg cuando expone que puede ocurrir siempre *“que no se aclare en todos sus detalles el acontecimiento que motiva el pleito, o que no puedan comprobarse ni como verdaderas ni como falsas, ciertas circunstancias que son importantes para la decisión judicial”*.⁵

El legislador, en palabras de Micheli, ha estatuido *“que cualquiera que pretenda hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyan su fundamento, mientras que quien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido, o bien que se han impedido sus efectos, debe probar los hechos que constituyen el fundamento de la excepción.”*⁶

“De este modo –refiere Rosenberg– obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la

⁴ Jorge Peyrano. Carga de la prueba. Rosario, 2007. Editorial Juris. P. 341.

⁵ Leo Rosenberg. La carga de la prueba. Buenos Aires, 1956. p. 1.

⁶ Gian Aotnio Micheli. La carga de la prueba. Buenos Aires, 1982. p. 55.

*carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o –dicho más brevemente– soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable.”*⁷

El dogma de la carga de la prueba, por tanto, está siempre referido a los presupuestos fácticos del precepto jurídico aplicable y éstos únicamente son expresados por la norma sustancial, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo. De ahí que siendo la doctrina de la carga de la prueba una parte de la teoría de la aplicación del derecho, los detalles de la *distribución* de esa carga únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que se esté aplicando o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.

De hecho, declarar una consecuencia distinta a la que la ley sustancial tiene prevista ante la falta de prueba de uno o varios de sus presupuestos fácticos, traería como única conclusión el desconocimiento de la voluntad del legislador, pues sencillamente el juez declararía la consecuencia que se le ocurriera ante la ausencia de demostración de los supuestos fácticos consagrados en la norma: *“La primera y única condición de una distribución acertada de la carga de la certeza y de la prueba es, por lo tanto, el análisis y la descomposición de los preceptos jurídicos y de sus características”*.⁸

La distribución de la carga de prueba, en suma, no depende de las particularidades de cada caso concreto, ni de la actuación de las partes dentro del proceso, sino que se deduce exclusivamente de la estructura de la relación jurídica material que ha de decidirse, y por tanto siempre está prefigurada por la norma sustancial abstracta, es decir está dada de manera *a priori* y el juez no puede desconocerla

⁷ Ibid. p. 11.

⁸ Rosenberg. Ibid. p. 107

sin que altere el mandato de la ley.

Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que la parte interesada haya estado inactiva o que haya actuado sin éxito, o que la contraparte haya conseguido o no probar las afirmaciones contenidas en sus excepciones; o que el juez haya declarado o no pruebas de oficio en la forma y términos previstos en la ley procesal, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador es que una vez probados los supuestos de hecho declare la consecuencia jurídica, y que ante la ausencia de tal prueba niegue dichos efectos.

3. Algo muy distinto ocurre con otro principio que, a diferencia del anterior, no es un mandato dirigido al juez al momento de aplicar el derecho al caso concreto, sino a las partes para que *suministren* las pruebas que se necesitan al interior del proceso a fin de demostrar las hipótesis fácticas en las que éste se sustenta.

Este principio, mal llamado ‘carga subjetiva de la prueba’, carga de la suministración o deber de aportación, en realidad no tiene nada que ver con la regla material de clausura de la carga de la prueba, pues a partir del mismo no se deduce un mandato dirigido al juez para que se abstenga de declarar la consecuencia jurídica que la ley positiva tiene prevista ante la falta de demostración de los supuestos de hecho que ella consagra.

El deber de suministración de las pruebas no deriva de la justicia conmutativa -como sí lo hace la regla de la carga material u objetiva de la prueba-, sino de la justicia distributiva que autoriza al juez a imponer la obligación de aducir las pruebas a la

parte que esté en mejor condición de proveerlas; no está dirigido al juez al momento de decidir el litigio sino a las partes en las etapas en las que es posible y necesario incorporar al proceso los elementos de convicción que se requieren; y su inobservancia no apareja la negación de la consecuencia jurídica que la norma sustancial consagra, sino un indicio que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas.

La carga material de la prueba responde a la pregunta *¿qué debe probarse?*, y ya se dijo que lo que se debe probar son los supuestos de hecho consagrados en la norma sustancial, de suerte que en ausencia de ellos, el juez deberá negar la declaración del efecto jurídico previsto en la ley. El deber de suministración de las pruebas, en cambio, obedece a la pregunta *¿quién debe probar?*, es decir cuál de las partes está compelida a aportar los elementos materiales de convicción en razón de su mejor posición o cercanía con las pruebas.

“En adelante –previene Rosenberg– será imposible combatir el concepto de la carga de la certeza y las consecuencias que resultan de él, con argumentos sacados del concepto de la carga subjetiva de la prueba, y a la inversa oponerse a esta última con razones sólo comprensibles desde el punto de vista de la carga objetiva de la prueba, o bien luchar contra uno de los dos conceptos por la única razón de que se es partidario del otro”. (Ibid. p. 16)

La confusión de ambos conceptos; de los momentos procesales en los que ellos tienen aplicación; y de las consecuencias jurídicas que se derivan de uno u otro, ha conducido a afirmar de manera errónea que la imposición del deber de aportación de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de suministrarlas, corresponde a una inversión o distribución de la ‘carga de la prueba’, y a deducir de la infracción de ese deber unas consecuencias distintas a las que podrían inferirse de

tal omisión.

4. Por consiguiente, la aseveración que es materia de esta aclaración de voto, según la cual la ausencia de la historia clínica aparejaría una deducción de “*mala praxis médica*” por inversión de la carga de la prueba, no es más que una impropiedad teórica con desacertadas repercusiones en la práctica, pues la omisión de una de las partes de su deber de aportación de una determinada prueba no tiene la aptitud de invertir o distribuir la carga de la prueba, sino que comporta siempre y en todos los casos un indicio que ha de valorarse según las reglas de la sana crítica.

En los términos que preceden, dejo aclarado mi voto.

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado