

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.

-UNA VISIÓN DESDE LA DOCTRINA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL
DEL CONSEJO DE ESTADO-

MIGUEL ÁNGEL QUINTERO MEZA

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BOGOTÁ D.C., 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. (una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del consejo de estado.)

Presentado por:

MIGUEL ÁNGEL QUINTERO MEZA

Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario para obtener el título de

Magister en Derecho Administrativo

Director de Tesis: Dr. Fernando Alberto García Forero

Semestre I, 2012

A mis padres, por su incondicional apoyo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	I
 CAPÍTULO I. DERECHO A LA SALUD, ACTO MÉDICO Y LEX ARTIS	
1. El derecho a la salud en nuestro ordenamiento positivo y su prestación por parte del Estado	1
2. El Acto Médico	6
2.1. Concepto	6
2.2. Requisitos del Acto Médico	9
2.3. Limitaciones del Acto Médico	12
2.4. El acto médico complejo en los juicios de responsabilidad médica del Estado	13
3. La Lex Artis	15
3.1. Noción	15
3.2. Lex Artis ad hoc como límite de la responsabilidad médica	18
 CAPÍTULO II. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO	
1. Noción	21
2. La culpa o negligencia médica	24
3. La obligación del médico es de medios	30
4. Responsabilidad directa del Estado y la personal del agente (sentencia 16350)	34
 CAPÍTULO III. ELEMENTOS ESTRUCTURANTES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO	
A. La Falla del Servicio	40
1. Falla del servicio como título de imputación subjetivo en la responsabilidad patrimonial del estado por el acto médico defectuoso de sus	

agentes. Noción y evolución jurisprudencial en el Consejo de Estado.....	40
1.1. Noción clásica de falla del servicio como título de imputación	40
1.2. Evolución jurisprudencial como título de imputación subjetivo de la responsabilidad médica del estado	45
1.2.1. La Falla del Servicio Probada	45
1.2.2. La Falla del Servicio Presunta	48
1.2.3. La carga dinámica de la prueba	55
1.2.4. Nueva posición jurisprudencial ¿Regreso a la falla probada?.....	59
2. Teorías o reglas de prueba que permiten aligerar la prueba de la falla o culpa médica	65
2.1. Regla <i>Res ipsa loquitur</i>	65
2.2. La culpa virtual	74
B. El Nexo Causal e Imputabilidad	80
1. La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño. Noción. Prue- ba indiciaria. Prueba por probabilidad preponderante o causalidad por pro- babilidad	80
1.1. Noción de nexo causal	80
1.2. Teorías que explican la causalidad	81
1.2.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones o <i>conditio sine qua non</i>	82
1.2.2. Teoría de la Causa Próxima	85
1.2.3. Teoría de la Causalidad Adecuada	86
2. Reglas de prueba del nexo causal en la Responsabilidad médica del Estado...	88
2.1. Prueba del nexo causal por probabilidad	89
2.2. La prueba del nexo causal por probabilidad no constituye una presunción de la causalidad	95
2.3. Prueba indiciaria de la causalidad. El nexo causal puede inferirse pero no presumirse	97
3. ¿El nexo causal sigue siendo elemento estructurante de la Responsa- bilidad patrimonial del Estado? Aclaración de voto del Consejero de	

Estado Enrique Gil Botero en la sentencia de 15 de Abril de 2010	101
4. La imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas	105
C. El daño antijurídico	109
1. El daño antijurídico como nuevo fundamento de la responsabilidad patrimonial del estado. El artículo 90 constitucional	109
1.1. Antecedentes y fundamentos del artículo 90 constitucional	109
1.2. Concepto y alcance del daño antijurídico	114
2. Tipos de daños antijurídicos en la responsabilidad médica del Estado.....	118
2.1. El daño ocasionado por lesión al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz	118
▪ Sentencia del Consejo de Estado de 27 de Abril de 2011.....	121
2.2. La pérdida de una oportunidad o pérdida de chances como tipo de daño resarcible en responsabilidad médica del Estado	126
▪ Pérdida de la oportunidad representada en la omisión de comunicarle al paciente los riesgos de la intervención médico quirúrgica	136
3. Daño antijurídico e imputabilidad en la responsabilidad médica del Estado...	139
4. La responsabilidad médica estatal frente al artículo 90 constitucional en la jurisprudencia contencioso administrativa	140
5. Situación actual: ¿Responsabilidad cuasiobjetiva del Estado?	146

CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN EL ÁMBITO MÉDICO.

1. Eventos de responsabilidad objetiva en la prestación médico asistencial del Estado en Colombia	151
2. Responsabilidad objetiva por oblitio quirúrgico cuando se reclaman daños causados por el riesgo inherente a la cosa o en conjunto con el oblitio mismo.....	152
3. Responsabilidad médica objetiva en la normatividad foránea. La constitución española de 1978	155
4. El asunto de la responsabilidad directa y objetiva del Estado en la normatividad foránea	157

CAPÍTULO V. EL ALEA TERAPÉUTICA COMO NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA POR SOLIDARIDAD: LA NO RESPONSABILIDAD INDEMNIZABLE.

1. Noción de alea terapéutica como evento adverso generador de daños resarcibles	161
2. Antecedentes jurisprudenciales de responsabilidad médica por alea terapéutica. El fallo Bianchi	164
3. La Ley francesa 303 del 4 de Marzo de 2002	165
4. El álea terapéutica en la jurisprudencia contenciosa Colombiana. La sentencia del Consejo de Estado de 24 de Enero de 2002	168

VI. LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO: LA HISTORIA CLÍNICA Y EL PERITAZGO.

1. La Historia Clínica	172
1.1. Importancia de la historia clínica como documento de prueba en la responsabilidad médica	173
1.2. La historia clínica en los juicios de responsabilidad extracontractual médico asistencial del Estado	177
1.3. La historia clínica a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado: ¿Documento público o privado?	182
1.4. Nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica de la Historia clínica	185
5. El peritazgo	187

CAPÍTULO VII. ALGUNAS HIPÓTESIS DE ACTOS MÉDICOS DEFECTUOSOS ANALIZADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO

1. Falla del servicio por error en el diagnóstico.....	194
2. Falla del servicio hospitalario	205
2.1. Falla hospitalaria por omisión de vigilancia y cuidado del paciente	207
2.2. Falla hospitalaria por negligencia en la tramitación de ordenes médicas	

y remisiones interhospitalarias	210
3. Cadena fáctica en medicina grupal	216
4. Responsabilidad solidaria interinstitucional	219
5. Falla del servicio por omisión de las entidades de control y vigilancia. Responsabilidad por contagio de SIDA	221
6. Responsabilidad por consentimiento informado ausente o defectuoso	229
7. Falla en la atención gineco- obstétrica	238
▪ Reflexión sobre la presunción de falla y la falla probada por indicios en la responsabilidad gineco-obstétrica	244
8. ¿De dónde debe partir el análisis del juzgador frente a los casos de responsabilidad médica?	247
CONCLUSIONES	249
BIBLIOGRAFÍA	270

INTRODUCCIÓN

Es justo reconocer que la actividad médica, en la época contemporánea es más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, a la par de cumplir una función de alto contenido social. Al profesional de la salud le es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida en una dimensión que va más allá del error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de la experiencia y su particular proyección en la salud de las personas¹.

La responsabilidad civil médica, modalidad específica de la profesional, configura un sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de Noviembre de 2011. M.P: Dr. William Namén Vargas.

La salud, como bien lo ha establecido la honorable Corte Constitucional de Colombia mediante jurisprudencia reciente y reiterada es un derecho fundamental vinculado a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. De esta manera la prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y el profesional. Y es precisamente ese deber prestacional de la salud a cargo del Estado lo que genera un sistema complejo, no pocas veces caótico y sumamente costoso para la finanzas publicas en cuanto a la asunción de la prestación del servicio de salud como de las indemnizaciones cometidos ora por las entidades de salud pública o ya por sus agentes.

Siendo entonces el Estado, el primer prestatario de la salud no es extraño ver que en la multitud de centros hospitalarios de la red pública, los profesionales de la salud incurran en una mala praxis o en falta de diligencia y cuidado que ocasionen daños antijurídicos en los administrados generando, a su vez, perjuicios en los pacientes que deben ser resarcidos por la Administración en cuanto le sean imputables. Pero algo a tener presente y que llama la atención es que no siempre la lógica estructurante de la responsabilidad: Título de imputación-Nexo Causal-Daño está claramente determinada en los juicios de responsabilidad médica del Estado, y no siempre el título de imputación en la actividad médica de la administración será subjetiva, esto es, una falla del servicio probada en virtud de la cual el

administrado deba demostrar que la actuación de la administración fue “culposa”, es decir, que la administración actuó tardíamente, actuó defectuosamente o simplemente no actuó. Y es que es interesante ver en la decantación jurisprudencial del Consejo de Estado más reciente cómo aun a pesar de que se tiene por título de imputación la falla del servicio probada, hay ciertos eventos médicos específicos y puntuales como lo son el óblito quirúrgico y la obstetricia (bajo ciertos parámetros) que son tratados y resueltos bajo el régimen de responsabilidad objetiva.

Lo antedicho es un abrebocas de la complejidad que supone el estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto médico defectuoso, pues como veremos en el desarrollo la responsabilidad estatal trasciende el entendimiento clásico de la responsabilidad patrimonial general construido sobre el supuesto tripartito de culpa-nexo causal-daño. Si bien la prolija jurisprudencia del Consejo de Estado toma el relevo del desarrollo jurisprudencial iniciado por la Corte Suprema de Justicia en donde, en sus albores, se prohijaba la teoría clásica de responsabilidad con culpa probada basada en la responsabilidad directa del artículo 2341 del Código Civil, también ha sido creativa y auspiciadora de modernas teorías que buscan conciliar esa teoría clásica con los nuevos postulados de la responsabilidad patrimonial del Estado. No en vano, la constitución del 91 en su artículo 90, como bien lo dicen no pocas sentencias del Consejo de Estado, “constitucionalizó” la responsabilidad estatal mediante una “cláusula de responsabilidad” la cual, para bien o para mal, es norma superior que informa el ordenamiento jurídico en lo atinente a la responsabilidad del Estado tanto en lo

contractual como en lo extracontractual². La dificultad irrumpe cuando se trata de regular mediante una cláusula de responsabilidad de corte objetivista una situación de derecho que ha sido tratada, dadas sus particularidades, con un sistema basado en la culpa, sea esta presunta o probada pero en todo caso subjetiva. A lo dicho hay que añadir que los extremos que se enfrentan en los juicios de responsabilidad estatal también son más complejos que los protagonizados en los asuntos de responsabilidad meramente particular, pues el Estado en el desarrollo y cumplimiento de sus fines actúa a través de un entramaje tan extenso como complejo, en multitud de actuaciones, desarrolladas a su vez por multitud de agentes, que pueden causar daños a no pocos administrados.

Pues bien, con este trabajo buscamos acercar al lector, sea estudiante, catedrático o simple aficionado al tema, a las vicisitudes que ha tenido que enfrentar el Consejo de Estado a la hora de fallar los casos de responsabilidad médica estatal. Vicisitudes que ha enfrentado generando providencias rebosantes de interpretaciones novedosas aunque no siempre coherentes; acogiendo de manera tímida las modernas teorías de imputación y de acreditación de los elementos estructurantes de la responsabilidad patrimonial como la *res ipsa loquitur*, la *culpa virtual*, la prueba del nexo causal por indicios y probabilidad preponderante.

² Así lo ha establecido la Corte Constitucional de Colombia en los siguientes términos: “*Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.*” Sentencia 333 de 1996. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Acercarse al mundo de la responsabilidad médica del Estado supone, primeramente, entender conceptos básicos que rigen la medicina, así será preciso definir y dimensionar el concepto de *acto médico*, *Lex Artis*, *Lex Artis Ad hoc*, bien sea por definiciones legales o por las decantadas por la jurisprudencia contencioso administrativa y los tratadistas más connotados en la materia, destacándose principalmente el profesor español De Ángel Yagüez, Navarro Rodríguez y los conceptos médicos de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación – SCARE-. Llama la atención la total ausencia de definición legal de acto médico como si lo hace la legislación del Perú, por ejemplo, la cual transcribimos no como un argumento de autoridad sino como un soporte legal para desarrollar el concepto y, desde luego, para resaltar el vacío que al respecto presenta nuestro ordenamiento jurídico. Estos vacíos legales, bien se sabe que son suplidos por el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, en donde habrá tantas definiciones de acto médico como inteligencias se atrevan a definirlo. Es por esto que nos circunscribimos a las definiciones que consideramos más connotadas en la doctrina española y, por supuesto el tratamiento que sobre acto médico complejo desarrolla jurisprudencialmente el Consejo de Estado. A la par del desarrollo conceptual del acto médico, se hace también análisis de sus componentes y limitaciones, siendo importante detenernos en los conceptos de *lex artis* y *lex artis ad hoc* cuyo estudio en los juicios de responsabilidad médica determinan la magnitud de la responsabilidad que le pudiere caber al galeno.

Una vez precisados los conceptos básicos de la responsabilidad médica, se puede acometer de manera más segura el estudio de la responsabilidad del estado por el acto médico defectuoso. Se hizo una introducción a la responsabilidad médica del

estado analizando la noción de la responsabilidad médica, el concepto de la culpa o negligencia médica, así como un breve repaso, a manera de *recorderis*, de la obligación de medio que circunscribe por vía general la prestación galénica. Consideré de vital importancia incluir el análisis jurisprudencial que sobre la distinción entre la responsabilidad de la entidad estatal de salud y la personal del agente que despliega el acto médico defectuoso hace la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues es precisamente esa dicotomía de conductas (la directa del Estado y la personal del agente) la que dan característica especial a la responsabilidad patrimonial del Estado en general y de la responsabilidad médica estatal en particular. Efectivamente, se reafirma la doctrina de la responsabilidad directa y anónima de la administración frente al administrado víctima, quien también puede demandar al médico tratante el cual funge como agente estatal, pero no para reclamar de él una indemnización sino para que el juez administrativo en aplicación del principio de economía procesal acometa el estudio de la conducta galénica desplegada y determine si hubo dolo o culpa grave en su actuar que haga irrumpir la obligación de responder frente al Estado en un porcentaje de lo que haya tenido que indemnizar la administración. Huelga anotar que el análisis del tema de la acción de repetición instituida como mecanismo a favor de la administración para recobrar la totalidad o parte de la indemnización pagada a un administrado lesionado como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un agente estatal ha sido deliberadamente excluida de este trabajo por cuanto su estudio supone un esfuerzo que escapa a los objetivos principales de esta tesis. Sin embargo, se deja constancia de la manera como el Consejo de Estado toca el asunto en el específico caso de la responsabilidad médica estatal.

Entrados en el tema estructurante de la responsabilidad médica del Estado, se procedió a hacer un repaso jurisprudencial de la falla del servicio como título de imputación en los juicios de responsabilidad médica estatal. Desde sus orígenes bajo el esquema clásico de la falla probada; pasando luego a la falla presunta; para luego desarrollar la salomónica falla dinámica de las pruebas, y terminar con lo que hasta la fecha es el sistema imperante: la falla probada. Este sistema probatorio regresa con ciertas particularidades a la hora de establecer o “probar” los elementos estructurantes de la responsabilidad, que para el caso de la falla del servicio se analizaron las reglas probatorias conocidas como la *culpa virtual* y la *Res ipsa loquitur*.

Respecto al nexo causal, se procedió a delimitar su concepto y repasar las distintas teorías de causalidad decantadas por tratadistas clásicos y posiciones jurisprudenciales recientes. Así mismo, se hace un análisis de las reglas de prueba que permiten acreditar el nexo causal tales como la prueba por probabilidad y la prueba indiciaria de la causalidad. Entre la jurisprudencia del Consejo de Estado hay un salvamento de voto del honorable consejero Dr. Enrique Gil Botero que constituye un punto de inflexión en el estudio de este elemento estructurante de la responsabilidad patrimonial del estado, toda vez que aboga por ir abandonando paulatinamente el estudio del nexo causal desde el punto de vista eminentemente como ontológico, y en su lugar abarcar un análisis más jurídico y acorde con la realidad constitucional; una noción que responda más a la noción de imputación jurídica (tal como lo prescribe el artículo 90 constitucional) que a la mera relación causa-efecto en el plano de lo natural. Y es que en la complejidad que rodea el

análisis de la atribución de un daño a una determinada conducta, no puede pasarse por alto el hecho de que no siempre una entidad o agente por más que haya desplegado una conducta que ontológicamente sea adecuada para producir un daño le irrumpe el deber de indemnizar, y esto por cuanto que la imputación, si bien tiene un componente de causalidad fáctica, también le es inherente una imputación jurídica. Vemos, entonces, el viraje del Consejo de Estado hacia la imputación objetiva como nueva tendencia en el estudio de la imputabilidad de los daños causados por sus agentes. Desde luego, esta nueva tendencia en la imputación no es estudiada con todo rigor en el presente trabajo, pues su desarrollo en el ámbito contencioso administrativo es muy reciente y desborda por completo los objetivos iniciales del presente trabajo, además que abarcar su estudio es una empresa que requiere una atención especial y específicos conocimientos sobre la materia como bien puede dar cuenta el profesor FRANCISCO BERNATE OCHOA en su obra “Imputación objetiva y responsabilidad penal médica”.

Posteriormente abarcamos el estudio del daño antijurídico desde el punto de vista conceptual y desarrollo jurisprudencial tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional la cual le ha dado al daño antijurídico una connotación garantista y de protección de los administrados. Es por esto que hacemos serias observaciones a la manera como ha venido abordando por parte del Consejo de Estado el tema de la antijuridicidad de los daños causados en ejercicio de la práctica médica por parte de las entidades de salud públicas; y de paso proponemos una nueva manera de determinar la “antijuridicidad” del daño en el

ámbito de la responsabilidad médica estatal conforme a las características propias del acto médico.

Y en tratándose de daños antijurídicos, el Consejo de Estado ha decantado una novedosa jurisprudencia en relación a distintos tipos de daños antijurídicos que se pueden suceder en el ejercicio de la práctica médica estatal. Así, entre los más novedosos encontramos los daños ocasionados por la lesión al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz; los daños concernientes a la pérdida de chances o más comúnmente conocidos en la doctrina como pérdida de una oportunidad donde se resarcirá el daño en proporción a la oportunidad perdida; también encontramos los daños antijurídicos ocasionados por la omisión de comunicarle al paciente los riesgos previsible de la intervención médico quirúrgica, lo que hará responsable al médico de todos los riesgos que acaezcan durante la misma sean estos previsible o imprevisible. Esta omisión de comunicación de riesgos guarda una particular cercanía con el consentimiento informado que debe estar presente en todo acto médico con sus requisitos y excepciones. No obstante decidí tratar las hipótesis de daños por ausencia en el consentimiento informado dada la particularidad de cada caso y con el fin de delimitar su estudio ya que el fundamento del reproche tanto en la omisión de comunicar riesgos como en el no obtener a cabalidad el consentimiento informado es distinto. En efecto, el no comunicar los riesgos es una falta médica que, si bien vulnera el derecho a decidir del paciente si se somete o no al procedimiento médico en cuestión, su fundamento resarcitorio recae en el acaecimiento de riesgos previstos que generen daños antijurídicos, cualesquiera que ellos sean. En tanto que en el aspecto del consentimiento informado propiamente dicho (que no se agota sólo con la

información clara y precisa al paciente de los riesgos previstos del tratamiento médico y/o quirúrgico de que se trate), su no obtención en la oportunidad y con el lleno de requisitos que exige la ley y la jurisprudencia, genera, ipso facto, un daño antijurídico consistente en la vulneración al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana que a su vez produce un deber indemnizatorio en manos del médico que omitió la obtención del consentimiento informado.

Posteriormente pasamos a analizar la responsabilidad médica objetiva del Estado que, a nivel jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativo se da de manera expresa únicamente frente a los casos de olvido quirúrgico, con la particularidad de que para efectos de que el régimen de responsabilidad objetiva regule la reclamación pretendida, tal reclamación debe ser hecha por los daños ocasionados por el riesgo inherente a la cosa olvidada en el organismo del paciente.

Pero es tal vez el tema del alea terapéutica el que más pasiones y debates ha levantado, ya no digamos en los foros académicos y judiciales franceses donde se establecieron sus pilares y la erigieron como fundamento de un nuevo sistema indemnizatorio denominado la “no responsabilidad indemnizable”. Y es que los eventos de alea terapéutica en razón a la equidad y la justicia deben ser eventos adversos no imputables a la actividad médica, pero que en razón de la misma justicia no está de más que sean sus perjuicios indemnizados por un patrimonio creado para el efecto como ocurre en el sistema judicial francés. Así, y en aras de proteger el derecho indemnizatorio a que tiene toda víctima de un evento adverso

que le ha generado un perjuicio, se ha generado una socialización del riesgo médico, bajo ciertos parámetros muy puntuales, con el fin de “imputar” el daño y la consecuente obligación resarcitoria a un patrimonio “común” que haga frente a estos eventos excepcionales. De esta manera el deber resarcitorio como tal no desaparece, sólo que se “redirige” a un patrimonio distinto al de los médicos y las entidades de salud involucradas.

Pero también es cierto que no siempre los eventos de alea terapéutica eran considerados excluyentes de responsabilidad como lo sería el caso del “fallo Bianchi”, en donde se condenó tanto a médicos como al hospital a responder por los daños ocasionados al demandante como consecuencia de la materialización de riesgos, que si bien eran previsibles se tenían como de difícil o excepcional ocurrencia. Y aun hoy en día bajo el novedoso esquema de la indemnización por solidaridad que impera en el sistema jurídico francés, no se puede hablar propiamente de un excluyente de responsabilidad en términos generales, pues la responsabilidad sigue ahí, lo que ha variado es el patrimonio que debe responder por los daños generados en el contexto de daños ocasionados por alea terapéutica. Por su parte, el Consejo de Estado en Sentencia de 24 de Enero de 2002³, mediante la cual desató un dramático caso de accidente cerebrovascular donde bien hubiera podido aplicarse la teoría del alea terapéutica dada la gravedad e imprevisibilidad de los fenómenos adversos que rodearon e incidieron en la causación del daño, se terminó aplicando la teoría de la pérdida de la oportunidad por omisión de comunicar los riesgos al paciente, de manera que este pudiera decidir y optar por

³ El análisis de esta sentencia para efectos de explicar la aplicación del alea terapéutica en la jurisprudencia contenciosa administrativa fue desarrollada por la Dra. Mónica Lucía Fernández Muñoz en el artículo “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano”, publicado por la revista *Derechos y Valores*, editado por la Universidad Militar Nueva Granada.

un tratamiento distinto, o sencillamente no someterse a tratamiento alguno y continuar en la situación en la que se encontraba; es decir, la oportunidad perdida imputable al Hospital demandado consistió en la oportunidad de no agravarse y elegir continuar en el estado en que se encontraba.

Posteriormente, y a renglón seguido se pasa al estudio de los medios de prueba utilizados en la responsabilidad médica del estado: la historia clínica y el peritaje. Respecto a la historia clínica se resalta la ambivalencia en la jurisprudencia contenciosa administrativa en el tratamiento de dicho medio de prueba en su carácter de documento público o privado. Tomamos postura por tener la historia clínica del paciente como un documento privado indistintamente de su autor o procedencia, conforme a los lineamientos argumentativos planteados por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación –SCARE-. Respecto al peritaje se hizo énfasis en su carácter de prueba técnica y científica de carácter complementaria, que debe ser valorada por el operador judicial en conjunto con las demás pruebas y conforme a las reglas de la experiencia y la sana crítica.

No podíamos dejar terminado el trabajo sin hacer una exposición concisa sobre algunas las hipótesis de responsabilidad médica desarrolladas por el Consejo de Estado, resaltando lo concerniente al error en el diagnóstico, los daños ocasionados por la no obtención del consentimiento informado o la obtención defectuosa de dicho consentimiento, la responsabilidad por contagio de SIDA, la falla en la atención gineco-obstétrica en donde hemos hecho unas reflexiones en torno al tratamiento probatorio que se le da a la culpa médica según se trate de un

parto precedido por embarazo certificado médicamente como de alto riesgo, o de embarazo bajo condiciones normales.

Puede verse, entonces, que con lo desarrollado en este trabajo se busca dar respuesta a los interrogantes que motivaron esta investigación y que son los siguientes: ¿Cuál es el título de imputación jurídica en la responsabilidad médica del Estado y de qué manera ha evolucionado el tema probatorio de dicho título?. En los asuntos de responsabilidad médica estatal ¿es posible imputar responsabilidad a la administración con base en la antijuridicidad del daño exclusivamente como lo prevé el artículo 90 constitucional? En el caso particular de la sanidad pública del Estado qué fundamentaría realmente la antijuridicidad de los daños ocasionados a los particulares en el ejercicio de la medicina? ¿Qué clases de daños antijurídicos pueden darse de manera especial en el contexto de la responsabilidad médica estatal? ¿Qué hipótesis especiales de responsabilidad médica ha fallado el Consejo de Estado colombiano? ¿La jurisprudencia del Consejo de Estado ha imputado responsabilidad por alea terapéutica? ¿Cuáles teorías han sido acogidas por la jurisprudencia contencioso administrativa para efectos de ayudar al administrado en su deber de probar los elementos estructurantes de la responsabilidad médica estatal? Para dar respuesta a estos interrogantes fue necesario apelar al método deductivo, echado mano del análisis jurisprudencial en su dimensión metódica y crítica, y apoyarnos en la doctrina nacional y foránea a manera de complemento en el desarrollo temático y conclusivo del trabajo que ponemos a consideración del jurado calificador, de los profesores, estudiantes, colegas y, por supuesto, de los omnipresentes y principales protagonistas de esta obra quienes sabrán perdonar cualquier exceso que por acción u omisión se haya

podido cometer, siempre de manera involuntaria, nunca de mala fe, en cuanto al entendimiento de la magnitud de la misión que tienen encomendada: el bienestar de la humanidad.

CAPÍTULO I.

DERECHO A LA SALUD, EL ACTO MÉDICO Y LA LEX ARTIS

1. El derecho a la salud en nuestro ordenamiento positivo y su prestación por parte del Estado.

En nuestro sistema normativo la salud es un servicio público a cargo del Estado¹ y, lo que es más importante, es un derecho de raigambre constitucional y fundamental autónomo, esto por cuanto *“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’*”². Lo anterior supone que “el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas.”³

¹ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000, p. 214. Sobre este punto este autor afirma: “[...] la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, tal como lo señalan los artículos 48 y 49 de la Carta Política, al cual le corresponde organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo. Servicio público que a igual que los demás es inherente a la finalidad social del Estado, **el cual tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de este servicio**, que puede ser prestado por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares (at. 365 C.P). En igual sentido la sentencia de la Corte constitucional C- 559 DE 1992 en donde se lee: *“Estableió el Constituyente a través de la norma citada, que el Servicio de Salud tiene el carácter de servicio público, cuya obligación le corresponde prestarla al Estado. Y está garantizada la prestación de este servicio a todas las personas residentes en Colombia (...)”*

² Así por ejemplo, en la Sentencia T- 845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió *“(...) tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”*. Cita original en la sentencia del Consejo de Estado, sección tercera del 7 de Octubre de 2009, exp: 35656. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera . Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp: 18524. M.P: Enrique Gil Botero

En este orden de ideas, “[...] la salud es un servicio público esencial y un derecho de carácter fundamental prestacional, en principio a cargo del Estado y, por ende, desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas –al margen del escenario público en que sean proferidas y de los instrumentos jurídicos en que estén contenidas– tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, imputables en cabeza de la organización pública.”⁴

Al respecto, la sentencia del Consejo de Estado de 18 de Febrero de 2010⁵ nos recuerda las características intrínsecas que informan el derecho a la salud en nuestro país de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“-Debe ser integral:

“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del

⁴ Ibidem.

⁵ Exp. 18524. M.P: Dr. Enrique Gil Botero.

paciente⁶ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁷

“De conformidad con lo anterior cabe afirmar que el señor Cano Arango tenía derecho a recibir un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizado, que se le hubieran practicado alguno de los exámenes ordenados y que se le hubieren suministrado medicamentos, resultaban suficientes para considerar cumplidas las obligaciones que estaban a cargo del ISS, porque, se reitera, se omitieron las valoraciones y procedimientos que fueron recomendados por profesionales de la misma entidad; a la vez que se dilató, sin justa causa probada, la realización de los tratamientos e intervenciones que, según los especialistas de la misma entidad, eran necesarios para lograr la mengua de sus dolores y su recuperación.

“Respecto de este elemento del derecho a la salud, dijo la Corte Constitucional:

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida

⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corporación constitucional, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁷ Sentencia T- 1059 de 2006. MP Clara Inés Vargas Hernández. Ver también: sentencia T- 062 de 2006 MP Clara Inés Vargas Hernández. Otras sentencias: T- 730 de 2007 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T- 536 de 2007 MP Humberto Antonio Cierra Porto, T- 421 de 2007 MP Nilson Pinilla Pinilla

o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.”⁸

“-Debe ser oportuno:

“La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.⁹ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas.”

“Con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, cuyo artículo 40 prevé que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente”, la Corte Constitucional precisó que **“se irrespeta el derecho de salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de**

⁸ Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico'.¹⁰

“En el caso concretó está claramente demostrado que el ISS se tomó casi un mes para remitir la historia clínica del paciente a su Staff de Cardiología, con el objeto de que éste analizara el caso, hiciera un diagnóstico y formulara un tratamiento. Luego del esperado concepto del Staff, el ISS se tomó un mes más para oficiar a la entidad que habría de realizar el procedimiento dispuesto, sin justificación alguna para tanta dilación. Todos éstos trámites se surtieron lentamente, mientras el paciente soportaba los dolores propios de su enfermedad y el aislamiento derivado de su hospitalización.

“(…)”¹¹ (cursivas y subrayado del original - negrillas adicionales).

Siendo entonces la salud un derecho fundamental autónomo a la vez que un servicio cuya titularidad y deber de prestación recae primariamente en el Estado,¹² se prevé que en algunas ocasiones el servicio se preste de manera incorrecta, o lo preste tardíamente

¹⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T- 1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis)

¹¹ “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35.656, M.P. Ramiro Saavedra Becerra”. Citada en la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera de 18 de Febrero de 2010, exp. 18.524. M.P: Dr. Enrique Gil Botero.

¹² SERRANO ESCOBAR afirma que “Este punto es de gran importancia en la actualidad porque el Estado asume como una de sus funciones de <<Estado Servidor>>, prestar el servicio público de salud por medio de instituciones hospitalarias y de profesionales de la salud vinculados a estas, como una obligación constitucional, tal como lo establece el artículo 49 de la Carta Política: <<La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...>> En cuya prestación asistencial, en algunos eventos causa daños a los particulares, motivo por el cual es susceptible de ser responsabilizado patrimonialmente”. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá: 2000

o sencillamente no lo preste. Ante estas eventualidades se hace preciso proceder a estudiar los títulos de imputación que nuestra jurisprudencia contenciosa administrativa ha decantado para atribuir jurídicamente los perjuicios causados a los particulares por daños antijurídicos ocasionados en ejercicio o con ocasión de sus funciones estatales.

A continuación procederemos a conceptualizar los términos que informan la actividad médica y que delimitan tanto la actuación médica como la responsabilidad del galeno para luego entrar en el análisis de las distintas formas de imputar responsabilidad médica al Estado (títulos de imputación) los cuales permiten endilgar a la administración el deber resarcitorio por los daños antijurídicos ocasionados en ejercicio o con ocasión de la prestación de un servicio de salud.

2. El Acto Médico

2.1. Concepto

En la legislación positiva colombiana no existe una definición formal de acto médico como sí lo hace, por ejemplo, la legislación peruana más concretamente 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.”

Ante la escasa o nula conceptualización normativa del acto médico en nuestro ordenamiento jurídico es menester acudir a la doctrina especializada en el asunto que nos ocupa para entender más ampliamente su significado y dimensión. De esta manera, para definir el acto médico nos apoyaremos en lo declarado por el comité de expertos en problemas legales del Consejo de Europa según la cual bajo la expresión acto médico se comprende todo tipo de “tratamiento, intervención o exámenes con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad”¹³. Esta definición de acto médico fue posteriormente revisada por la Unión Europea de Médicos Especialistas quienes propusieron una nueva definición más concisa y del siguiente tenor: “conjunto de pasos efectuados, en todos los campos de la salud, exclusivamente por un doctor en medicina, con vistas a formular un diagnóstico, seguido, si es necesario, de la aplicación de acciones médicas terapéuticas o preventivas.”¹⁴

En Colombia, el profesor GUZMÁN MORA nos enseña que el acto médico es “una forma especial de relación entre personas; donde una de ellas, el enfermo, acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar, mejorar o sanar, o cuando menos aliviar el sufrimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente”¹⁵.

¹³ De las Heras García. Manuel Ángel. *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Volumen 2. P. 461.

¹⁴ Citado por DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. *Op.Cit.*, p. 462

¹⁵ GUZMÁN MORA, Fernando. *El acto médico: consideraciones esenciales*. En : http://www.medicolegal.com.co/ediciones/2_1998/actomed_consi.htm. Citado por: BERNATE OCHOA, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. Pág. 102.

El tratadista español DE LAS HERAS GARCÍA aporta su definición de acto médico diciendo que “por tal podemos entender, también en términos generales cualesquiera actividad que lleve a cabo un facultativo u otro profesional sanitario bajo la inmediata dirección y vigilancia de aquél, 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 una (SIC) acto o, mejor, una sucesión de actuaciones o proceso complejo integrado por, el menos, dos etapas principales que, curiosamente, coinciden con los estadios que configuran el consentimiento del paciente que hemos adelantado: una diagnóstica o preliminar, de carácter cognoscitivo, fundada en el descubrimiento o revelación de datos sintomatológicos y, en segundo término, otra terapéutica y subsiguiente de actuación derivada y determinada por la inicial”¹⁶.

De los conceptos transcritos, es claro que el acto médico refiere a relación interpersonal entre dos extremos concretos: paciente-médico. Por supuesto en el caso de que el paciente sea menor de edad y en virtud del deber de consentimiento sustituto, los padres del paciente menor suplirían la voluntad de este. Además el acto médico supone etapas claramente diferenciadas y técnicas que inicia con la valoración primaria del estado de salud general del paciente con el fin de determinar la patología que lo aqueja (diagnóstico). Y por último, 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.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 469

2.2. Requisitos del Acto Médico

Una vez visto los conceptos y definiciones doctrinales del acto médico es pertinente precisar cuándo estamos realmente frente a un acto médico pues como muy atinadamente lo sugieren GISBERT CALABUIG y VILLANUEVA CAÑADAS, no todo lo que realizan los médicos son actos médicos, ni cualquier acto médico puede ser realizado por cualquier médico¹⁷. Estos autores también aportan, cómo no, su definición de acto médico el cual consideran como “Toda actividad *lícita*, desarrollada por un profesional médico, *legítimamente* capacitado, conducente a la curación de una enfermedad o a la promoción de la salud integral de las personas.”¹⁸ De esta definición, los autores extraen los siguientes requisitos del acto médico:

“I. *Actividad lícita.*

“1. *Por sus fines.* El fin ha de ser necesariamente curativo, preventivo, paliativo o de alivio a algún padecimiento o para la mejoría del aspecto estético (lo cual incluye la mejora de la salud integral).

“El acto médico puede ser extracorpóreo, como ocurre en las pruebas periciales en las que se solicitan valoraciones médico-legales con una implicación penal, civil, administrativa o mercantil.

“2. *Por consenso.* El acto médico es un acto personal y bilateral, tiene que haber consentimiento del paciente para que sea estrictamente lícito. [...] el enfermo tiene plena libertad para decidir aquello que más le conviene en lo concerniente a su salud. El médico debe respetar las decisiones del enfermo, con las únicas excepciones de que el consentimiento no sea válido o cuando, en el caso de seguir los dictados del enfermo, se

¹⁷ GISBERT CALABUIG, Juan Antonio y VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique. *Medicina legal y toxicología*. P. 57.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 57.

generen daños irreparables al propio enfermo (principio de no maleficencia), a terceros y/o a la sociedad.

“3. *Ajustado a la lex artis.* Aunque clásico ha ganado últimamente gran relevancia jurídica, al hacer las sentencias judiciales continua alusión a este concepto y ser el punto de referencia de la buena práctica profesional. El acto médico tiene que responder a las exigencias deontológicas, legales y profesionales que regulan el ejercicio profesional. Aunque se admita, porque se debe aceptar, la libertad de método y de conciencia a la hora de enjuiciar éticamente un caso clínico, existen unos mínimos de obligado cumplimiento y que configuran lo que unánimemente estaríamos dispuestos a aceptar como buena práctica clínica. Los preceptos deontológicos vienen impuestos por la organización médica colegial a través de las normas deontológicas, que aunque no constituyen una norma jurídica, sí actúan como norma supletoria de la ley, y siempre serán un punto de referencia ético a través del cual los jueces pueden conocer el sentir de la clase médica en determinadas materias (Organización Médica Colegial, 1999).

“3.1. *Preceptos legales.* Algunos vienen recogidos específicamente en la Ley, en otros se aplican preceptos generales que afectan tanto a la clase médica como a otras profesiones y personas, como es el caso de las prohibiciones tipificadas en el Código penal, o las obligaciones y contratos que, con carácter general, regula el Código civil.

[...]

“3.2. *Decantación Jurisprudencial.* Pero ha sido el tribunal supremo la que ha ido configurando unas normas a la que deben ajustarse los actos médicos. El médico tiene que ejercer su profesión con pericia y diligencia, es decir, con conocimientos actualizados y atentos, sopesando siempre los pros y los contras de una determinada actuación que no lleve al enfermo a soportar un riesgo mayor del que cabría esperar o

un daño mayor del que jurídicamente tiene el deber de soportar, entendiendo que la actividad médica conlleva siempre un riesgo inherente, que el paciente o el usuario tienen el deber de soportar.

“3.3. La *culpa profesional* se centra en el deber objetivo de cuidado que todo médico tiene con respecto al enfermo o cliente que se pone bajo su protección.

“3.4.. *Preceptos profesionales*. El médico tiene como uno de sus derechos irrenunciables la libertad de método y de prescripción; éstos, más la posibilidad de elegir libremente a sus pacientes, son los pilares de la medicina libre tradicional. Pero como todos los derechos, también tiene sus limitaciones, que en este caso cada vez están siendo más controladas por una medicina basada en protocolos de consenso y en el control científico de la eficacia terapéutica (medicina basada en la evidencia).

“La conducta profesional se examinará a la luz de los estándares a todo profesional en un momento histórico dado y en función de su estatus profesional.

“La omisión dolosa o culposa de alguno de estos preceptos puede llevar a lo que los anglosajones llaman *mala praxis*, y que en castellano se denominaría práctica inadecuada <<omisión de prestar adecuadamente por parte del médico los servicios a que está obligado en su relación profesional con el cliente, omisión que da como resultado un perjuicio moral, somático, psíquico o económico>>

“II. *Actividad legítima*.

“La *legitimidad*, para el acto médico, nace de la ley, que protege esta actividad y le confiere el monopolio a los médicos que cumplan con los requisitos exigidos por el Estado para esta actividad. De este modo, el médico puede realizar una serie de actuaciones sobre el cuerpo que estarían tipificadas como delito, pero que al ser

realizadas por el están legitimadas. Así, la amputación de una pierna hecha por una persona no médico sería un delito de lesiones, mientras que hecha por un médico es un acto terapéutico, etc. Esta actividad, conferida en monopolio a los poseedores del título de Médico, no sólo se concede de modo formal, sino que el estado la protege castigando al que realiza actividades propias de esta profesión sin reunir los requisitos necesarios de titulación.”¹⁹

2.3. Limitaciones del Acto Médico

El acto médico, como cualquier otra actuación lícita posee limitaciones. En el caso particular de la medicina vemos una doble limitación al acto médico: una de tipo objetivo derivada de la exigencia de proteger o cuidar la vida, integridad y, por ende, salud del enfermo, mientras que la segunda de naturaleza subjetiva, derivada de la naturaleza de respetar la libertad del paciente y su derecho a la autodecisión o autodeterminación.

Por su parte ALBERTO GONZALEZ CÁCERES²⁰ enumera las siguientes limitaciones al acto médico:

1. Las establecidas por la Ley.
2. Las establecidas por el Código de Ética Profesional.
3. Las establecidas por la moralidad vigente y la cultura.

¹⁹ *Ibidem.*, P. 57-58.

²⁰ GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto. “El Acto Médico. Análisis jurídico”. En: Sociedad Peruana de Derecho Médico. Artículo publicado en la web: http://sodeme.org/art_6_acto_medico_analisis_juridico.htm

4. Las establecidas por la voluntad del paciente.
5. Las establecidas por los recursos técnico-científicos disponibles.

Estas limitaciones a la actuación médica vienen, desde luego, a delimitar la eventual responsabilidad del médico. De las limitaciones enumeradas cobra especial relevancia para efectos del desarrollo de este trabajo el acatamiento a los protocolos de diagnóstico y terapéutica, el respeto por la voluntad del paciente y la aplicación de la *lex artis ad-hoc* como podrá verse a continuación.

2.4. El acto médico complejo en los juicios de responsabilidad médica del Estado.

La atención o servicio médico dispensado tanto por las entidades públicas como privadas usualmente no se agota en un solo acto sino que se compone de una serie de actuaciones médicas sucesivas y concatenadas tendientes a valorar las condiciones del paciente, determinar la patología que lo aqueja, prescribir la medicación y tratamiento correspondiente con los sucesivos controles médicos a que haya lugar. Pero para efectos de abarcar un juicio de responsabilidad médica del Estado el Consejo de Estado va más lejos en su análisis y amplía el espectro del acto médico al considerar que “(...) *en la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un*

*centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo (...)*²¹. Ahora bien, en lo atinente a la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado *acto médico complejo*, “la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes²².”²³

Esta complejidad del acto médico es lo que hace necesario en los juicios de responsabilidad médica valorar *in integrum* el decurso de la atención dispensada y de la cual se derivó el daño cuyo resarcimiento se demanda. Así lo ha dicho el consejo de Estado: “[...] el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un *iter* en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el

²¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de Junio de 2010, exp: 19101. En igual sentido las sentencias de 25 de Mayo de 2006, exp: 15.836 y sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11405.

²² Cita en texto original. Distinción hecha por BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos, Edit. Hammurabi, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424, 425, citada, entre otras, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19.846. MP: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre-quirúrgica, la atención post-quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención).²⁴

3. La Lex Artis.

3.1. Noción

El término *Lex Artis* proviene del latín que significa *Ley del Arte*, o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trate. Ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta y si se ajusta o no a lo que debe hacerse.²⁵

En lo que respecta al caso específico de la medicina, la doctrina española²⁶ define la *Lex Artis* como la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido. Importante resaltar que no cabe la aplicación de la *Lex Artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la *lex artis* es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones.

²⁴ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 21 de Febrero de 2011, exp: 20371. M.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵ HERNANDEZ, Nelson. *De la responsabilidad jurídica del médico*. Editorial Ateproca, 1999. Citado por VALENCIA PINZÓN, Giovanni. “La Lex Artis”. En: Revista Médico-Legal. Septiembre-Diciembre 2001, Año 7, No. 3, p. 21

²⁶ DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. *Estatuto Etico Jurídico de la Profesión Médica*. Madrid: Editorial Dykinson. Tomo I, pág. 85

Según la Sociedad Colombiana de Anestesia y Reanimación –SCARE- la *Lex Artis* en el ejercicio de la medicina consiste en un estricto acatamiento de las disposiciones técnicas y científicas de la ciencia médica, siendo ésta la que nos permita averiguar si en determinada actuación un médico incurrió en una mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en responsabilidad.²⁷

El tratadista MONTAÑO GÓMEZ nos da su apreciación de la *lex artis* de la siguiente manera: “Determinadas las profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica, cuentan para su ejercicio con unas reglas que en consonancia con el estado del saber de esa misma ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales.

“Es lo que se denomina la LEX ARTIS y según ello, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de estas reglas y procedimientos y cuáles de esos conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente, cuya salud les ha sido encomendada”²⁸

En este orden de ideas, el profesional de la salud “para actuar dentro de la Lex Artis, deberá dominar las materias estudiadas en su carrera, es decir, tener los conocimientos necesarios y exigibles para ejercer la medicina sin temeridad”²⁹, lo contrario supondría, a mi parecer, generar un riesgo injustificado (generador de responsabilidad) que pueda

²⁷ MEZA, María de los Ángeles y CUBIDES MORENO, Olga Janneth. “La violación al deber objetivo de cuidado en el acto ginecoobstétrico”. En: Médico-Legal. Bogotá. Año XIV, No. 2, 2008; p. 18

²⁸ VALENCIA PINZÓN Giovanni. “La Lex Artis”. En: Revista Médico-Legal. Septiembre-Diciembre 2001, Año 7, No. 3, p. 21

²⁹ *Ibíd*, p. 21

materializarse con un agravamiento de la enfermedad o dolencia del paciente, o con la muerte del mismo.

La Lex Artis implica también, según lo expone VALENCIA PINZÓN, un deber de “renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, y utilizar todos los medios diagnósticos a su alcance que crean adecuados, sabiéndolos utilizar e interpretar en beneficio del paciente, [utilizando] el tratamiento indicado y nunca el contraindicado, con conocimiento de los efectos del mismo y vigilando al enfermo en su aplicación. Deberán seguir criterios suficientemente experimentados, internacionalizados y propios en el ejercicio [médico], sin [dejar de lado] su criterio personal como mejor conocedor de [la enfermedad] y del enfermo, es decir de su arte”³⁰. Esto por cuanto las prácticas y usos médicos o *lex artis* surgen progresivamente y se modifican constantemente en función de observaciones, de investigaciones, de experimentaciones, de una constante interrogación y de la aparición de medicamentos y de técnicas nuevas, que hacen que el método terapéutico o diagnóstico corrientemente admitido y enseñado en una época determinada, sea cuestionado posteriormente.

Ahora bien, para determinar cuáles son esas reglas y criterios que deben regir la actividad de un buen profesional, en nuestro caso de un buen médico, habrá que estar ante todo y en primer lugar, conforme a la definición de *lex artis* antedicha, a lo que dispongan aquellas normas que disciplinan su actuación, de manera que la infracción a las mismas será considerada como un actuar negligente.³¹

³⁰ *Ibíd*, p. 21-22

³¹ MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio y ALMAGRO NOSETE, José. *Op.Cit.*, p. 1196

Pero, ¿solamente en los estatutos normativos y reglamentarios encontramos el contenido regulador de la *lex artis*? Para NAVARRO RODRIGUEZ el componente regulatorio no se agota con la ley, es más, la mayoría de las reglas y criterios que conforman la *lex artis*, la manera en que debe actuar un buen profesional, un buen médico, no están recogidas por escrito, y si lo están, normalmente, no es en textos de carácter normativo, sino en códigos, recomendaciones u otros cuerpos de carácter deontológico, como es el caso de los protocolos, que tanto proliferan en la actualidad, y que no son sino guías de normas básicas de actuación para determinados actos médicos elaborados por colectivos de especialistas o por la comunidad científica nacional o internacional y sin contenido jurídico. A pesar de ello, los protocolos juegan un papel importante en la práctica a la hora de determinar si ha habido negligencia profesional, pues una actuación conforme con los protocolos será calificada muy probablemente como diligente por el juzgador, con lo que el profesional sanitario quedará exonerado de responsabilidad.>>³²

3.2. Lex Artis ad Hoc como limitante de la responsabilidad médica.

Hemos visto que la *lex artis* supone un modelo de actuar conforme a unas reglas deontológicas, técnicas y científicas con el cual se mide o valora el diligente actuar profesional. Pero como bien lo dice DE LAS HERAS GARCÍA: “[...] no hemos de perder de vista una importante realidad cual es que en todas partes resulta imposible un ejercicio idéntico de la medicina –lo mismo que se podría afirmar de otras disciplinas- , por lo que es dable afirmar que los requisitos generales de la actuación diligente diferirán según el lugar y las diversas situaciones y circunstancias ante las cuales nos

³² NAVARRO RODRÍGUEZ, S. *Responsabilidad sanitaria. Vías de reclamación*. Luris, 2005. No. 91, p. 59. Citado por MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio y ALMAGRO NOSETE, José. *Op. Cit.*, p. 1196

encontremos en cada caso, precisándose, entonces, individualizar aquellos, adecuarlos a cada supuesto específico para que puedan ser convenientemente apreciados; tarea que se trata de llevar a cabo mediante la concreción de la *lex artis* a un determinado supuesto – o *lex artis ad hoc*- en aras a evaluar la actuación del facultativo (profesional y por ende de la administración) en el determinado caso en que esta se desarrolle, o lo que es lo mismo <<en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional>>³³. Es decir, la amplitud del concepto que encierra la *lex artis* como módulo rector de todo arte médico, debe restringirse a la específica situación de tiempo, modo y lugar en que se encontraba el galeno para efectos de determinar con equidad y justicia la dimensión y gravedad de su falta. En este sentido la jurisprudencia española, especialmente la STS de 11-03-1991 nos viene a dar luces sobre lo que debe entenderse por *lex artis ad hoc* en los siguientes términos: “[La *lex artis ad hoc* viene a constituir] aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”³⁴.

³³ DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. *Estatuto ético jurídico de la profesión médica*. Op.Cit., p. 92-93.

³⁴ *Ibíd.*, p. 93

Podremos decir, en resumidas cuentas, que la *lex artis ad hoc* viene a constituir el marco legal, ético, técnico y científico específico dentro del cual se debe circunscribir un acto médico desplegado por el profesional de la salud en atención a las particulares condiciones del paciente destinatario de la actuación galénica, la oportunidad, los medios requeridos y disponibles para su ejecución, así como la cualificación profesional del médico que la despliega.

Desde luego, la no aplicación de la *lex artis* por parte del médico en el ejercicio de su profesión incurriría en una conducta calificada como culposa que de concretarse en un daño imputable a dicha conducta lo harán acreedor del deber resarcitorio.

CAPÍTULO II

INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO

1. Noción

En el presente trabajo nos ocuparemos de analizar la responsabilidad administrativa y patrimonial, siendo la primera una responsabilidad esencialmente de las entidades públicas y sus agentes (como lo serían los funcionarios o empleados públicos); y la responsabilidad patrimonial del Estado en cuanto al componente económico o de reparación económica que lleva implícita.³⁵

El concepto de responsabilidad en términos amplios refiere a la obligación de soportar las consecuencias de los propios actos y, dentro de ellos, de los actos dañosos o que hayan causado un perjuicio a otro. Las normas jurídicas, en cuanto organizadoras de las relaciones sociales humanas, establecen el principio general según el cual el que causa un daño a otro ha de repararlo o compensarlo (salvo excepciones contadas en las que ese daño tiene excusa justificativa), es decir: la responsabilidad en términos jurídicos obliga a responder por nuestros actos.³⁶

³⁵ *Ibíd.*, p. 119

³⁶ DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. Pamplona: Thomson Reuters, 2009, p. 119

La jurisprudencia contencioso administrativa ha dejado claro que a raíz de la “consitucionalización” de la responsabilidad estatal en el artículo 90 de la carta política, la responsabilidad del Estado viene a erigirse como una garantía de los derechos e intereses de los administrados sin distinguir su condición, situación e interés³⁷; es decir, como bien lo sostiene el tratadista MIR PUIGPELAT, “*La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad*”³⁸; *los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*”³⁹.

En la misma tónica, la Corte Constitucional ha dicho: “la responsabilidad patrimonial del estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, 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.”⁴⁰

³⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp. 18948. MP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁸ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

³⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁴⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996 M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha hecho saber de manera general, el ámbito circunstancial en las cuales puede generarse una responsabilidad patrimonial estatal por la actuación médica defectuosa de sus agentes de la siguiente manera:

“[...] 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 no se materialicen o, inclusive, aún cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente. En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente 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, pero se oponen a sus propias opciones vitales.”⁴¹

Lo transcrito nos deja entrever algunas de las conductas médico-clínicas irregulares que, de ser desplegadas por una entidad pública de salud y en cuanto ocasionen un daño

⁴¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp. 17725. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

antijurídico tienen potencial para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. De esta manera podemos ver que para el Consejo de Estado hay conductas médicas claramente irregulares que comprometen la responsabilidad del agente⁴² como el de no atender oportunamente, no pedir el consentimiento informado previo a un tratamiento, atender inadecuada o deficientemente o contrariando la *lex artis ad-hoc*; otras conductas aunque no irregulares ni incorrectas *per se* también generan responsabilidad como son las prestaciones médico asistenciales que vulneren derechos o intereses protegidos del paciente como sería el derecho a recibir una atención oportuna y eficaz. Dicho esto, podemos entrar a analizar a la luz de la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana junto con la doctrina autorizada en el tema la tipología de la culpa en el ejercicio de la actividad médica de las entidades de salud del estado.

2. La culpa o negligencia médica.

Ya lo decían los hermanos Mazeaud cuando definían el concepto de culpa como un “error de conducta en el que no hubiera incurrido un hombre prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias externas [de tiempo, modo y lugar] en que se halló el autor del daño”⁴³. La culpa viene a ser entonces una conducta contraria a la que debiera haberse observado en consideración a las circunstancias particulares de cada caso y a las calidades del profesional que despliega la conducta valorada; es una

⁴² El “agente” debe entenderse bien sea el médico adscrito a la red pública de salud o la entidad pública prestadora de salud; ambos comprometen la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actuaciones defectuosas que causen un daño antijurídico.

⁴³ HENRY Y LEON MAZEAUD. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. T. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1997. Citado por : GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. *Manual de responsabilidad civil y del estado*. Op.Cit., p. 82.

conducta desviada bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante⁴⁴.

Por su parte la culpa médica en particular viene a ser un error por descuido, imprevisión, negligencia o mera desatención de los postulados que rigen la profesión médica (*lex artis*) y que le son exigibles al médico en las situaciones médico clínicas que enfrente en el ejercicio de su profesión.

Es importante resaltar al respecto del error profesional, y conforme lo argumenta MARIANO IZQUIERDO que no todo error profesional es causa de responsabilidad, sino sólo aquél que es efecto de la imprudencia o patente ignorancia⁴⁵, es decir para que el error genere responsabilidad civil se debe encontrar en su composición el elemento subjetivo conductual y constitutivo de culpa. De esta definición se desprende que la imputación de responsabilidad en general y por supuesto en el ámbito médico tiene un componente comparativo y de contraposición de conductas con el fin de determinar si la actuación del agente al que se le pretende imputar responsabilidad se ajustó o no a una conducta que le era exigible en razón de sus conocimientos, profesión u oficio, y en

⁴⁴ Tomado del comentario al artículo 63 del Código Civil, Editorial Leyer, Decimocuarta edición.

⁴⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos). En Congreso constituyente de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros. P. 185 .

En la doctrina española ha hecho carrera la bifurcación y contraposición conceptual entre culpa profesional y error profesional propiamente dicho. Así, este autor para exponer el concepto de error profesional se vale de CATTANEO para afirmar que: “ Por error profesional debe entenderse, el comportamiento objetivamente distinto del que exigía la situación en concreto, pero no necesariamente culposo. No es que haya error profesional, ni mucho menos, cada vez que no se obtenga el resultado último, ya que puede ser que el fracaso se verifique aunque se haya hecho lo humanamente posible, o que sea posible a posteriori reconocer la corrección de la conducta seguida. El error se da cuando la conducta no resulta objetivamente idónea para el caso concreto, incluso aunque el profesional haya actuado diligentemente, utilizando los conocimientos normales del buen profesional de su categoría y según lo que ese buen profesional hubiera hecho en las mismas circunstancias. El comportamiento fue técnicamente equivocado, pero, aun siendo la causa de la no consecución del resultado que interesaba al cliente, sólo si es culposo será generador de responsabilidad.”

atención al contexto y situación particular en la cual se desplegó dicha conducta generadora de un daño. El patrón ideal de conducta viene dado, en términos generales, por la de un *buen padre de familia*, establecido en nuestro derecho positivo en el artículo 63 Del Código Civil.

Pero es evidente que el estándar exigible a un profesional no puede ser el mismo que el que se exige a quien no lo es, por lo que al médico no le basta con observar la diligencia normal sino que le es exigible una diligencia profesional de su categoría y arte, esto es, que conozca y cumpla las reglas de actuar propias de su profesión más conocidas como la *lex artis*.⁴⁶

Es así como la importancia de la culpa como elemento estructurante de la responsabilidad patrimonial del Estado bien lo describe el ex consejero de estado GUSTAVO DE GREIFF cuando dice que el “Problema fundamental en materia de responsabilidad civil o de responsabilidad del Estado o de la Nación por falla del servicio ha sido el de la prueba de elemento culpa, pues ni tratadistas ni jurisprudencia dejan de mencionarlo como uno de los elementos axiológicos de dicha responsabilidad; las diferencias que se presentan hacen relación a su prueba y a la parte a quien corresponde aportarla.”⁴⁷

⁴⁶ Este análisis es hecho por los tratadistas Juan Antonio Moreno Martínez y José Almagro Nosete para referirse a la responsabilidad de los enfermeros, pero aplica también para la responsabilidad del médico en cuanto ambas profesiones tiene relación de complementariedad e implicaciones técnicas y científicas particulares. (*Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Citada, p. 1195.)

⁴⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 24 de Octubre de 1990, exp:5902. M.P: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

Como se verá, la falla del servicio como factor de atribución subjetivo supone el estudio de la conducta de la administración en la prestación del servicio que por imperatividad legal o asunción voluntaria debía prestar en óptimas condiciones. Desde luego, la administración actúa por intermedio de sus agentes u órganos quienes son en últimas los encargados de ejecutar materialmente el servicio de que se trate; la culpa del agente u órgano del estado viene a ser la culpa de éste según lo indican los postulados de la responsabilidad extracontractual directa del Estado que es la que rige actualmente en nuestro sistema jurídico. En el área de la sanidad pública son los hospitales y las entidades de salud de carácter público, adscritos o vinculados quienes fungen como agentes del estado en la prestación del servicio de salud a cargo de éste; a su vez, los médicos y demás profesionales de la salud vinculados con dichas instituciones son los que mediante su intervención ejecutan materialmente el acto médico que eventualmente puede derivar en un daño para el paciente. Es por esto que es preciso estudiar la manera como estos agentes pueden con su conducta descuidada, negligente, tardía u omisiva, comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado.

La teoría clásica de la responsabilidad en asuntos médicos se basa, como bien se sabe, en que las obligaciones del profesional de la medicina son generalmente de medios y excepcionalmente de resultado (cirugía estética), lo que implica que la eventual responsabilidad de los galenos se basa en la necesidad de demostrar por parte de la víctima demandante, en todo caso, que el médico ha sido el causante del daño que se le imputa por una actuación descuidada o negligente. Esta culpa o negligencia se basa en la idea de que el médico o cualquier otro profesional sanitario despliegan en su actividad una obligación de medio, de manera que no garantizan la obtención de ningún

resultado (que para el caso que nos ocupa significa que el médico no está obligado a curar efectivamente al paciente, sencillamente porque muchas veces ese resultado no depende de él o sólo de él)⁴⁸, aunque esa sea la finalidad del tratamiento, sino que tiene el deber de actuar de manera diligente, de acuerdo con sus conocimientos científicos para procurar la sanación o mejora en la salud del paciente.⁴⁹

En este orden de ideas, decir que la responsabilidad patrimonial del médico es en estricto sentido una responsabilidad por culpa no admite lugar a dudas, pues éste responde por el daño causado, no por el mero hecho de haber causado un daño, sino porque su conducta, la que originó el daño, puede ser calificada como culposa o negligente.⁵⁰

Ahora bien, siendo la culpa el factor de atribución subjetivo para imputar responsabilidad al médico es menester señalar las distintas manifestaciones de culpa que se pueden presentar en el ejercicio de la medicina. SERRANO ESCOBAR clasifica las distintas formas de culpa o falta médica así:

“El médico incurre en falta, ya por imprudencia, por impericia, por negligencia o por violación de los reglamentos.

“Imprudencia médica.

⁴⁸ MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio y ALMAGRO NOSETE, José. *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson 2007. p. 1194.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002)*. Madrid: Editorial Lex Nova, 2007, p. 52

⁵⁰ MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio y ALMAGRO NOSETE, José. *Op.Cit.*, p. 1194.

“La imprudencia se da cuando el galeno adopta una actitud profesional injustificadamente apresurada, o carente del juicio previo y necesario que se requieren para prever los resultados del acto médico, verbigracia, el anesthesiólogo que en una cirugía programada sólo conoce al paciente en el quirófano, y efectúa la inducción anestésica sin hacerle la valoración previa que le permita determinar las condiciones del paciente, para efectos de precisar cuál es el manejo que se le ha de dar, tipo de anestesia, etc, se considera que este es un proceder imprudente de su parte, al prescindir de una información necesaria para prever las consecuencias de su acto.

“Negligencia médica.

Es la actitud profesional mediante la cual , el médico no hace lo que debe hacer pudiéndolo hacer. Se configura cuando el profesional de la medicina que conociendo sus deberes y sabiendo cómo debe realizar el acto médico, y encontrándose en posibilidad de hacerlo, pues nada le impide cumplir con su deber, no lo hace.

“Impericia médica.

“Se da cuando el médico realiza su actuación profesional sin el conocimiento, la habilidad o la capacidad profesional requerida para realizar un tratamiento o intervención adecuada. La pericia comporta así, un elemento cognoscitivo, y un aspecto de habilidad.

“En el campo médico, en principio, el título profesional hace presumir la pericia, pero para la época en que la universidad lo acredita como profesional, no para toda la vida de graduando.

“En consecuencia, en tratándose de un área del conocimiento tan dinámica y que evoluciona vertiginosamente en cuanto a mecanismos de diagnósticos, métodos

terapéuticos, etc., el médico debe estar en permanente actualización, a través de cursos, seminarios, cuya acreditación son una prueba de la idoneidad médica y, a contrario sensu, se evidenciaría la impericia del profesional.

“En cuanto a la destreza, hay que decir, que esta se pierde con la vejez, por tanto, un profesional que otrora fuera muy hábil en su práctica médica, con el paso del tiempo encontrará que la agudeza visual se le disminuye, que su motricidad se entorpece, que pierde habilidad con sus manos, en cuyo caso el profesional de la medicina debe aceptar que no puede continuar realizando las prácticas médicas que le demandan la plenitud de sus habilidades perdidas, pues si lo hace incurriría en culpa por impericia.”⁵¹

En este orden de ideas, y siguiendo al tratadista ATAZ LÓPEZ, el médico imperito viene a ser <<aquél que no posee la suma de conocimientos y experiencias que en un determinado momento configuran el arte médico, y a los que se ha dado en llamar “reglas del arte”>>⁵², concibiendo de esta manera la impericia como una especie de culpa lata, esto es, una culpa inexcusable o un <<no saber lo que se debe saber, imperdonable en un profesional>>⁵³.

3. La Obligación principal del médico es de medios.

⁵¹ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Op.Cit., p.121-122

⁵² ATAZ LÓPEZ, citado por DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Madrid: Dykinson, 2006, Vol. 1, p.98. Por su parte BADOSA COLL diferencia dos acepciones de impericia en la esfera civil: la subjetiva como ignorancia inexcusable del deudor, y la objetiva como infracción del modelo profesional. Ver BADOSA COLL, Ferrán. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Real Colegio de España: 1987, p. 802 y ss.

⁵³ *Ibidem*. Pág. 802.

Se suele hablar de manera general y en plural, de que las obligaciones de los médicos son de medios, no de resultado. Lo cierto es que a nivel de los avances de la medicina actual no es correcto afirmar que las obligaciones (todas o unas cuantas) que ha contraído el médico para con su paciente sean estrictamente de diligencia, pues no hay que olvidar que dentro de la prestación galénica hay ciertas obligaciones de seguridad, por ejemplo, que son, sin discusión alguna, de resultado. Es por esto que preferimos especificar, para efectos del desarrollo de este acápite, de cuál obligación del débito prestacional del galeno es la que debe ser tratada con estricto sentido como una obligación de medio: la obligación general de propender por la curación del paciente o alivio de su patología.

No hay que desconocer que la particularidad de la actividad médica reside en la omnipresente álea que suponen factores endógenos y exógenos al paciente y el acto médico, y que inciden de una u otra manera en el desarrollo de la patología. Desde factores medioambientales hasta condiciones fisiológicas o genéticas del paciente determinan de manera no siempre previsible el desenvolvimiento de una enfermedad, la cual en no pocos casos terminan en lamentables desenlaces aun cuando el tratamiento y cuidados médicos hayan sido correctos y aceptados por la ciencia. Es precisamente esta incertidumbre, siempre latente, lo que impide al profesional de la medicina acoger compromisos de resultado cual sería la curación del paciente, por ejemplo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y foránea han discurrido largamente sobre este punto. Así, en nuestra jurisprudencia podemos encontrar la génesis de esta teoría aplicada a la responsabilidad médica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1940 en la cual se dijo: “La obligación profesional del médico no es por regla general

de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y, los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este”⁵⁴. Posteriormente y en igual sentido, la Corte Suprema de Justicia afirmó que “el médico no se obliga a sanar al enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que , según los principios de su profesión , de ordinario deben ejecutarse para conseguir ese resultado. El haberse puesto esos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones”⁵⁵.

Por su parte, el Consejo de Estado Colombiano no ha sido ajeno a decantar doctrina la cual sigue el lineamiento esbozado por la Corte Suprema de Justicia y que ha hecho de la siguiente manera: “Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obligación es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno no puede comprometer un determinado resultado, por que éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras

⁵⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de Marzo de 1940. Citado por JARAMILLO J. Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Bogotá: Colección ensayos. Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 332. Posteriormente esta postura es reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de Septiembre de 1985 citada por el mismo autor y que es del siguiente tenor: “Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar el enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia.... Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo...”

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de Noviembre de 1977. Citada por SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*. Tomo I. Pág. 369

particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente.”⁵⁶

Ahora bien, la real importancia de establecer las obligaciones de los médicos como de medios estriba en el régimen probatorio que se aplica para efectos de determinar la responsabilidad del galeno cuya conducta se pone en entredicho. De esta manera siendo el médico deudor de una obligación de cuidado o diligencia, su responsabilidad se verá comprometida cuando quede patente el incumplimiento de su prestación que se cristaliza en la falta de tal diligencia o actividad comprometida. Acreditar tal incumplimiento es una carga probatoria que le incumbe al paciente víctima que pretende resarcirse de los daños ocasionados con ocasión de un acto médico que se dice defectuoso. Autores como ZANNONI sobre este punto explican: “en las obligaciones de medios – o de prudencia y diligencia- el incumplimiento no se califica sólo por la no obtención del resultado, pues éste no quedó comprometido, sino por la falta de diligencia del deudor en la actividad que comprometió: de tal suerte, en este caso el acreedor debe probar la culpa del deudor y éste tendrá a su cargo probar, en contrario, que observó la diligencia debida y que la frustración del resultado no se debió a un obrar u omitir culpable de su parte”⁵⁷

El Consejo de Estado en sentencia de 17 de Agosto de 2000 acoge las apreciaciones de ZANNONI en lo referente al régimen probatorio que rigen las obligaciones de medios que rigen la actividad médica. Al respecto, dijo allí el Consejo de Estado: “[...] la

⁵⁶ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 17 de Agosto de 2000, exp. 12.123.

⁵⁷ ZANNONI, Eduardo. *La obligación*. Colegio de Abogados de San Isidro, Benos Aires, 1984, p. 89. Citado por JARAMILLO J. Carlos Ignacio. *Op. Cit.*, p. 318.

responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, ya la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo.

“Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta.”⁵⁸

4. Responsabilidad directa del Estado y la personal del agente (sentencia 16350)

El sólo hecho de que la administración despliegue el servicio y función administrativa actuando a través de entidades o personas naturales denominadas agentes genera el problema de saber “quién –el agente, o el servicio del cual este hace parte- deberá responder por los daños causados a los particulares.”⁵⁹ Aunque si bien en un principio *la falta del servicio y falta personal del agente* se excluían mutuamente generando injusticias como víctimas no indemnizadas por el agente por razones de insolvencia⁶⁰, por cuanto la falta era personal, hoy en día la mayoría de los ordenamientos jurídicos han instituido la responsabilidad directa de la administración. En el caso Colombiano, “la postura tradicional de la doctrina y la jurisprudencia nacional ha sido la de considerar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la actual

⁵⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 18 de Abril de 1994, exp. 7973. M.P:Dr. Julio César Uribe Acosta.

⁵⁹ SAAVEDRA BECERRA. Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011. Primera Edición. Sexta Reimpresión. Pág.88

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 88

Constitución Política la responsabilidad del Estado es es anónima, institucional y directa frente a los sujetos administrados de manera tal que no se concibe procedente adelantar una acción de reparación directa contra el agente estatal o contra este y el Estado. Se ha considerado demás que la responsabilidad personal del agente lo es para con el Estado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución de 1991, siempre que se demuestre que su conducta dolosa o gravemente culposa determinó la responsabilidad del Estado frente al particular.”⁶¹ En este orden de ideas, el Consejo de Estado encuentra procedente “demandar a la entidad pública y al agente, en el entendido de que la responsabilidad de éste último sólo se predica frente al Estado y no frente al particular que se alega damnificado. La Sala al respecto 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 posibilidad 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 que proceda la primera declaración, deben probarse los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado de que trata el artículo 90 de la Constitución y

⁶¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de Octubre de 2008, exp. 16350. M.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. En esta misma sentencia se explica que : “Con fundamento en estas consideraciones se llegó a plantear la inconstitucionalidad sobreviviente del artículo 78 del C. C. A., según el cual “Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos.” Sin embargo, la Corte Constitucional lo declaró exequible en sentencia C-430 del 12 de abril de 2000. En aplicación de lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala Plena de esta Corporación, mediante providencia del 30 de marzo de 2004, explicó que “el artículo 90 de la Constitución no solamente no derogó el principio de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, ni el derecho de las víctimas a demandarlos individualmente, según el artículo 78 del CCA, ni el derecho del Estado a repetir contra los funcionarios incurso en culpa grave o dolo, sino que extendió éste último a todos sus ‘agentes’, es decir, a quienquiera que actúe por cuenta suya y haya causado el daño con su culpa grave o dolo.”

para que proceda la segunda, debe probarse que el daño que el Estado causó al particular fue determinado por la conducta gravemente culposa o dolosa de su agente.”⁶²

Llama la atención que las precitadas reflexiones fueron hechas por el Honorable Consejo de Estado en la Sentencia de 15 de Octubre de 2008, exp. 16350 en donde se condena al Hospital Central de la Policía Nacional por falla del servicio en la prestación del servicio médico, quirúrgico y hospitalario al menor Edwin Rodríguez Zambrano, quien ingresó al servicio de urgencia del Hospital Central de la Policía Nacional, luego de caer de un tercer piso y, luego de una intervención quirúrgica, presentó paro cardio respiratorio que finalmente le produjo la muerte varios meses después. Una vez valorado el acervo probatorio el Consejo de Estado encuentra “acreditada la falla del servicio, consistente en exponer apresuradamente a un paciente de 16 años que cayó de un tercer piso, a un procedimiento quirúrgico no prioritario, 11 horas después de su ingreso, sin tener en cuenta que el paciente presentaba trauma craneoencefálico leve, contusión⁶³ en la región frontal con excoriación y hematoma, edema y equimosis. Sorprende a la Sala que un paciente con las características anotadas, previo a decidir sobre la cirugía, no hubiera sido valorado por neurocirugía - cuando había sido ordenado - y no se le hubiera tomado un TAC, con el fin de descartar los riesgos y las complicaciones, así como una hemorragia o edema en el cerebro, toda vez que el trauma craneoencefálico es una de las causas del paro cardiorrespiratorio.” (Subrayas en el texto original)

⁶² Ibidem.

⁶³ “Contusión: lesión traumática focal, caracterizada por extravasación sanguínea (macro o microscópica) en múltiples vasos. Estudio realizado por los médicos neurólogos Dr. J. Sales Llopis y Dr. C. Botella Asunción en el Servicio de Neurocirugía del Hospital General Universitario de Alicante, publicado en la Página web de estudios de neurocirugía “Craniotop – Protecting the brain” <http://www.neurocirugia.com/diagnostico/tce/tceleve.html>.” Cita de la sentencia original.

De otro lado y respecto a la imputación de responsabilidad que le pudiera caber a la anesthesióloga demandada (como agente del Estado) en conjunto con el Hospital Central de la Policía, el Consejo de Estado analiza la conducta de aquella para determinar su responsabilidad frente a la administración determinando que “el análisis de la actuación personal de la médica anesthesióloga Florencia Lasso, procede respecto de la responsabilidad que le asista para con el Estado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Política. Por lo tanto, el juicio tiene por objeto recuperar lo que habría de pagar este último al demandante, en cumplimiento de la condena impuesta, toda vez que siempre es el Estado el que debe indemnizar plenamente los perjuicios que motivan la acción de reparación directa.” Conforme a lo antedicho y habiendo analizado las conductas imputadas a la anesthesióloga demandada, el Consejo de Estado concluye que: “La médica anesthesióloga se atribuyó la función de valorar el estado neurológico del paciente, sin consultar su diagnóstico y tener en cuenta que en la historia clínica existía una orden de valoración neuroquirúrgica; tampoco previó la toma de exámenes que sustentaran su diagnóstico, como finalmente fue que el menor de 16 años se encontraba en perfecto estado neurológico, conducta imprudente y descuidada que configura en este caso la culpa grave.” Así las cosas, la Sala concluye “que la conducta de la señora Florencia Lasso es gravemente culposa al no obrar “*con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*”, porque no previó los efectos nocivos de su actuación, habiendo podido hacerlo, y porque su calidad de médica anesthesióloga hace que sus omisiones y errores se consideren graves, en los términos de los artículos 6 y 121 de la C. P., toda vez que permite deducir que cuenta con un alto nivel profesional, gran experiencia en el manejo de pacientes, poder decisorio frente a sus procedimientos y, por ende, en el

manejo de las normas que regulan los protocolos médicos.

“Con fundamento en todo lo anterior, la Sala considera configurada la responsabilidad personal de la médica anesthesióloga Florencia Lasso en los términos del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que determina su obligación de indemnizar los perjuicios causados al Estado, con el pago de la condena que le fue impuesta.”

(Cursivas en texto original)

Podemos concluir, entonces, que la reponsabilidad patrimonial del Estado en general y la que deriva de los actos médicos defectuosos de las entidades estatales ocurridos por la actuación de agentes del estado en particular, será siempre respecto al administrado una responsabilidad directa. Por su parte, la responsabilidad personal del agente será siempre frente a la administración y para su configuración deberá probarse en todo caso la culpa grave o dolo de aquél. Esta dicotomía de responsabilidades podrán ser demandadas conjuntamente por el administrado víctima y tramitadas en virtud de la economía procesal en un mismo proceso con miras a establecer la eventual responsabilidad del estado frente a la víctima y, por otro lado la eventual responsabilidad por dolo o culpa grave del agente que le otorgue al Estado el derecho a recobro por un monto total o parcial a la suma pagada como indemnización.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS ESTRUCTURANTES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO.

Tradicionalmente se consideran como elementos estructurantes de toda responsabilidad patrimonial, tanto contractual como extracontractual: el título de imputación, el nexo causal y el daño; así lo ha dicho el Consejo de Estado cuando afirma: “el Consejo de Estado has sido reiterativo en establecer los elementos necesarios para efectos de hacer responsable al Estado por la actuación de los médicos a su servicio, cuales son: <<La falla del servicio, consistente en la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos; un perjuicio cierto y determinado, y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio>>” (Sentencia del Consejo de estado. Sección tercera. M.P: JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. Sentencia de Febrero 5 de 1998, exp 13337)⁶⁴”.

En efecto, bajo el esquema jurisprudencial clásico de responsabilidad fundamentada en la falla del servicio, la obligación indemnizatoria del estado por un acto médico defectuoso materializado por un agente administrativo o una entidad prestadora de salud de carácter público irrumpe siempre que se configuren los elementos propios de la responsabilidad patrimonial a saber:

a) Una falta o falla del servicio o de la administración, que bien puede ser a título de omisión, irregularidad, ineficiencia, retardo, o ausencia de prestación del servicio. Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.

⁶⁴ Sentencia citada por SERRANO ESCOBAR, L.G., Op.Cit., pág. 172

b) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc. Pero como se verá en el acápite correspondiente, en el caso particular de la responsabilidad médica del estado hay daños resarcibles distintos a las lesiones físicas y la muerte como lo serían los daños consistentes en la vulneración de derechos fundamentales del paciente

c) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización⁶⁵.

Para efectos del presente trabajo se analizarán solamente el título de imputación subjetivo “Falla del Servicio”, el concepto y prueba del nexo causal así como la noción y alcances del daño antijurídico.

A. LA FALLA DEL SERVICIO

1. Falla del Servicio como título de imputación subjetivo en la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto médico defectuoso de sus agentes. Noción y Evolución jurisprudencial en el Consejo de Estado.

1.1. Noción clásica de falla del servicio como título de imputación

Según el tratadista español DE FUENTES BARDAJÍ la falla del servicio o *faute du service* decantada por el Consejo de Estado Francés, viene a corresponder con el tercer

⁶⁵ ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo. “La Responsabilidad Objetiva de la administración Pública en Colombia”, en *La responsabilidad de la administración pública*. Universidad Externado de Colombia, 1986. Citado por Alier Hernández en su artículo “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado”, en revista *Derechos y Valores*, No. 8, Universidad Militar Nueva Granada, 2001.

estadio de la evolución de la responsabilidad del Estado y en virtud de la cual se entra a reconocer la responsabilidad de la administración pero sólo por daños originados por acciones ilícitas y culpables de sus autoridades o funcionarios.⁶⁶ Por su parte ZANOBINI dice que es la ilegalidad del acto dañoso la base de la responsabilidad administrativa, esto es, se responde porque ha habido ejercicio ilegal del poder. Otros autores como ALESSI enseñarán que la administración sólo responderá cuando se acredite la existencia de culpa del funcionario y la razón es la *culpa in eligendo* o *in vigilando* en relación con ese funcionario⁶⁷. En todo caso, la administración responderá por el no funcionamiento, el mal funcionamiento, o el funcionamiento tardío.⁶⁸

También encontramos pertinente traer a colación la reflexión que sobre la falla del servicio hace JEAN RIVERO de la siguiente manera:

“El juez, para apreciarla [se alude a la falla del servicio], no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.

“De ello resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo.”⁶⁹

⁶⁶ DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín *Op.Cit.*, p.121.

⁶⁷ *Ibíd.*, p.123

⁶⁸ *Ibíd.*, p.123

⁶⁹ RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, 1984, traducción de la 9ª edición, Caracas, pág. 304 y 305. Citado en la sentencia de Consejo de Estado de 28 de Abril de 2010.

De este concepto podemos ver un componente intrínseco de la falla del servicio como título de imputación, cual es el de la relatividad de la conducta desplegada, y en virtud de la cual se debe analizar, para cada caso en concreto, las circunstancias de tiempo, modo, lugar, medios, personal e infraestructura del servicio prestado por la entidad pública de salud.

Las precitadas reflexiones vienen a constituir las bases doctrinales sobre las cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado erige su noción tradicional de falla del servicio, indicando que esta es la falla anónima, orgánica, funcional de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. Así en sentencia de 28 de Abril de 1967 se dijo:

“Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su ‘no funcionamiento’ o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, ser repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la

efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común”⁷⁰.

Luego, en sentencia de 30 de Marzo de 1990, el Consejo de Estado complementa la noción clásica de falla del servicio en el entendido de que, aunque esta sigue siendo una falla anónima, orgánica y funcional de los entes públicos, la responsabilidad derivará de “la violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya que sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución política.”⁷¹

Posteriormente en igual sentido, y a manera de complemento, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de Octubre de 1990 dijo:

“Cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de

⁷⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 28 de Abril de 1967. M.P.Dr. Carlos Portocarrero Mutis.

⁷¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 30 de Marzo de 1990. M.P: Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

Sobre este punto la abogada Catalina Irisarri Boada en su tesis de grado “El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano” expone lo siguiente: “Lo que quiso el Consejo de Estado con esto fue precisar la noción de falla del servicio que se venía usando y dar a la noción un contenido no tan descriptivo, de forma tal que para aplicar dicha noción es necesario que se verifique que en la actuación de la administración se presenta la violación de la ley o reglamento que establece las funciones de la respectiva autoridad pública o la violación del principio general de conducta establecido en la constitución; y que la violación de las obligaciones que la Constitución, las leyes y los reglamentos imponen a las autoridades puede presentarse tanto por el funcionamiento tardío, como por el mal funcionamiento o el no funcionamiento del servicio, es decir que estas vienen a constituir modalidades que puede revestir la falla del servicio.” (Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público. Bogotá: 2000, p. 57)

una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo”⁷².

De lo expuesto se puede deducir que la falla del servicio se configuraba cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incumple sus contenidos obligacionales establecidos en el orden jurídico, ya en la constitución, ya en la ley o en los reglamentos y además en todos aquellos eventos en que de hecho asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad desarrollada está implícita en la función que el Estado debe cumplir.⁷³ Nótese, además, que la falla del servicio refiere a una culpa orgánica que conlleva de suyo la anonimidad⁷⁴ del agente que realmente causó el daño, lo que significa que los procesos de responsabilidad del estado en donde la falla del servicio sea el título de imputación no se requiere establecer quién fue el autor material del daño que se pretende su resarcimiento, sin perjuicio de que en ocasiones dicho agente pueda ser plenamente individualizado y ser sujeto de responsabilidad por la vía de la

⁷² Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 24 de Octubre de 1990. Exp.5902. M.P: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

⁷³ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos conceptos de Responsabilidad Medica*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá:2000, p. 169.

⁷⁴ Sobre el carácter anónimo de la falla del servicio el Consejo de Estado ha dicho: “Es cierto que desde hace mucho tiempo la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que la falla del servicio es “anónima”, para indicar que no se requiere establecer en el proceso quién fue el autor material del daño causado; pero esto no significa que no deba establecerse los hechos a partir de los cuales se pretende imputarle al mismo ese daño. Por lo tanto, no era necesario que en este proceso se identificara a la persona que dio muerte al menor, pero para poder imputar ese hecho a la Nación, por haber sido causado por un agente a su servicio sí era necesario acreditar esa circunstancia”. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 25de Febrero de 2009. Exp. 17303. M.P: Dra.Ruth Stella Correa Palacio.

repetición cuando haya generado el hecho dañoso incurriendo en falta o culpa grave en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

De lo dicho hasta ahora, vemos que la falla del servicio en su concepción clásica si bien implica una conducta de la administración plasmada en un servicio que o bien funcionó mal, que no funcionó o lo hizo tardíamente, esto no supone “que el elemento culpa esté ausente de la responsabilidad por falla del servicio. Al contrario, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades ha expresado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio mismo, sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer.”⁷⁵ De esta manera podemos ver que la concepción clásica de la falla del servicio como título de imputación y a la vez fundamento de la responsabilidad del estado abrigaba una valoración subjetiva de la conducta de la administración que corresponde a una concepción de responsabilidad fundamentada en la antijuricidad de la conducta de la administración: el estado sólo respondía por su actuación en cuanto esta fuera ilícita o culposa.

1.2. Evolución jurisprudencial de la Falla del Servicio como título de imputación subjetivo de la responsabilidad médica del Estado.

1.2.1. Falla del servicio probada

⁷⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 24 de Octubre de 1990, exp:5902. M.P: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

En los primeros tiempos de decantación jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa y acogiendo el devenir jurisprudencial que venía desarrollando la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de responsabilidad médica, se abrigó la tesis de que el paciente damnificado por un eventual error médico debía probar la falla del servicio, esto es, la negligencia del Estado en su actuar (culpa) representada en la actuación desplegada por el galeno o la entidad de salud pública correspondiente, bajo el entendido de que las obligaciones que comprenden los actos médicos son de medio y no de resultado de manera que de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio. Esta postura inicial no fue más que un allanamiento por parte del Consejo de Estado a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, la cual en decisiones puramente de derecho privado centra el punto crucial en la determinación de obligaciones de medio y de resultado como ya lo hemos recalado. Y es que tradicionalmente en el derecho civil se ha reconocido que la obligación del médico es de medio en cuanto “el médico no se obliga a sanar al enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir ese resultado. El haber puesto esos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de este tipo de obligaciones”⁷⁶. En este sentido, “la obligación profesional del médico no es, por regla general de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o la no curación de éste”⁷⁷.

⁷⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil del 3 de Noviembre de 1977. Citada en *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Contemporáneo*. Tomo I. Pág. 369

⁷⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil del 5 de Marzo de 1940. *Ibidem*. Op. Cit.

Tratadistas como JAVIER TAMAYO JARAMILLO han encontrado en esta postura inicial su caballito de batalla y el más acabado e inamovible argumento en cuanto a la conveniencia de establecer como regla axiológica la culpa probada para efectos de imputar falla del servicio por acto médico defectuoso de las entidades de salud públicas. Dice el nombrado tratadista, lo siguiente:

*“Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que tanto en la responsabilidad civil como en la del Estado, la culpa o falla debe ser probada en caso de demandas por los daños derivados de la prestación de un servicio de salud. Se dice generalmente, que la obligación del médico es de medios, poco importa que el acto médico sea en sí mismo peligroso o riesgoso. Se dice que el áleas de la intervención médica impide imponerle al médico una obligación de resultado”*⁷⁸

Esta es, pues, la primera etapa de generación jurisprudencial contencioso administrativa en temas de responsabilidad médica basada en la concepción clásica de la carga de la prueba y en virtud de la cual si el demandante no probaba la negligencia configurante de la falla del servicio en el entendido de que el servicio no funcionó, que la conducta mal cumplida u omitida le causó daño y que entre aquella y éste existía vínculo de causalidad no podían prosperar sus pretensiones.

⁷⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Editorial Temis, 1997, pág. 154

1.2.2. Falla del Servicio Presunta.

El que el paciente damnificado tuviese que cargar con el peso de probar una falla de la administración en el ámbito de la ciencia médica, específicamente por daños ocasionados en intervenciones quirúrgicas, fue considerado por el Consejo de Estado como una carga exorbitante que reñía con el ideal de la realización de la justicia. Es por esto que a principios de la década de los 90, y particularmente con la sentencia del Honorable Consejero Daniel Suárez Hernández⁷⁹ se empezaron a introducir criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio a cargo del paciente víctima por la vía de la presunción, pero siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico. De esta manera, en sentencia de Octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que en sentencias posteriores, como se verá, fue acogida de manera explícita y sistemática por la Sección Tercera del máximo tribunal contencioso administrativo. Es así como en la precitada sentencia de 24 de Octubre de 1990 se consideró que el artículo 1604 del Código Civil 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 médica⁸⁰.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de Octubre de 1990, exp. 5902. M.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁸⁰ Citado en: Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 31 de Agosto de 2006. Exp. 15772. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Posteriormente, la falla de servicio presunta fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897⁸¹, pero con un fundamento jurídico diferente, haciendo esta vez referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos⁸².

En este nuevo esquema de responsabilidad se distribuye la carga de la prueba de la siguiente forma: de presentarse un evento de responsabilidad por falla del servicio médico oficial, se presume dicha falla, lo que significa que de la prueba de este elemento queda relevado el actor (paciente perjudicado), quien debe acreditar los otros dos elementos constitutivos de responsabilidad, que son el daño sufrido y la relación de causalidad de éste con la falla de la administración. De esta manera, el demandante no tiene que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume; sólo debe probar los dos supuestos a su cargo : que la administración le prestó un servicio y que sufrió un daño⁸³. Así las cosas, recaería sobre el galeno el deber de probar su exculpación bien sea aduciendo que actuó diligentemente, con los cuidados y la oportunidad que la situación requería, o bien que a pesar de que evidentemente se incurrió en un error de procedimiento o en una falta a la *lex artis* de la medicina ad-hoc, dicha falla no era determinante para causar el daño que se le imputa a la conducta del

⁸¹ M.P: Dr. Daniel Suárez Hernández

⁸² *Ibidem*.

⁸³ SUESCUN MELO, Jorge. Op. Cit, T. I, pág 374.

galeno, o dicho de otra manera, el resultado adverso obedeció a una evolución endógena de la enfermedad o a los riesgos propios del tratamiento⁸⁴.

Sobre el asunto que nos ocupa y en lo atinente a actos quirúrgicos el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque el actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permitan la operancia de la presunción.

Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende. En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y elucido (SIC) que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse,

⁸⁴ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 8 de Mayo de 1997. Exp. 11220. M.P: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero, en otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado. Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta

en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o casa peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina, en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, si puede representar un riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”⁸⁵

En posterior sentencia el Consejo de Estado reafirmó su posición con la siguiente disertación:

“Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las

⁸⁵ Colombia. Consejo de Estado, sección tercera, del 24 de Agosto de 1992, expediente 6754, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo

mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre las cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos y hospitalarios. Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de Justicia en general, 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, o técnicas científicas, prestadas por especialistas, fueran estos, los que por encontrarse en mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieron directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador n mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas, o motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.”⁸⁶

⁸⁶ Colombia. Consejo de Estado, sección tercera, del 30 de Julio de 1992, expediente 6897, Magistrado

Esta línea jurisprudencial es reiterada por el mismo magistrado DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ con sentencia que prohija la falla del servicio presunta en el entendido de que es la entidad prestadora de salud la que está en mejor posición de aportar la prueba⁸⁷ de su diligencia y cuidado. Dice la sentencia en comentario:

“Es por ello que la sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer en momento alguno que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones más prudentes que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medios y no de resultado. Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar de un aparte

Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández

⁸⁷ “El Doctor SUAREZ HERNANDEZ, en el seminario <<Reflexiones sobre la Responsabilidad en los Servicios de Salud>>, efectuado en Medellín, explicó que uno de los motivos que tuvo el Consejo de Estado para establecer la falla presunta en esta tema, era tratar de aliviar la pesada carga probatoria que tenía el paciente, ya que esta se tornaba injusta, debido a que el paciente frente al médico está en situación de inferioridad, es más fácil para el médico demostrar que obró con diligencia y cuidado que al paciente demostrar que el médico actuó diligentemente, por lo cual afirma: <<Normalmente el paciente llega en unas condiciones traumáticas, casi muriéndose y, como si fuera poco esa poca conciencia al ingresar a un centro médico hospitalario, se le acaban de quitar con anestesia y, todavía quieren que digan que el médico fue o no diligente, que sí o no obró oportunamente, eso es imposible y a lo imposible nadie está obligado, eso nos llenó de razones para dar un vuelco y efectivamente lo hicimos y, estamos convencidos de que eso debe seguir siendo así, en cambio el médico si, como profesional, como preparado, como diligente que debe ser, como cuidadoso, porque está tratando con lo más sagrado que existe que es la vida y la salud, por eso el médico debe ser previsor, debe dejar anotaciones, debe buscar que cuando vaya a realizar una intervención, se lleven todos los exámenes previos.” SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel. Mesa Redonda, en el Seminario “Reflexiones sobre la Responsabilidad en los Servicios de Salud”. Medellín: Junio de 1993. Citado por SERRANO ESCOBAR, L.G. Op. Cit., pág. 174-175.

(SIC), que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico, y de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza, se tornan difíciles de probar. En las anteriores condiciones le es dable a la administración exonerarse de responsabilidad con la sola demostración de haber prestado el servicio con la diligencia y cuidados necesarios para que la salud o vida del paciente no sufrieran menoscabo o falleciere. Frente a este tipo de conducta administrativa, le incumbe al ente demandado proveer al fallador de las pruebas, con lo cual se desvirtúa la presunción de falla establecida.”⁸⁸

Como puede verse no se trata una presunción que se sustente en un cambio de la naturaleza de la prestación galénica. El débito prestacional médico sigue siendo de medios o de cuidado, simplemente el máximo tribunal contencioso administrativo opta por aligerar la carga probatoria del paciente demandante atendiendo a la mejor posición probatoria del galeno de aportar la prueba de su exculpación en cuanto se considera que estuvo al tanto de todo el procedimiento terapéutico ejecutado y, dados sus

⁸⁸ Colombia. Consejo de Estado, sección tercera, 13 de Agosto de 1992, expediente 7274, Magistrado ponente: Daniel Suárez Hernández

conocimientos científicos y técnicos del arte de la medicina puede y debe contribuir activamente con el esclarecimiento de los hechos que se le censuran en su actuar terapéutico.

1.2.3. Carga dinámica de la prueba.

Después de bailar en los extremos, los puntos medios siempre estarán presentes para efectos de lograr un balance que no se lograba con posturas que pecaban ora por exceso, o ya por defecto a la hora de generar soluciones a una problemática tan compleja como lo es atribuir responsabilidad a la administración por daños antijurídicos ocasionados en circunstancias, la mayor de las veces, rodeadas de extrema complejidad técnica y científica. Es así como el Consejo de Estado luego de iniciar carrera en el tema de la responsabilidad médica prohiendo en sus providencias el criterio clásico de la falla probada, para pasar luego por una temporada de sentencias enseñando las bondades de la falla del servicio presunta, impulsó el establecimiento de la teoría de la carga dinámica de las pruebas como solución más equitativa y más consecuente con el ideal de justicia que debe informar el procedimiento judicial en estos temas donde la infinidad de variables que inciden en el resultado dañoso es recurrente.

Desde luego, esta teoría, que no tiene asidero legal, ha sido decantada por la jurisprudencia contenciosa atendiendo nociones y principios superiores constitucionales de equidad, igualdad y justicia procesal que permiten inaplicar el régimen probatorio instituido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Y es en el ámbito de los casos de responsabilidad médica de las entidades sanitarias del Estado donde cobra

relevancia esta teoría medianera, en razón de que no en todos los casos es el médico el que se encuentra en mejor posición de probar la real situación del suceso que se litiga (el médico particularmente dirige su esfuerzo procesal en probar su diligencia y cuidado) toda vez que, no todos los litigios concernientes a la responsabilidad médica estatal son contentivos de aspectos técnicos y científicos. Sobre esta teoría el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que sin duda es el paciente el que se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión del deber probatorio.

Así las cosas la tarea del juzgador se torna más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión.”⁸⁹

⁸⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera Sentencia de 10 de Febrero de 2000. Exp. 11878, M.P: Dr. Alíer Hernando Hernández Enríquez

En este orden de ideas, la carga dinámica de la prueba le impone al juez determinar en cada caso concreto cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Sin embargo, las bondades equitativas en cuanto a la distribución del deber probatorio de esta teoría pronto empezarían a flaquear, toda vez que su aplicación práctica traía más problemas que soluciones, “pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.”⁹⁰

No obstante el fin noble que persigue esta teoría, me uno a la crítica que al respecto hace el tratadista JORGE SUESCUN MELO en el sentido de que la presunción de falla equivalente a presunción de culpa deviene en inocua por cuanto la misma Teoría de la Carga dinámica de la Prueba impide, o al menos no es suficiente, para generar presunciones de causalidad, que es el elemento de más difícil acreditación en el ámbito asistencial médico. Dice al respecto el referido tratadista:

⁹⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 31 de Agosto de 2006. Exp. 15772. MP: Dra. Ruth Stella Correa Palacios

“Para superar los aludidos problemas probatorios, la Justicia Contencioso Administrativa ha dado aplicación a la Teoría de la Carga Dinámica Probatoria, la que permite al juez deducir presunciones de hombre, mediante las cuales impone al personal médico ciertos deberes demostrativos cuando éste está en mejores condiciones de acreditar un hecho con el propósito de probar diligencia o cuidado o la inexistencia de error de conducta. Esto equivale al establecimiento de presunciones de culpa. Sin embargo la misma jurisprudencia señala que la Teoría de la Carga Dinámica Probatoria no es suficiente para crear presunciones de causalidad, de manera que la víctima deberá acreditar este elemento, con lo cual se le arrebatada toda utilidad práctica a la presunción de culpa”⁹¹

Por su parte el tratadista español DOMÍNGUEZ LUELMO pone reparos a la aplicación de la carga dinámica de la prueba en consonancia con la jurisprudencia contenciosa colombiana diciendo que: “el problema que puede plantear esta teoría es que se puede hacer preciso esperar a la sentencia para saber cuál de las partes debía provocar cada extremo, pues es en la resolución judicial (en su argumentación y fundamentación) donde se efectúa este pronunciamiento.”⁹² No obstante lo dicho, el citado autor se permite aclarar que “las partes tienen que ser conscientes de que si no se realiza un esfuerzo probatorio adecuado a tal regla dinámica, si no desarrollan una actitud probatoria diligente, serán sancionados con un fallo desfavorable.”⁹³ De otro lado, y como bien se afirma en la

⁹¹ Op. Cit., pág. 375

⁹² DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Op.Cit.*, P. 118

⁹³ *Ibíd.*, p. 118

sentencia del 31 de Agosto de 2006⁹⁴, “los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.”

1.2.4. Nueva posición jurisprudencial. ¿Regreso a la falla probada?.

El 31 de Agosto de 2006 la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Honorable Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, profiere una providencia que da inicio a una nueva temporada de sentencias que abogan por el especial deber probatorio que le incumbe al demandante tendiente a acreditar los elementos estructurantes de la responsabilidad patrimonial del estado. Hasta aquí todo parece indicar que se volvía a la noción clásica de la carga de la prueba de la primera etapa ya comentada y en virtud de la cual es el demandante quien tiene el deber jurídico de acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, esta nueva concepción también hace especial esfuerzo en aplicar las teorías novedosas que permiten aligerar la prueba de los elementos estructurantes de responsabilidad, en particular el nexo causal cuando no exista prueba directa del mismo o sea muy difícil su obtención.

⁹⁴ Exp: 15772.

Pues bien, la sentencia en comento demerita las bondades de la presunción de falla y pregonera por el regreso de la falla probada sin que por ello, al sentir del Consejo de Estado, se perjudique la posición del demandante toda vez que, así como se le exige que aporte la prueba de la falla también se está exhortando al fallador mayor acuciosidad en el juicio de valoración de las pruebas, dándole mayor campo de acción a las reglas de la experiencia, a la prueba circunstancial y a las deducciones de hombre que permitan⁹⁵ acreditar los elementos axiológicos de la responsabilidad patrimonial, especialmente en lo referente a la relación de causalidad.

Sea lo primero ver la argumentación del Consejo de Estado para dar por superada la teoría de la falla presunta, lo cual se hizo de la siguiente manera:

“La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente. La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones

⁹⁵ Sobre este punto DE ANGEL YAGÜEZ afirma que se busca “aliviar la pesada carga probatoria del paciente no siendo ya necesaria una prueba acabada o de culpa en el actuar del médico, sino deduciéndose esta de determinados hechos que prima facie permiten presumirla según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica. Es la técnica deductiva que permite concluir que hubo negligencia en el médico porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado”. Op. Cit., pág. 72

públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

“En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio.”

Veamos ahora las soluciones aportadas por la providencia de marras a la eventual asimetría o desventaja probatoria en que se encontraría el demandante. Dice la precitada sentencia:

“La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

“En materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio, valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente⁹⁶, daños a partes del cuerpo del paciente cercanas al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica”(Subrayas fuera de texto).

Como era de esperarse la sentencia también hace referencia a la prueba del vínculo causal, prohiendo la teoría de la probabilidad preponderante de la siguiente manera:

“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, 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 prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”⁹⁷, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a

⁹⁶ Lo que la doctrina denomina como óbito quirúrgico y que considera que en la generalidad de los casos sólo puede explicarse por negligencia del médico o su equipo.

⁹⁷ Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

‘un grado suficiente de probabilidad’⁹⁸’, que permita tenerlo por establecido.

“De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios⁹⁹.

Teóricamente el “regreso” a la falla probada implicaría generar una responsabilidad basado en el aporte de una prueba acabada y fehaciente de la culpa estatal por parte del paciente demandante, pero dado la multiplicidad de teorías presuntivas que la jurisprudencia en comento da margen de acción, no es atrevido afirmar que en realidad lo que viene a cuento no es tanto que el demandante pruebe, sino que quede acreditado en el proceso, bien como ya lo dijimos, mediante el aporte de una prueba directa por parte del demandante, o bien por vía circunstancial derivada del razonamiento integral y lógico que conforme a las reglas de la experiencia deberá hacer el juez en su momento.

⁹⁸ *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejia sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

⁹⁹ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

A renglón seguido, la sentencia en comento llama a no desalentarnos por el regreso al régimen de falla probada:

“El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse una actitud retrograda. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundada en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes.”

A todas estas, me parece pertinente la crítica hecha por el profesor SUESCUN MELO a la arrogación jurisprudencial en materia de distribución de carga probatoria, especialmente en el establecimiento de presunciones toda vez que las distintas tendencias reseñadas independientemente de si comportan un aligeramiento probatorio para el paciente o si, por el contrario, dispensan un alivio para el médico demandado, éstas deben ser fruto de una política legislativa en virtud de la cual se imponga vía legal el correspondiente régimen probatorio, evitando de esta manera la ambivalencia y ausencia de consistencia jurisprudencial en el tema de imputación por acto médico defectuoso del estado. Ha dicho el tratadista mencionado sobre este punto:

“La mencionada tendencia protectora del paciente, desarrollada de manera laudable por la jurisprudencia, debería ser materia de política legislativa, encaminada a introducir este nuevo régimen en el ordenamiento positivo. Pero entretanto ha de decirse que la regla de asignar la carga de la prueba de un

hecho a aquel a quien le resulte más fácil acreditarlo desconoce claras disposiciones vigentes sobre la materia, en particular el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, según la cual las presunciones deben ser establecidas por la ley y el 1757 del Código Civil a cuyo tenor incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquella o ésta”¹⁰⁰.

2. Teorías o reglas de prueba que permiten aligerar la prueba de la falla o culpa médica.

2.1. Regla Res ipsa loquitur

La regla de la *res ipsa loquitur*, que traduce *la cosa habla por sí misma*, es explicada por el tratadista español CALIXTO DÍAZ REGAÑÓN diciendo que es “el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Procede de los ordenamientos de *common law* donde cada día tiene mayor aceptación; el demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido y la imputación del mismo a una entidad de derecho público; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de la culpa. A modo de ejemplo, no será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente”¹⁰¹. En esta definición el tratadista citado considera la *res ipsa loquitur* como una forma de prueba circunstancial en donde el demandante prescinde de probar la culpa del demandado pero con la carga de probar el

¹⁰⁰ SUESCUN MELO, Jorge. Op.Cit., pág. 377.

¹⁰¹ Citado en la sentencia del Consejo de Estado de 19 de Agosto de 2009, pág. 22

daño anormal y la imputación a la entidad demandada. Este mismo autor citado por PARRA GUZMÁN también dice lo siguiente:

“El principio *res ipsa loquitur*, según LOUISELL y WILLIAMS, es meramente el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Solamente con esta definición se augura el carácter que aquí se va a conceder a esta figura, que no es otro que el de una simple presunción judicial de culpa en un supuesto concreto; presunción, si acaso, dotada de una mayor evidencia y verosimilitud que otros supuestos donde también incide el mecanismo presuntivo; o tal vez se trate de casos en que de forma explícita se recurre a un mecanismo hasta el momento aplicado sólo implícitamente, como ha ocurrido y ocurre con la presunción judicial de culpa”¹⁰²

La precitada reflexión del profesor CALIXTO DIAZ constituye un ejemplo de las posturas que buscan darle a la *res ipsa loquitur* una naturaleza de prueba circunstancial con sabor a presunción. Según lo dicho, todo pareciera indicar que la mayoría de la doctrina española considera que la regla *res ipsa loquitur* viene a constituir una excepción a la regla general de la prueba de la culpa y nexo causal, por cuanto comporta una presunción en virtud de la cual se permite deducir, de un hecho probado y evidente (daño anormal), la existencia de culpa. Siguiendo este orden de razonamiento, el tratadista LLAMAS POMBO afirma : “hay una evidencia circunstancial (que no requiere el dictamen de un experto) que permite inferir, no sólo la causalidad, sino también la culpa: se amputa la pierna equivocada, se opera de fimosis en lugar de

¹⁰² Op.Cit. pág 89.

amigdalitis, se olvida gasa o pinzas en la zona equivocada, el odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, en lugar del apéndice se corta otra parte del intestino.”¹⁰³ Para este mismo autor los requisitos que se deben dar para la aplicación de esta máxima probatoria son los siguientes:

1. El hecho evidente o probado debe encontrarse entre los que normalmente no ocurren sin negligencia. La *mera rareza o anormalidad* del resultado no es suficiente, a diferencia de lo que sucede con la <<culpa virtual>>.
2. Este hecho no se trata sólo del resultado adverso: la negligencia debe aparecer como causa más probable; o mejor aún: como la *única posible*.
3. El profesional al que se le imputa la responsabilidad debe tener *el control del paciente y del instrumental*. Si no hay posibilidad de control no hay culpa (o más bien relación de causalidad).
4. No debe haber contribución causal o culposa por parte del paciente o de un tercero.

De manera similar el tratadista CALIXTO DÍAZ citado por PARRA GUZMÁN nos enseña los requisitos que debe cumplir la regla de la *res ipsa loquitur* en el ámbito de la responsabilidad civil médica son:

- “a) Que estemos frente a un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino con una conducta negligente de alguien.

¹⁰³LLAMAS POMBO., <<Responsabilidad médica...>> Citado por DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (comentarios a la Ley 41/2002)*. Madrid:..... p. 104

“b) Que ese evento dañoso venga originado por cualquier cosa (instrumento, dependiente, etc.) que entre en la esfera de disponibilidad y control del demandado aunque no se conozca el modo.

“c) Por último, que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la misma víctima”¹⁰⁴

Ahora bien, una vez esbozado los requisitos necesarios para la aplicación de la *res ipsa loquitur*, es pertinente analizar su naturaleza jurídica. Al respecto, tratadista como DÍEZ-PICAZO afirman que la *res ipsa loquitur* viene a constituir ya no un simple método de valoración de la negligencia sino una auténtica regla de prueba “o si se prefiere, una regla de utilización de presunciones. Es se ha dicho, una irrefutable presunción o deducción de que el demandado ha sido negligente, que deriva de la prueba de que los instrumentos o medios que causaron la lesión se encontraban bajo el control exclusivo del demandado y de que el accidente pertenecía al tipo de los que ordinariamente no ocurre sin negligencia. La negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las características y circunstancias del mismo si ello conduce razonablemente a creer que sin negligencia no habría ocurrido y que las cosas con las que se causó eran manejadas y se encontraban bajo control del demandado”.

Nuestra jurisprudencia contencioso administrativa ha aplicado esta regla de prueba en los asuntos de oblito quirúrgico y actos gineco obstétricos, particularmente en casos en los

¹⁰⁴ PARRA GUZMÁN., Op.Cit. pág 90.

que, durante el parto, se causan daños tanto a la madre como a la criatura que nace, o en los eventos quirúrgicos donde se dejan compresas o elementos de cirugía en el cuerpo del paciente causándole grave daño fisiológico o la muerte.

Es así como en Sentencia del 2 de Noviembre de 1992 vemos que a raíz de una colostomía practicada en el Instituto de Seguros Sociales el cirujano dejó dentro del cuerpo de la demandante una aguja de cirugía, lo que le produjo agudas y dolorosas molestias desde la susodicha operación. En esta sentencia aunque no se hace mención expresa a la regla *res ipsa loquitur* para efectos de acreditar la negligencia médica que sustenta la falla de la administración, el fundamento que se usa es el correspondiente a la regla de prueba que se estudia, pues “El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, por que esa situación no puede obedecer si no al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde.” (se subraya)

Por su parte en la sentencia de 19 de Agosto de 2009 el consejo de Estado falla un asunto médico obstétrico sustentando el fallo en la *res ipsa loquitur*. Se trató el caso de una mujer embarazada quien es sometida a un cesárea de urgencia motivado por un diagnóstico erróneo de “feto en posición transversa en franco trabajo de parto” cuando en realidad se trataba de un embarazo múltiple (trillizas) de 6 meses de gestación. La cesárea ocasiona la muerte de las tres niñas por cuanto su nacimiento fue muy prematuro. El diagnóstico erróneo estuvo sustentado en una serie de conductas omisivas por parte de los médicos tratantes como no practicarle ecografía a la paciente, ni tampoco hacer el

monitoreo de ritmo cardiaco fetal indicado para esos casos y teniendo la clínica Rafael Uribe Uribe del Seguro Social los medios para hacerlo. El Consejo de Estado considera que la cesárea prematura que ocasionó la muerte de las niñas se puede considerar como un daño antijurídico de una magnitud y anormalidad tal que sólo puede generarse o explicarse por una conducta claramente culposa del demandado atendiendo a la sana lógica y las reglas de la experiencia¹⁰⁵. Dijo allí el Consejo de Estado: “En esa perspectiva, en el *sub examine*, **se presentó un evento de *res ipsa loquitur***, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término.

“La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transverso, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un

¹⁰⁵ Por su parte, la doctrina española citada en la sentencia en comento destaca “la pertinencia de la aplicación de la teoría del daño desproporcionado (*res ipsa loquitur*), para juzgar eventos de responsabilidad médica en los que el resultado esperado deviene anormal frente a las normas generales trazadas por la *lex artis*”.

yerro flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante. Como se aprecia, la única forma de explicar la generación del daño está radicada en la culpa o negligencia de la entidad demandada, por cuanto, según se desprende del acervo probatorio, dada la congestión de la Clínica Rafael Uribe Uribe en la sala de partos, se generó un diagnóstico y orden médica por completo errados, que fueron el factor determinante en la producción de la muerte de las tres bebés Echeverry Giraldo.”

La sentencia precitada no sólo es contundente en la aplicación de la *res ipsa loquitur* sino que trae una postura iusfilosófica novedosa, por así decirlo, respecto a la naturaleza de este medio probatorio: no le da un tratamiento de presunción de la culpa (falla del servicio) y nexo causal del demandado con la consecuente inversión de la carga probatoria como lo pretenden los autores españoles citados¹⁰⁶, sino que la acoge como un medio de prueba circunstancial a secas, que acredita un hecho desconocido cual sería la negligencia y la relación causal a partir de un hecho probado o conocido (daño desproporcionado) haciendo de esta manera “que aparezca demostrada de forma palmaria la imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica (falla del servicio)”¹⁰⁷. La falla del servicio y el vínculo causal no quedan “presumidos” sino “inferidos” y probados a cabalidad en virtud de ese daño desproporcionado, que en sí mismo considerado constituye una evidencia que acredita de manera categórica la existencia tanto de una negligencia¹⁰⁸ como del *iter* causal, como quiera que “el daño antijurídico reviste tal

¹⁰⁶ Cfr. FERNANDEZ DE SEVILLA, Miguel. Consultoría Normativa. En: MEDICAL ECONOMICS. Edición Española. 14 de Octubre de 2005, p. 23

¹⁰⁷ Sentencia de 19 de Agosto de 2009, *Cit.*, p. 26

¹⁰⁸ Sobre este punto la sentencia de 19 de Agosto de 2009 dice: “Como se aprecia, en los eventos de *res ipsa loquitur* de la verificación y análisis del daño, considerado en sí mismo, se desprende una evidencia circunstancial que hace que aparezca demostrada de forma palmaria la imputación fáctica (nexo causal) y la jurídica (falla del servicio).”

magnitud o dimensión que es evidente la atribución del perjuicio en cabeza de la entidad demandada, ya que el yerro médico se explica por sí solo sin que se requiera de un análisis específico para derivar su acreditación”¹⁰⁹. Este tratamiento jurídico de no presunción de falla supone que no opere una inversión automática de la carga de la prueba “para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste, puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.”¹¹⁰

En este orden de ideas para el Consejo de Estado “la regla *res ipsa loquitur* (*falla virtual* o *prima facie*) no funciona como una presunción judicial o de hombre, por cuanto no se trata de una inversión de la carga probatoria; el citado sistema opera en aquellos eventos

¹⁰⁹ Sentencia 19 de Agosto de 2009, *Cit.*

¹¹⁰ Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

en los que la elocuencia de los hechos releva al juez de un análisis de recorrido causal y de falla del servicio, dada la connotación del daño antijurídico”¹¹¹.

Hay que tomar con especial recelo las afirmaciones jurisprudenciales citadas en donde se comete, a mi juicio, la imprecisión técnica de permitir a la entidad demandada contraprobar lo ya probado por el actor mediante indicios y en aplicación de la teoría del daño desproporcionado, imprecisión técnica que es reafirmada en la sentencia en comento cuando se dice que: “No significa lo anterior que la parte demandada no pueda desvirtuar esa prueba evidente –aunque será de sumo exigente esa demostración–, bien destruyendo la presunción de culpa que este tipo de sistemas lleva aparejado o acreditando la existencia de una causa extraña que resquebraje el análisis de imputación”. Pues en estricto sentido y conforme a la lógica y técnica jurídica lo que puede “contraprobar” el demandado en estos eventos de *res ipsa loquitur* no es la ausencia de culpa sino una causa extraña que rompa la imputación y la mejor manera de hacerlo es demostrando, como lo aconseja MIGUEL FERNÁNDEZ DE SEVILLA, que la causa ha estado fuera de la esfera de acción del demandado¹¹².

Y en mas reciente sentencia de 23 de Junio de 2010¹¹³, en un caso de una mujer a quien le practicaron salpingooforectomía derecha (cirugía para extirpar el ovario y la trompa de Falopio del lado derecho del cuerpo) y en la que le dejaron una compresa en su cavidad abdominal, la cual fue extraída posteriormente mediante el procedimiento quirúrgico de

¹¹¹ Sentencia de 19 de Agosto de 2009. *Cit.*, p. 25

¹¹² FERNANDEZ DE SEVILLA, Miguel. Consultoría Normativa. *Cit.*, p. 23

¹¹³ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 23 de Junio de 2010, exp:18348. M.P: Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.

laparotomía. De nuevo el Consejo de Estado considera esta circunstancia “como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos”. Vemos en consonancia con sentencias anteriores sobre el tema que nos ocupa, que no opera la presunción de falla sino que ésta se tiene por acreditada dada la gravedad y anormalidad del daño causado ya que no es normal dejar compresas o material quirúrgico dentro del organismo del paciente de manera que estas conductas negligentes de olvido de material quirúrgico son consideradas en sí mismas una falla grave e irrefutable en la prestación del servicio médico.

No está de más llamar la atención en la manera incoherente como el Consejo de Estado ha desarrollado esta regla probatoria, siendo en unas sentencias generadora de presunción de falla con la consecuente inversión de la carga probatorio; en otras providencias la *res ipsa loquitur* no genera una presunción sino un indicio de falla que se infiere de la anormalidad del daño causado para finalmente estatuir que dicha regla probatorio lo que hace es acreditar de manera fehaciente la falla el nexo causal, teniendo el demandado la posibilidad de exonerarse probando únicamente una causa extraña mas no la prueba de diligencia y cuidado.

2.2. Culpa Virtual.

Esta es otra de las teorías desarrolladas por la jurisprudencia francesa tendientes a un alivio en la carga probatoria de la culpa médica mediante el establecimiento de presunciones a favor del accionante. Esta teoría tiene como punto de partida la

“anormalidad de un resultado” que conlleva a presumir la culpa en cabeza de quien desplegó la conducta que eventualmente causó dicho resultado desproporcionado.

El profesor RICARDO DE ÁNGEL YAGUEZ, respecto a este tipo de presunción asevera:

“ Se ha formulado este concepto al amparo de la siguiente reflexión: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba que podría considerarse <<elíptico>>, conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

“Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente.

“Recientemente se ha formulado esta <<teoría de la culpa virtual>> diciendo que en su virtud el juez considera que *no es posible que no se haya incurrido en culpa*; no funda su decisión sobre una presunción (conclusión derivada de un hecho conocido que lleva a otro desconocido), sino que lo hace sobre un razonamiento *a contrario*: si no se hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa.

“En otras palabras, se tiende a aliviar la pesada carga probatoria del cliente, no siendo ya necesaria una prueba acabada o completa de culpa en el actuar del médico; sino deduciéndose ésta de determinados hechos que *prima facie*

permiten presumirla según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica. Es la técnica deductiva que permite concluir que hubo negligencia en el médico *porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado*”.

Por su parte, el profesor CALIXTO DÍAZ REGAÑÓN da su concepto doctrinal sobre la culpa virtual de la siguiente manera:

“Algún sector de la doctrina se ha referido a la *faute virtuelle* como un mecanismo utilizado a menudo por los magistrados para deducir la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y el daño. Desde esta perspectiva, los problemas no estarían en la constatación del nexo causal, sino en la afirmación de la culpa mediante presunción de hecho a partir de aquél. Este, precisamente, es el argumento propuesto por PENNEAU para rechazar la figura de la *faute virtuelle* . Dice que con este razonamiento <se confunde entonces culpa y causalidad, que son sin embargo dos condiciones distintas de la responsabilidad>”

En igual sentido, la jurisprudencia española de 2 de Diciembre de 1996 citado por el tratadista MARIANO YZQUERDO nos dice que: “aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados,

según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.”¹¹⁴

Por su parte, son especialmente ilustrativas las palabras de DOMÍNGUEZ LUELMO en cuanto a la similitud y diferencias que guarda esta figura con la ya estudiada *res ipsa loquitur*. Dice el mencionado autor:

“El criterio de la culpa virtual es similar a los anteriores. Se limita a *deducir la negligencia de la anormalidad del resultado*. De alguna manera es similar a la regla *res ipsa loquitur*, lo que ocurre es que en numerosas ocasiones en las decisiones jurisprudenciales se mezcla o confunde la culpa con la relación de causalidad. En realidad, con arreglo a este criterio se deduce la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y su anómalo resultado, o sea, el daño”¹¹⁵

Por su parte, el tratadista TAMAYO JARAMILLO hace una reflexión sobre las distintas maneras como la doctrina concibe la culpa virtual: para unos como SAVATIER, BUERES, LAMBERT FAIVRE o el citado DE ANGEL YAGÜEZ es una culpa presunta, lo cual en su sentir contradeciría la noción según la cual la culpa médica debe ser probada por el paciente. Conforme a lo dicho el tratadista TAMAYO considera que la culpa virtual no se corresponde con una presunción, sino que se está frente a una

¹¹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Maryano. “La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos). *En*. Congreso Constituyente de la Sociedad Española de abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros. Pág. 186.

¹¹⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la ley 41/2002)*, Editorial Lex Nova, 2da Edición, 2007, p. 114

prueba por indicio y de aplicación excepcional. Lo anterior es sustentado de la siguiente manera:

“En efecto, para que haya una presunción de culpa es necesario, pero suficiente, establecer que el demandado le causó un daño al demandante, sin necesidad de establecer los hechos que rodearon la producción del daño. Producido este último, se presume que fue por culpa del demandado. En cambio, en la culpa virtual al demandante le toca establecer una serie de hechos y circunstancias que rodearon el daño, para llevarle al juez la íntima convicción de que el demandado actuó culposamente, así no se pueda establecer en forma totalmente clara ese comportamiento culposo.

[...]

“Ahora, ha de quedar claro que el concepto de culpa virtual se aplica por vía excepcional, justamente para poder mantener el principio general de la culpa probada. Por lo tanto, ese criterio jamás podrá aplicarse con la sola prueba del daño y del nexo de causalidad. Se exige demostrar las circunstancias que rodearon el hecho dañino. Por eso nosotros consideramos que se trata de una culpa probada, criterio que comparten algunos autores, aunque estos hablen de culpa presunta o de culpa probada por presunciones”¹¹⁶.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial es la jurisprudencia española especialmente entusiasta en aplicar esta regla de prueba, entre cuyas sentencias podemos traer a

¹¹⁶ TAMAYO JARAMILLO, *Sobre la prueba de la culpa médica*. Medellín: Diké, 2003, p. 64-65

colación la del STS (Sala de lo Civil) de 13 de Diciembre de 1997 en donde se lee: “Se trata en el presente caso de una obligación de actividad en que se ha probado que el codemandado anestesista ha ocasionado un daño, *desproporcionado* con aquella actividad, del que se desprende la culpabilidad del autor, tal como ha expuesto como acreditado la sentencia de instancia”¹¹⁷

Posteriormente en sentencia STS (Sala de lo civil) de 30 de Enero de 2003¹¹⁸ el Tribunal Supremo Español se deja entrever que la culpa virtual es una regla de prueba similar, sino igual a la *res ipsa loquitur*. Dice la citada sentencia que “ (...) el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por si misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Ainscheinsbeweis* (aparición de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”

En el ordenamiento jurídico Colombiano la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado la culpa virtual asemejándola a la regla *res ipsa loquitur*, deduciendo la culpa allí donde se ha producido un resultado dañoso desproporcionado. Las sentencias analizadas en el acápite de la *res ipsa loquitur* aplican para la culpa virtual en cuanto se

¹¹⁷ Citada por DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la ley 41/2002)*, Editorial Lex Nova, 2da Edición, 2007, p. 115 (notal al pie).

¹¹⁸ Citada por DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la ley 41/2002)*, Op Cit., p. 117

tratan, en nuestro ordenamiento jurídico, como figuras de idéntico contenido y alcance jurídico.

B. EL NEXO CAUSAL E IMPUTABILIDAD

1. La Relación de Causalidad entre la falla del servicio y el daño. Noción. Teorías que explican la relación causal. Prueba indiciaria del nexo causal. Probabilidad preponderante o causalidad por probabilidad.

1.1. Noción de Nexo Causal.

En sentido amplio podemos afirmar que el vínculo causal refiere a la relación que existe entre una acción y su resultado natural. Conforme lo dice el Consejo de Estado, esta idea básica “se asocia con los competentes de anterioridad y necesidad, los cuales al confluir se traducen en que una cosa ocurre después de otra, de suerte que sin la primera la segunda no podría haber sucedido, o lo que es lo mismo, al remover la primera la segunda desaparecería.”¹¹⁹ Esto quiere decir que “el problema en la relación de causalidad, surge a partir de la permisa lógica de que no está llamado a resarcir un daño aquel que no ha contribuido a su realización, de manera que siempre debe existir un ligamen entre el daño causado y el hecho que se atribuye a quien debe responder. Esa relación necesaria se ha denominado nexo causal y se ubica como un elemento imprescindible que debe ser acreditado en todos los casos para efectos de estructurar la responsabilidad, sin importar la noción jurídica a través de la cual se pretenda

¹¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 18078. M.P: Dra. Gladys Agudelo Ordoñez

constituirla, es decir, el nexo causal requiere ser acreditado tanto en los regímenes de responsabilidad objetiva como en el de responsabilidad subjetiva.”¹²⁰

Por su parte el tratadista RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ nos enseña al respecto que “cuando hablamos de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad, queremos decir que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso. Dicho en otros términos, entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir una relación de causa a efecto”¹²¹.

Veamos ahora las teorías que pretenden explicar este elemento estructurante de responsabilidad habida cuenta de la pluralidad de condiciones que pueden incidir en la causación de un daño.

1.2. Teorías que explican la causalidad.

El motivo por el cual la doctrina jurídica ha dedicado esfuerzo en edificar las teorías que se estudiarán a continuación se fundamenta en la necesidad de buscar respuestas al problema referente a la estructuración del nexo causal que surge a partir de la existencia de distintas condiciones que preceden a la producción del daño, de manera que se dificulta establecer cuál o cuáles constituyeron la causa del fenómeno o cuáles de las concausas han contribuido realmente a la realización del daño para efectos de atribuir,

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad Civil por Actos Médicos. Problemas de prueba*. Madrid: Editorial Civitas, 1999, pág. 109

dentro del plano naturalístico, la imputación material de un hecho dañoso a una conducta determinada generadora de la causa o las concausas determinantes de un daño¹²².

1.2.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*.

Esta teoría, atribuida a Von Buri y a Von Lizst, parte de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones y que todas las condiciones o concausas tienen el mismo valor para la realización del daño, de manera que la teoría se apoya en la idea según la cual al desaparecer una de las condiciones que dentro del marco de la teoría constituyen concausas no se produciría el daño – esfera negativa-, y a su turno bajo la premisa de que el resultado dañoso es la consecuencia de todas las concausas tanto en conjunto como por cada una de las condiciones aisladamente consideradas –aspecto positivo-, de suerte que cada una de las causas es causa de que las siguientes causen el resultado (*Causa causae est causa causati*). Posteriormente, el concepto se morigeró para reconocer que algunas concausas no eran jurídicamente relevantes para la producción del daño, incluso se planteó que las concausas podrían pertenecer a esferas positivas o negativas, desde el punto de vista del resultado, de hecho, podría pensarse que algunas concausas impiden que el daño sea mayor – esfera negativa-.”¹²³

Por su parte PETER H. SCHUCK explica la causalidad *sine qua non* así: “Generalmente se entiende que la causa *sine qua non* requiere una acción u omisión, que es a la vez una condición necesaria, junto con otras condiciones, y también una condición suficiente del daño. Esta definición es adecuada para establecer la causa en casi todos los casos, pero no

¹²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp. 18078. M.P: Gladys Agudelo Ordoñez.

¹²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 18078.

en todos los casos sin excepción. En principio, la causa entendida como *sine qua non* (cause in fact) contiene una porción esencial de causalidad verificable no dependiente de los propósitos del observador. Richard Wright, siguiendo los tratados filosóficos de la causalidad ha definido el punto central de la causa entendida como *sine qua non* en términos de un test de causalidad: una condición para ser considerada como la causa *sine qua non*, tiene que haber sido un elemento necesario del conjunto de condiciones antecedentes reales, suficientes para tal consecuencia (test <<Ness>>)”¹²⁴

Importante resaltar que esta teoría “no llama ‘condición’ a cualquier hecho, sino sólo a aquellos sin los cuales el resultado no se hubiese producido. De esta manera para saber si un hecho es ‘condición’, se lo elimina mentalmente y, si el resultado no se produce, el hecho es ‘condición del resultado’.”¹²⁵.

“El hecho de que todas las condiciones sean esenciales para el resultado, y de que todas ellas tengan el mismo valor (equivalentes), hace que esta teoría sostenga que, cualquiera de esas condiciones, es ‘causa’ (condición y causa, son considerados sinónimos); y por tanto, para que al demandado pueda imputársele un resultado, basta que él haya hecho o puesto alguna de esas ‘condiciones sine qua non’. En síntesis: si un resultado se produce

¹²⁴ SHUCK, PETER H. “Dos cuestiones causales: Daños masivos y causas sociales”. En ROSENKRANTZ, Carlos F. (Comp.) *La responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos. Barcelona:Gedisa, 2005, p. 178. El “test Ness” es un acrónimo de Necessary Element of a Sufficent Set (Elemento necesario de un conjunto suficiente).

¹²⁵ Análisis sacado de *Teoría de la equivalencia de las condiciones o ‘conditio sine qua non’*, en la página web:
http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/penal/Teoria_de_la_equivalencia_de_condiciones.htm

por varias 'condiciones', basta que el sujeto haya puesto una de ellas, para que se considere que, su acción, es 'causa' del resultado, y por tanto, que él es el autor"¹²⁶.

En este orden de ideas podemos concluir conforme lo anota DE CUPIS, que las bases de esta teoría se fundamentan en que "Todas las condiciones son a la vez necesarias y esenciales para producir el efecto, y ninguna de ellas puede separarse de las otras sin que repercuta sobre el efecto en sí, que no puede dividirse entre las varias condiciones, ni afirmarse que una condición ha causado, valga decir, 3/5 del efecto y otra sólo 2/5; al faltar una de ellas, falta también el efecto íntegro. Las condiciones son por tanto equivalentes entre sí, entre ellas el derecho no elige una determinada para considerarla como causa del efecto dañoso."¹²⁷

En la esfera de lo jurisprudencial, el Consejo de Estado da por superada esta teoría en los casos de responsabilidad médica del Estado. De esto puede dar cuenta el siguiente aparte:

"La Sala debe precisar que como lo sostiene la doctrina, que en atención al accidente sufrido por el señor Varón Pérez la valoración y examen inicial del paciente se hizo conforme a los medios que ordinariamente los profesionales médicos practican en este tipo de eventos, previo a elegir un tratamiento si este se hubiera juzgado necesario. Plantear otra cuestión supone abrir la posibilidad a considerar un curso causal hipotético

¹²⁶ Análisis tomado de *Teoría de la equivalencia de las condiciones o 'conditio sine qua non'* en la página web:

http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/penal/Teoria_de_la_equivalencia_de_condiciones.htm

¹²⁷ DE CUPIS, Adriano. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1975. Pág. 256. Citado por SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Volumen 3. Pontificia Universidad Javeriana, p. 36.

indefinido, propio a un régimen de equivalencia de condiciones que ha sido superado en la jurisprudencia de la Sala.”¹²⁸ (Subrayas son mías)

1.2.2. Teoría de la causa próxima.

Conforme lo explica el tratadista GUIDO CALABRESI tenemos que el “origen de la expresión causa próxima generalmente se atribuye a Francis Bacon, quien en *The elements of the Common Laws of England* (I) 1963 afirmó: “ In jure non remota cause sed proxima causa expctator” [En el derecho es la causa próxima y no la reota la que interesa]. En el derecho anglosajón el análisis de la proximidad causal se realiza una vez que se ha acreditado que existe una secuencia de eventos que vincula la acción de A y el daño de B. El objetivo del análisis de la proximidad causal es determinar si la vinculación entre la acción de A y el el daño de B es suficientemente estrecha como para asignar a A responsabilidad por el daño. El análisis de la proximidad causal presupone que hay una sólo causa del daño y que ella es la más cercana al resultado. El análisis de la proximidad causal es similar al análisis de la inmediatez causal que se realiza en los países influidos por el Código Civil Francés de 1807”¹²⁹.

Por su parte el Consejo de Estado ha explicado la noción y alcance en nuestro sistema jurídico así: “Otra de las teorías que han sido expuestas es la de la causa próxima, que grosso modo, consiste en que de todas las condiciones que intervienen en la producción

¹²⁸ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp: 18948. M.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹²⁹ CALABRESI, Guido. *Acerca de la causa y el derecho de la responsabilidad extracontractual. Un ensayo en honor a Harry Kalven Jr.* En ROSENKRANTZ, Carlos F (Comp.) *La responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos. Barcelona:Gedisa, 2005, Notas, p. 168

del daño, existe una que es la más relevante para que erija en causa del mismo y es la que antecede inmediatamente a la producción del daño. Como es de suponer la teoría no puede tener acogida en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo porque es completamente contraria a lo dispuesto por el artículo 2344 de C.C., sino porque podría conllevar a enormes desatinos. Por vía de ejemplo, a la luz de esta teoría se diría que cuando un vehículo golpea a otro que se encuentra detenido y éste a su vez arrolla a un peatón, el resultado dañoso es únicamente atribuible al propietario del vehículo estacionado, pese a que simplemente sirvió de instrumento para la producción del hecho dañino.”¹³⁰

1.2.3. Teoría de la Causalidad Adecuada.

La “causalidad adecuada” es la teoría causal que actualmente aplica tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción contenciosa administrativa y que se estructura partiendo del criterio de las *consecuencias adecuadas* expuesto por Von Kries. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de Marzo de 1993¹³¹ explicó que bajo el criterio de la causalidad adecuada “tan sólo puede estimarse efectos de una causa aquellos que según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal”. Se acude, pues, a las reglas naturales en virtud de las cuales, “analizadas en abstracto las circunstancias en que se produjo un daño, se determina en concreto cuál o cuáles de ellas, según el normal devenir de las cosas fueron causa eficiente del daño, descartando aquellas que sólo favorecieron la producción del resultado o que eliminaron un obstáculo para el mismo.”

¹³⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 18078.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de Marzo de 1993. G.J. T. CCXXII. No. 2461, p.264. Citada por SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Pontificia Universidad Javeriana, 2006, Tomo 3, p. 72

El Consejo de Estado en sentencia de 9 de Junio de 210 explica que esta teoría “parte de un supuesto similar al expuesto por la teoría de la equivalencia de las condiciones, en la medida en que las condiciones adquieren la connotación de causas, sin embargo preconiza que del conjunto de condiciones es posible llegar a establecer una de ellas que constituye la causa adecuada en la producción del daño, se trata de buscar en abstracto la probabilidad de que esa condición sea la causa concreta del daño, de manera que la condiciones se ubicarán en una escala, por decirlo, jerárquica, y la más relevante será la que se tome como productora del daño, por esa razón la determinación de la causa a la luz de esta teoría parte del supuesto de establecer en primer lugar las posibles condiciones que intervinieron en la producción del hecho dañino (saber ontológico) y en segundo lugar de la indagación generalizada acerca de qué causas han podido incidir en la producción del fenómeno (saber gnomológico) con apego a las leyes de la naturaleza, de suerte que sólo tendrá la virtualidad de constituir la causa aquella condición que ha sido conocida previamente por el agente productor del daño. Como se puede observar la noción de previsibilidad que informa esta teoría implica una intromisión en el elemento subjetivo de la responsabilidad, por esa razón, a juicio de la Sala la teoría de la causalidad adecuada no es posible aplicarla, en principio, en los regímenes objetivos de responsabilidad, pues para efectos de establecer cuál de las condiciones es causa adecuada en la producción del daño y cuáles de las condiciones eran conocidas por el agente se requiere indagar la esfera intrínseca del individuo al momento de ocurrencia del fenómeno, sin embargo, algunos doctrinantes con la finalidad de morigerar la noción subjetiva que edifica la teoría, trataron de reformular la tesis dejando de lado el plano del sujeto actuante para definir la probabilidad con base en supuestos objetivos, sin embargo,

a juicio de la Sala tal supuesto se traduce en trasladar el ingrediente, en principio objetivo, a la esfera subjetiva del juez para efectos de dilucidar qué es lo probable”¹³².

2. Reglas de prueba que permiten aligerar la carga probatoria del nexo causal en la Responsabilidad médica del Estado.

La relación de causalidad es el elemento estructurante de la responsabilidad que más dificultades plantea a la hora de su acreditación. El por qué de esta dificultad probatoria es explicada de manera diáfana por el Consejo de estado así: “La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio”¹³³.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un

¹³² Consejo de Estado. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 18078

¹³³ Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111. Citado como pie de página en la sentencia de 17 de Abril de 2011 transcrita.

experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.”¹³⁴

A continuación veremos las distintas maneras y reglas de prueba que el Consejo de Estado ha acogido como medios que permiten aligerar al demandante de la carga probatoria del nexo causal.

2.1. Prueba del Nexo causal por probabilidad.

Si bien conforme a las reglas clásicas de imputación de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de medio como lo son las que derivan del ejercicio de la actividad médica, y conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba del nexo causal así como de los restantes elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del estado corre a cargo del demandante, jurisprudencialmente se han venido decantando teorías que propenden por aliviar dicha carga probatoria habida cuenta la complejidad de su acreditación en situaciones donde la ciencia no permite conocer cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas¹³⁵.

Es así como el Consejo de Estado ha prolijado una tendencia proteccionista del paciente demandante precisando que en casos donde no existe certeza acerca de la existencia del vínculo causal entre la falla del servicio médico y el daño ocasionado, el

¹³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19846. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³⁵ *Ibidem*, pág. 111.

juez puede entrar a deducir la existencia de dicho nexo causal si encuentra una “alta probabilidad” de que la causa del daño hubiera sido la falla de la entidad demandada, con lo cual se aproxima al establecimiento de una presunción de vínculo causal¹³⁶. De igual manera, la jurisprudencia contenciosa administrativa enseña respecto de la prueba de la relación de causalidad cuando resulte imposible tener certeza de su existencia, tanto por la complejidad de los conocimientos científicos y técnicos involucrados, como por la carencia de pruebas, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, lo cual quiere decir que “la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”¹³⁷. Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que está comprometida la responsabilidad profesional, 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 prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, <<el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada>> cuando los elementos de juicio suministrados conducen a

¹³⁶ Sentencia de la Sección 3ª del Consejo de Estado del 3 de Mayo de 1999. Citado por SUESCUN MELO, Jorge. Op.Cit., pág 376.

¹³⁷ SUESCUN MELO, Jorge. Op.Cit., pág. 376.

*un grado suficiente de probabilidad(...)*¹³⁸ (subrayas fuera de texto y cursivas en texto original).

*“El juzgador puede hacer inferencias lógicas relativas a hechos debidamente probados concernientes a los atrás enunciados, de los cuales puede concluir el nexo de causalidad, cuando en la historia clínica no se anotó una causa eficiente, no proveniente del demandado, en la producción del hecho dañino - causa ajena - . Más cuando en la historia clínica, después del diagnóstico y de la realización, como en este caso de un TAC no se hizo constar que el paciente ingresó en estado de gravedad. Por consiguiente si el paciente se deteriora en manos de quien lo atiende y no se demuestra una causa extraña a éste, se infiere de forma indirecta el nexo de causalidad. Concluye por tanto la Sala, en otros términos, que si el I.S.S. hubiese agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el resultado curativo no se hubiere logrado, esa misma conducta evidenciaría la ausencia de falla. Por lo tanto ante la demostración, de una parte, de las indicadas omisiones y, de otra, del nexo causal ha de imputársele al I.S.S. el deceso del paciente”*¹³⁹

¹³⁸ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 3 de Mayo de 1999, exp: 11.169. M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹³⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 7 de Octubre de 1999. Exp. 12655. MP. María Elenga Giraldo Gómez

Es claro, entonces, que la acreditación del nexo causal por probabilidad busca morigerar la carga probatoria de la víctima en el plano de la causalidad en donde la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”. Al respecto el doctrinante DE ANGEL YAGÜEZ dice: “En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. “El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, *no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica*. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”¹⁴⁰.

La más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia acoge la postura del tratadista DE ANGEL YAGÜEZ y reitera que ese “grado de probabilidad” exigido en la prueba del nexo causal en casos donde no sea posible acreditar una prueba directa y exacta no riñe con la “certeza” en la existencia de dicho vínculo causal para efectos de

¹⁴⁰ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, pág. 42. Citado en Sentencia de 10 de Junio de 2004, exp. 25416. MP: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado por actos médicos. En efecto, en la sentencia de 11 de Abril de 2011¹⁴¹ se dijo: *“Aun cuando en lógica formal la idea de probabilidad parezca oponerse a la idea de certeza, resulta oportuno destacar que ello no es así en el derecho de daños, porque la causalidad de que se trata es la adecuada y, por lo mismo, la probable, de manera que si la probabilidad es alta, lleva a la certeza acerca del nexo causal y, por consiguiente, abre paso a la condena, siempre que además haya prueba de la falla y del daño”*¹⁴². Lo anterior, es el modo en que la llamada causalidad adecuada llega hasta sus más lejanas fronteras, en todo caso, sin invadir el mundo de la especulación:

*“Ni aún en el evento de que se hubiera probado una falla del servicio habría lugar a declarar la responsabilidad del Estado mientras el vínculo causal no hubiera sido establecido, al menos como probable”*¹⁴³. (Cursivas en texto original y subrayas fuera de texto)

Además de las sentencias precitadas, nuestra jurisprudencia contenciosa ha echado mano de esta teoría en diversos fallos como puede verse en la sentencia del Consejo de Estado Sección tercera del 3 de Mayo de 1999, expediente 11.169 con ponencia del magistrado Dr. Ricardo Hoyos Duque donde se falló el caso de una niña que quedó

¹⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 11 de Abril de 2011, exp: 19759. M.P: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴² Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 12655. Sentencia del 7 de octubre de 1999. M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. *“Se trata tanto de una regla de valoración y de razonamiento para el juzgador ante la falta de prueba de la falla, aunque no de los otros extremos (el daño y la relación causal adecuada), como de una regla dirigida a regular la conducta procesal de las partes”*.

¹⁴³ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 12843. Sentencia del 22 de marzo de 2001.

parapléjica luego de ser sometida a una biopsia lumbar cuya práctica no estaba indicada para el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama. Ante la gran dificultad de carácter científico y técnico de la víctima de acreditar el nexo causal entre la biopsia lumbar y la paraplejía ocasionada el honorable consejo de Estado estima que dada la imposibilidad de acreditar directamente el nexo causal entre la biopsia realizada y el estado de invalidez consecuente, y dada las particularidades del caso como el que la niña presentara buen estado de salud en general antes de la biopsia además de que los mismos médicos estimaron como probable el que la biopsia hubiera causado la paraplejía, hace preciso que el juez se contente con la probabilidad de su existencia. Dijo allí el Consejo de Estado:

“ En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad de mandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada.”. (Subrayas fuera de texto)

Analizando la sentencia transcrita el profesor PARRA GUZMÁN explica: “La afirmación de la falta de certeza indicaría, inicialmente, que no existe causalidad eficiente desde el punto de vista puramente material. Sin embargo, se colige la causa de razonar *prima facie* en el estado precedente (entró caminando) y el posterior (sale

parapléjica), para argumentar la imputación del resultado a la negligencia médica, es decir se afirmó, mediante la probabilidad, como causa próxima el actuar de la institución, así el resultado de la lesión (por su evolución) hubiere sido el mismo, -la paraplejía- la causalidad generada por la falla de la institución eclipsó las otras posibles causas. Poco a poco se construye una verdadera presunción de causalidad [...]”¹⁴⁴.

Vemos, entonces, que la magnitud y dimensión del término “probabilidad”¹⁴⁵ para efectos de determinar la causalidad de una consecuencia dañosa en el ámbito médico y cuya prueba se pretende para efectos de estructurar la responsabilidad médica, es por donde se le mire un ejercicio meramente intelectual del juzgador, máximo cuando ni la jurisprudencia ni la doctrina han sentado un patrón de medición de probabilidades, ni físico ni estadístico que permita al juzgador, de manera objetiva, fundamentar razones por las que se cree que determinado daño fue consecuencia de determinada acción u omisión. Es acá donde se exige especial prudencia y exigente ejercicio intelectual del juzgador a la hora de valorar las pruebas, sobre todo la pericial, para efectos de acreditar el nexo causal por virtud de esa fundada apariencia de verdad que supone el concepto de probabilidad preponderante.

2.2. La prueba del nexo causal por probabilidad no constituye una presunción de la causalidad.

¹⁴⁴ PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. *CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p.105

¹⁴⁵ La probabilidad es definida como “Verosimilitud o fundada apariencia de verdad. Calidad de probable (razón por la que se cree sucederá una cosa). Enciclopedia- Diccionario. Salvat Editores, Tomo 10, p. 2757

A pesar de que, como se vió, tratadistas como PARRA GUZMÁN consideran que la prueba por probabilidad viene a constituir una presunción de causalidad, en reciente jurisprudencia como lo es la sentencia del 11 de Abril de 2011 el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en los asuntos de responsabilidad médica del estado la prueba del nexo causal por probabilidad es una auténtica regla de prueba y, en consecuencia, no constituye una presunción de causalidad a favor del demandante como quiera que “aceptar esta tesis implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado, inclusive que el objetivo¹⁴⁶.”

“Así que no es cierto que en la responsabilidad médica opere una presunción de causalidad sino que, aun cuando al demandante le incumbe probar la existencia de dicha relación, el juez puede hallar certidumbre sobre ésta si hay un “*alto grado de probabilidad*” de que el acto médico –causa-, sea la razón determinante de la enfermedad, secuela o muerte –efecto-.”

Por consiguiente, debe la Sala reiterar lo que sobre este particular ha sostenido¹⁴⁷:

“(…) de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser probada siempre por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o

¹⁴⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 14696, sentencia del primero de julio de 2004. M.P.: Alíer Hernández Enríquez.

¹⁴⁷ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 13284. Sentencia del 22 de marzo de 2001 M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”.

Ahora bien, la diferencia entre “presunción de causalidad” – que no se aplica en estos casos – y “regla de prueba” – que sí se aplica -, no resulta inane toda vez que la primera, como presunción que es, puede ser desvirtuada por la parte contra la cual pesa, mientras que bajo la noción de regla de prueba se tiene que una vez verificado “el suficiente grado de probabilidad”, queda establecido y plenamente probado el nexo causal”¹⁴⁸.

(Subrayas y negritas fuera de texto original)

Con todo, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia más reciente ha precisado que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios¹⁴⁹.

2.3. La prueba indiciaria de la causalidad. El nexo de causalidad puede inferirse pero no puede presumirse.

Ya vimos cómo en no pocos casos el accionante encuentra francas limitaciones para probar la relación causal entre la falla del servicio médico y el evento adverso que le

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006); Expediente número: 15.283.

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15.276 y 15.332. Esta postura es reafirmada por la sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19846.

ocasionó un perjuicio cuyo resarcimiento se demanda. Es por esto que tanto la jurisprudencia española como la contenciosa colombiana han decantado posturas tendientes a aliviar de alguna manera la carga probatoria de dicho elemento vertebral en los juicios de imputación de responsabilidad patrimonial, bien sea apelando a la prueba por probabilidad preponderante o bien acudiendo a la valoración indiciaria de las circunstancias que rodearon la ejecución de la prestación médica cuestionada con el fin de inferir la mencionada relación causal. Pero tal ejercicio de inferencia que le es permitido al juzgador, no puede constituirse en patente de corso para llevar el asunto al espinoso tema de las presunciones, como quiera que entrar a presumir tan delicado elemento estructurante de responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad subjetiva que rige los asuntos de responsabilidad médica del estado echaría por tierra prístinos principios jurídicos, como aquél que preceptúa que “las presunciones solo pueden ser establecidas por el legislador”, y en la esfera legal supondría dejar en letra muerta el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en virtud del cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y, por lo tanto, corresponde a la parte actora probar los hechos por ella alegados¹⁵⁰.

En sentencia del Consejo de Estado del 18 de Febrero de 2010¹⁵¹ se ilustra la necesidad de que el nexo causal quede acreditado en el proceso sea por actividad probatoria del accionante o por inferencia del juez conforme a la valoración probatoria arrimada al expediente. El caso que se analiza trata de un paciente que luego de recibir tratamiento

¹⁵⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 18 de Febrero de 2010, expediente 17297. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁵¹ *Ibidem*.

médico de urgencias por fuerte dolores en las extremidades inferiores tuvo que serle amputadas ambas piernas. El paciente amputado alegó que la causa de dichas amputaciones fue la inyección de Benzetacil que le aplicaron para el tratamiento de la isquemia por vasculitis y trombosis venosa de miembros inferiores toda vez que era alérgico al medicamento. Huelga decir que la única prueba referente a la supuesta alergia al Benzetacil alegado por el demandante era su propia declaración; situación esta que es reprochada por el Consejo de Estado por cuanto para tener por cierta tal afirmación y construir de ella un indicio que permitiera inferir el nexo causal entre la conducta médica (aplicar el benzetacil sin hacer pruebas de alergia previas) y el daño ocasionado (amputación de miembros inferiores), debía aportarse cuando menos una prueba elaborada de carácter científico con el fin de determinar “las particularidades del caso, las condiciones especiales del paciente, el daño potencial que pudiera generar este tipo de medicamento al suministrarse en un paciente alérgico. En realidad, estos constituyen puntos materia de un dictamen pericial, cuya especialidad requiere de un estudio más profundo y científico. El juzgador no puede adoptar conclusiones ligeras, por carecer de los conocimientos científicos para ello, que escapan a la órbita de la función ejercida. Adicionalmente, la Sala echa de menos algunas pruebas determinantes, relacionadas con la atención, valoración y terapéutica ordenada al paciente, pues los registros de las historias clínicas resultaron incompletos, contradictorios y desordenados, los cuales en modo alguno reflejan la verdad de lo ocurrido, y tampoco las imputaciones hechas por el demandante. La parte actora debió aportar la prueba necesaria, para acreditar dicha circunstancia, de manera que resultaba obligado un dictamen pericial expedido por un especialista en la materia, para que dictaminara en el caso particular, si la lesión producida tuvo origen en el suministro del

medicamento, y si la aplicación del Benzetacil en un paciente alérgico tenía la potencialidad de generar una isquemia por vasculitis y trombosis venosa, dando origen a una gangrena, y necrosando ambos órganos de la locomoción. La Sala no cuenta con los elementos de juicio suficientes para concluir que la reacción alérgica al antibiótico fue de tal gravedad que la consecuencia obligada fue la lesión por la que ahora se demanda, con los resultados ya conocidos. El juez, no puede de buenas a primeras dar por cierta la imputación hecha por la parte actora”.

En este orden de ideas, “aceptar lo dicho por el demandante, en el entendido de que fue el suministro del medicamento el que originó el accidente isquémico en los dos miembros inferiores, y produjo un proceso gangrenoso, es tanto como presumir el nexo casual, elemento que debe estar suficientemente acreditado, por cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley, y aunque podría sostenerse que la falta de de la prueba de sensibilidad constituye un indicio que permite inferir la existencia del nexo causal, en el entendido de que no se estableció previamente que el paciente fuera alérgico al mismo, una inferencia de esta naturaleza, en la cual faltan elementos de juicio de carácter médico y científico, evidencian la inactividad probatoria del demandante, y termina presumiendo uno de los elementos que estructuran la responsabilidad de la administración, olvidando que constituye una carga probatoria del demandante acreditar la falla, el daño y el nexo causal, en aplicación al régimen de responsabilidad subjetiva que es el que gobierna en materia de responsabilidad médica.”¹⁵² (Subrayas fuera de texto original).

¹⁵² *Ibidem*

De esta manera vemos que la sección tercera del Consejo de Estado “ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.”¹⁵³

3. ¿El nexo causal sigue siendo elemento estructurante de la Responsabilidad patrimonial del Estado?. Aclaración de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero en la sentencia de 15 de Abril de 2010.

No cabe duda que el artículo 90 constitucional que contiene la plurimencionada cláusula de responsabilidad del Estado supuso un giro radical (Copernicano como diría la Corte Constitucional) en la estructuración de la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas. Es palpable la racha de sentencias de la sección tercera que se pasan por la faja y sin miramientos lo preceptuado en el artículo 90 superior; pero también se advierte, aunque en menor medida y de manera no muy concisa, una intención de asumir postura doctrinal acorde con lo normado en dicha cláusula de responsabilidad.

La postura del Dr. Gil Botero en la aclaración de voto de marras, para muchos tan irreverente como genial, viene a constituir también un grito al que debemos hacerle eco con mayor énfasis si cabe, pues aboga por cambiar la mentalidad del juzgador, ni mas ni menos, a la hora de fallar los litigios por responsabilidad patrimonial del Estado en

¹⁵³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19846.

general y en donde, por supuesto, entrarían los asuntos de responsabilidad médica estatal puesto que la aclaración de voto que acá analizaremos es parte de la sentencia del Consejo de Estado de 15 de Abril de 2010 en donde se falla un caso contra el Hospital San Jorge de Pereira con ocasión de un accidente quirúrgico.

El honorable consejero de Estado Dr. Gil Botero critica principalmente el hecho de que en la jurisprudencia contenciosa administrativa se empecine en los casos de responsabilidad extracontractual del estado en afirmar que siempre deben estar acreditados los elementos clásicos de la responsabilidad a saber: a) hecho dañoso, b) daño antijurídico, c) nexo causal, y en ocasiones también se hable de acreditar la d) imputación. Lo anterior por cuanto que el Dr. Gil considera que esa estructura conceptual desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del estado a la luz de la constitución del 91 como quiera que el artículo 90 constitucional estableció, a su juicio, sólo dos elementos estructurantes de responsabilidad del estado a saber: a) daño antijurídico y, b) imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico. Pues bien, es en este segundo elemento en el que hay que tener especial cuidado pues no puede confundirse con la causalidad propiamente dicha toda vez que tanto uno como otro se sustentan en principios distintos y son distintas la leyes que los rigen. Es así como la causalidad pertenece a un sistema naturalístico¹⁵⁴ que explica la relación causa-efecto de los fenómenos en el orden

¹⁵⁴ El Dr. Gil Botero sobre este aspecto dice: “[...] en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.”

natural, en tanto que la imputación es un análisis de atribución eminentemente jurídico que busca establecer conductas frente a actos o hechos bajo la prisma del “deber” y no bajo el imperativo de “tener” propio de la causalidad.

En este orden de ideas y en palabras del doctor Gil Botero se tiene que “la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política¹⁵⁵”. De otro lado, afirma el doctor Gil Botero, la “tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico”¹⁵⁶

Estas apreciaciones expuestas por el doctor Gil Botero son acertadas y se acompañan a la realidad jurídica en que se encuentra hoy día la dogmática de la responsabilidad patrimonial del Estado: una responsabilidad objetiva sustentada en la antijuricidad del daño y en donde el elemento imputación cobra especial relevancia en su dimensión

¹⁵⁵ Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁵⁶ En igual sentido la Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215, en donde se afirma que: “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos”

jurídica y práctica, dada la pluralidad de conductas que puede generar la administración en el tráfico jurídico con potencial para generar daños antijurídicos.

Particular importancia reviste el que esta aclaración de voto se haya expuesto en una sentencia de responsabilidad médica del estado donde en principio no sería muy clara su aplicación a rajatabla. Es evidente que ningún daño injustificado que suponga una lesión o muerte de una persona como consecuencia de un acto médico pueda catalogarse a la luz de la normatividad como jurídico, esto es, que la víctima en cuestión tenga el deber jurídico de soportarlo; todo parecería restringirse entonces al asunto de la imputación, es decir vincular la conducta de la administración bien por acción o ya por omisión (sin detenernos en aspectos subjetivos de culpabilidad, claro esta) al daño ocasionado. Bastará, entonces, que el evento adverso, bien se trate de lesión o muerte ocasionados por la prestación de un servicio de salud a cargo del estado (daños de por sí antijurídicos), sean jurídicamente atribuibles a la administración (imputables) para que irrumpa su deber indemnizatorio.

Este salvamento de voto puede considerarse un llamado de atención a la Sección Tercera del Consejo de Estado por la manera como se venían abarcando los estudios en el tema de la causalidad, no siempre consecuentes con el término de imputación a que hace referencia el artículo 90 constitucional, por cuanto se restringía el estudio a la mera causalidad fáctica. En efecto, recientes ponencias de la Sección Tercera venían dejando de lado que, en estricto sentido, la imputación como elemento estructural de la responsabilidad patrimonial del estado consiste en la atribución jurídica del daño antijurídico al demandado y que parte de la prueba del nexo o vínculo causal entre el

daño y la acción u omisión del Estado¹⁵⁷, pero jamás se agota con el establecimiento de la mencionada causación fáctica.

En este orden de ideas y conforme al salvamento de voto analizado podemos ver que el nexo causal en su concepción fáctica de relación causa-efecto como se había venido estudiando para efectos de relacionar daños con hechos causales, va rezagándose a favor de un concepto de imputación más amplio y más jurídico en donde el nexo causal será un requisito de necesaria acreditación pero no siempre suficiente para patentar el deber jurídico del estado de resarcir los daños ocasionados por su acción u omisión.

4. La imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por acción como por omisión. A su vez, la imputación supone una causación fáctica pero también le es inherente una atribución jurídica. Este elemento de vinculación jurídico-fáctico es explicado más ampliamente, y de manera diáfana por el Consejo de Estado en sentencia de 21 de Octubre de 1999¹⁵⁸ de la siguiente manera:

“Imputar - para nuestro caso - es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último. De allí que elemento indispensable - aunque no siempre suficiente - para la imputación, es el nexo causal entre el hecho

¹⁵⁷ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 7 de Octubre de 2009, exp: 35656

¹⁵⁸ Radicación : 10948-11643

causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero. Por eso, la parte última del inciso primero del artículo 90 de la C.P., en cuanto exige - en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado - , que los daños antijurídicos sean "causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas ", está refiriéndose al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica. El tratadista Rodrigo Escobar Gil se refiere a la importancia de la imputación jurídica en estos términos: 'para el nacimiento de la obligación de reparar no basta sólo la imputatio facti; es decir, la relación de causalidad entre un hecho y un daño, sino que es necesario la imputatio juris, es decir, una razón de derecho que justifique que la disminución patrimonial sufrida por la víctima se desplace al patrimonio del ofensor. Para poder imputar un daño a un ente público, lo que interesa es... que el ente tenga la titularidad del servicio o de la actividad desarrollada por sus funcionarios.' En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño".

De lo transcrito se ve que la imputación si bien supone *prima facie* un estudio de causalidad fáctica, también es de su esencia una atribución de carácter jurídico que, si bien se va de la mano con el concepto de causalidad, no son fenómenos idénticos en cuanto esta última responde a una concepción naturalística de la causa-efecto que nos permite vincular en el terreno de lo natural una determinada acción u omisión con sus respectivas y naturales consecuencias, en cuanto que la imputación jurídica responde a una razón jurídica que obliga al patrimonio del causante de un daño a asumir las consecuencias de la merma patrimonial causada en la víctima. En este sentido, el

Consejo de Estado ha dicho que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el legislador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *imputatio juris* además de la *imputatio facti*”¹⁵⁹. En estricto sentido la imputación viene a ser la atribución jurídica de un daño a una entidad pública.

Posteriormente el Consejo de Estado en sentencia de 11 de Noviembre de 1999¹⁶⁰ reafirma los argumentos citados referentes a la imputación de la sentencia de 21 de octubre de 1999 así: “El art. 90, inc. 1º de la Carta Política, exige - en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado -, que los daños antijurídicos sean “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, con lo cual se refiere al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica. De allí que elemento indispensable - aunque no siempre suficiente - para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero. En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él.”

En este orden de ideas tenemos que la imputación se estructura de una parte por un nexo causal que vincula fácticamente un daño con una causa adecuada, y esta debe originarse en una acción u omisión de una autoridad pública en desarrollo del servicio público o en

¹⁵⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 13 de Julio de 1993.

¹⁶⁰ Radicación: : 11499. M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

conexidad con él, pero además es necesario que ese hecho dañoso sea imputable al ente público demandado, esto es que se le pueda endilgar jurídicamente a través de los distintos títulos de imputación, a la entidad demandada la autoría del hecho y sus consecuencias jurídicas.

En conclusión, y conforme lo establece el Consejo de Estado en la sentencia de 24 de Marzo de 2011¹⁶¹ tenemos que “todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.” Ahora bien, “dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio – simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado”.

Vemos en esta última jurisprudencia el viraje hacia la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad médica del estado; no obstante la importancia del tema su análisis escapa a los objetivos del presente trabajo por lo que deliberadamente omitimos su análisis, prefiriendo referirnos a colegas más autorizados sobre la materia como el Dr.

¹⁶¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp. 18948. M.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Botero.

FRANCISCO BERNATE OCHOA quien en su obra *Imputación objetiva y Responsabilidad médica* hace un extenso y exigente análisis en el tema que nos permitimos omitir.

C. El daño antijurídico.

1. El daño antijurídico como nuevo fundamento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. El artículo 90 Constitucional.

Actualmente y bajo el esquema de responsabilidad objetiva del estado conforme lo estipula el artículo 90 constitucional los elementos configurantes de la responsabilidad patrimonial del estado se reducen a el daño antijurídico y la imputación de este a la acción u omisión de una entidad pública conforme se analiza a continuación.

1.1. Antecedentes y fundamentos del Artículo 90 constitucional.

La constitucionalización del daño antijurídico como novedoso título de imputación en la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido una mas de nuestra ya larga tradición de adoptar codificaciones y normatividad extranjera prácticamente sin beneficio de inventario, buscando de esta manera superar las falencias de técnica jurídica que presentaban los títulos de imputación decantados por la jurisprudencia bajo la vigencia de la constitución de 1886, y especialmente en lo que antañe a la muy conocida y aún vigente falla del servicio. Los motivos que tuvo el constituyente para explicar el cambio de régimen de responsabilidad subjetiva (falla del servicio) a la responsabilidad objetiva por daño antijurídico son explicados así: “[...] la consideración de que los esquemas de tipo subjetivo, fundados en errores de comportamiento imputables a los entes públicos

no son suficientes para albergar todas las hipótesis de casos en los que la justicia reclama una reparación para la víctima que no tenía porqué soportar un determinado daño[...]”¹⁶².

El constituyente del 91¹⁶³ estableció, por primera vez en la historia constitucional de Colombia, una cláusula general de responsabilidad del Estado basada en el daño antijurídico la cual fue recogida en el artículo 90 superior y a cuyo tenor dice:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Y, en principio, no cabe duda de que esta responsabilidad basada en daños antijurídicos es objetiva, pues el mismo constituyente así lo afirma: “Es evidente que, al menos en principio, el modelo de responsabilidad que tiene como punto de partida la noción del

¹⁶² ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis, 2004, p. 301.

¹⁶³ Fue el Constituyente Dr. Juan Carlos Esguerra quien estructuró el artículo 90 de la actual Constitución de la siguiente manera: “Las autoridades públicas serán responsables por infracción de la Constitución y las Leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. [...] El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo aquél deberá repetir contra este.” (ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. “Informe Ponencia”. En: *Gaceta constitucional* 56 del 22 de Abril de 1991, p. 15

daño antijurídico es un modelo de responsabilidad objetiva. Y lo es precisamente porque su núcleo está en la condición antijurídica de ese daño y no ya en la conducta del sujeto público¹⁶⁴.

Esta plasmación constitucional de la responsabilidad del Estado es considerado por la jurisprudencia contenciosa administrativa como un considerable avance como quiera que por primera vez en forma expresa se contempla en la Constitución la responsabilidad del estado¹⁶⁵ y porque “al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico¹⁶⁶. Efectivamente, en la constitución de 1886 no existía cláusula expresa de responsabilidad estatal por lo que su desenvolvimiento jurídico era netamente jurisprudencial apelando en sus inicios a la normatividad civil que regula la responsabilidad directa e indirecta de los particulares¹⁶⁷. Ese desarrollo jurisprudencial

¹⁶⁴ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano. Cit.*, p. 302

¹⁶⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 2 de Marzo de 1993. . Exp. No. 7429. M.P: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. En igual sentido la sentencia de 21 de Octubre de 1999, exp. 10948-11643 en donde se lee: “Nunca, hasta 1991, nuestro ordenamiento jurídico había consagrado un precepto constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad de naturaleza contractual como la extra contrato; Tal cosa ocurrió con el artículo 90 de la Constitución Política vigente [...]”

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2002. M.P: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶⁷ Sobre este punto el profesor GARCÍA VÁSQUEZ afirma: “La responsabilidad del Estado colombiano fue reconocida desde el siglo diecinueve, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En esa época, la jurisdicción ordinaria tenía la competencia para conocer de las acciones de reparación contra el Estado, y los procesos se despachaban con base en las normas de derecho privado, inicialmente bajo los parámetros de la responsabilidad indirecta por culpa presunta por el hecho de terceros, luego con base en la responsabilidad directa con culpa probada y, finalmente, con fundamento en la responsabilidad orgánica y anónima de las personas jurídicas. (GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. *Manual de responsabilidad civil y del estado*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009, p.116)

inicial¹⁶⁸ estuvo a cargo de la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁹ quien tenía en ese entonces la competencia para conocer de los asuntos de reparación contra el Estado por demandas fundadas en responsabilidad contractual o extracontractual del Estado. Posteriormente, mediante Decreto 528 de 1964, se atribuyó la competencia para conocer de los negocios de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual elaboró lo que conocemos como títulos de imputación, los cuales, a su vez, constituyeron los distintos fundamentos que según los hechos particulares hacían responsable al Estado. Tales títulos de imputación correspondían a la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial¹⁷⁰.

Conforme a este novedoso postulado de responsabilidad del Estado contenido en el artículo 90 Constitucional tenemos que, en palabras del constituyente ESGUERRA PORTOCARRERO: “[...] el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del

¹⁶⁸ Es así como “en 1941, la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez en el sentido de que la responsabilidad del Estado debería estar presidida por fundamentos especiales, por lo que aplicó la noción de falla del servicio, la cual sin embargo, sustentó en la responsabilidad directa con culpa probada del Código Civil [Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 30 de Junio de 1941]” (GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2002 en donde se lee: “En cuanto a lo primero hay que decir que, una vez superadas las épocas en las que se asumía que el Estado, en razón de su soberanía, no respondía patrimonialmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia emprendió un legítimo esfuerzo por encontrar los fundamentos legales de la responsabilidad patrimonial del Estado en los mismos fundamentos legales que para la responsabilidad civil se habían previsto en el derecho privado. De allí porque haya afirmado la responsabilidad indirecta del Estado con base en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, la responsabilidad directa con base en el artículo 2341 de ese mismo estatuto, haya admitido la concurrencia de esas dos modalidades de responsabilidad dependiendo de si en los agentes estatales concurría o no la calidad de depositarios de la voluntad estatal y haya incorporado la teoría de la culpa de la administración a la explicación de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Por su parte, el Consejo de Estado, en el esfuerzo por encontrar una teoría de derecho público que renunciara a los fundamentos extraídos del derecho privado, encontró que la responsabilidad patrimonial del Estado se derivaba del Código Contencioso Administrativo y de la Constitución Política de 1886, especialmente de su Título III, pues éste contenía los fundamentos del Estado de Derecho y de las autoridades como sus guardianes y ejecutores. Con esos criterios encontró que la responsabilidad extracontractual del Estado podía nacer del acto administrativo, de la falla del servicio, de la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, de los trabajos públicos, del almacenaje, de las vías de hecho y del daño especial.”

¹⁷⁰ GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. *Op. Cit.*, p. 116-117.

Estado está ahora en el efecto más bien que en la causa. En otras palabras, que el constituyente trasladó su eje del carácter antijurídico de la conducta que, por activa o por pasiva, observó la autoridad pública involucrada, al carácter antijurídico del daño al que ella dio lugar¹⁷¹.

El traslado de la fuente de resarcimiento de la antijuricidad de la conducta a la antijuricidad del daño corresponde a la evolución natural que en términos generales ha venido madurando la responsabilidad patrimonial del Estado. Este proceso de evolución conforme lo explica JESÚS LEGUINA VILLA ha recorrido varias fases "que a grandes trazos van desde una primera etapa de absoluta irresponsabilidad administrativa, pasando por una segunda fase de imputación exclusiva de daños a los agentes públicos culpables, para admitirse en un tercer momento un principio general de responsabilidad de la Administración, limitado, sin embargo, a los daños causados por acciones ilegales y culpables de sus autoridades y funcionarios. La cuarta y última etapa se caracterizaría por la extensión del mencionado principio general de resarcimiento, tanto a los llamados daños anónimos, como a los provocados por actuaciones administrativas lícitas o no culpables."¹⁷²

En este orden de ideas “no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico. Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución

¹⁷¹ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis, 2004, p. 301.

¹⁷² Citado en la sentencia del Consejo de Estado de 21 de Octubre de 1999, exp. 10948-11643.

que, de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación). Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción injurídica (como ha sido la tesis tradicional) como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría. Se desliga, de esta manera, la antijuridicidad del daño de su causación antijurídica; esta última será, en adelante uno de los criterios de imputación del daño que “permite trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio de la administración y, eventualmente, dirimir también el reparto de responsabilidades entre aquella y el agente físico cuya conducta haya causado el daño”¹⁷³.

1.2. Concepto y alcance del Daño Antijurídico.

“[...]dado que la constitución no definió lo que significa daño antijurídico, la jurisprudencia administrativa lo hizo, siguiendo el concepto de la constitución española de 1978, que es su mentora conceptual”¹⁷⁴ y en virtud de la cual por daño antijurídico la sección tercera del Consejo de Estado entiende de manera concisa que es la lesión patrimonial o extrapatrimonial de un interés legítimo sea en el ámbito contractual¹⁷⁵. o

¹⁷³ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 11 de Noviembre de 1999, exp. 11499. M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

¹⁷⁴ GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. *Manual de responsabilidad civil y del estado*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009, p.8.

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sentencia de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

extracontracual que la víctima no está en el deber de soportar¹⁷⁶. Esta definición se corresponde con la del ex consejero de Estado RICARDO HOYOS DUQUE quien en su momento afirmó: “La antijuricidad del daño se establece no en el sentido de que el autor haya obrado contra derecho, sino en el de que el sujeto que lo sufre no tiene la obligación de soportarlo”¹⁷⁷. Es decir, "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"¹⁷⁸.

Ahora bien la calificación de antijuricidad del daño se obtiene “de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación””¹⁷⁹. Y esta ausencia de causales de justificación en la causación de un daño que lo tipifican como antijurídico se da cuando “el Estado no se encuentra habilitado por un título jurídico válido para establecer o imponer la carga o sacrificio que el particular padece, o sea, cuando éste no tiene la obligación jurídica de soportar dicho gravamen o menoscabo a sus derechos y patrimonio, independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto estatal, o de que la

¹⁷⁶ Posición reiterada por el Consejo de Estado. Sección 3ª, en las sentencias del 13 de Julio de 1993, exp: 8163, y sentencia del 13 de Febrero de 1996, exp:11.213, ambas con ponencia del magistrado Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁷⁷ HOYOS DUQUE, Ricardo. *Responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Bogotá: TEMIS, 1984, p. 28

¹⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 11 de Noviembre de 1999, exp. 11499.

conducta del agente del Estado causante del daño haya sido dolosa o culposa.”¹⁸⁰

(Subrayas fuera de texto original).

Salta a la vista que de los elementos estructurantes de la responsabilidad estatal a la luz del artículo 90 y de la interpretación que de él hace la jurisprudencia constitucional¹⁸¹ y administrativa, según vemos, se prescinde del análisis subjetivo de la conducta del estado¹⁸², esto es, ya no tiene cabida un análisis sobre la regularidad o irregularidad de la actuación estatal que ocasiona un daño para que éste sea catalogado de antijurídico, es decir, que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, porque “más que saber si un funcionario o una dependencia estatales incurrieron o no en una conducta culposa o en una falla del servicio, importa determinar si el perjuicio del que uno y otro fueron causa tenían o no que ser soportados por la víctima como parte de su cuota de sacrificio en bien de la comunidad”¹⁸³; y es que no podía ser de otra manera ya que como bien lo dice

GARCÍA VÁSQUEZ:

¹⁸⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 14 de Marzo de 2002, exp:12076. En igual sentido las sentencias del 27 de septiembre de 2000 exp. 11601 y del 25 de enero de 2001, expediente 11413

¹⁸¹ La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-285 de 2002, se pronuncia sobre este punto así: “*El artículo 90 de la Carta, atendiendo las construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal - bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación*”.(Cursivas en texto original y subrayas fuera de texto original).

¹⁸² Así lo entiende el Consejo de Estado cuando en sentencia del 30 de Julio de 1992, exp: 6491 con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo afirmó: “[..]En esta disposición se consagró la responsabilidad patrimonial del estado por el daño antijurídico que le sea imputable, causado por las autoridades, ya con una acción u omisión irregular o con el ejercicio legítimo de sus funciones. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño.”

¹⁸³ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Cit., p.302.

“En ninguna parte del texto se hizo referencia a la conducta de la entidad estatal causante del daño. No se exigió una valoración como las que habían imperado hasta la entrada en vigencia de la Carta del 91, como las de falla del servicio o la desigualdad ante las cargas públicas. El texto se concentró en el resultado dañoso, sin referirse a las causas. Por lo anterior y siguiendo el clásico principio de que cuando el sentido de la norma sea claro no se debe desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, es lógico [pensar] que el artículo 90 consagró un régimen de responsabilidad objetiva, pues la única valoración que estableció fue la de la antijuridicidad del daño”¹⁸⁴.

Es decir y recapitulando, la responsabilidad del Estado basada en el daño antijurídico no viene a construir un nuevo sistema de responsabilidad propiamente dicho, sino que de manera arbitraria se establece el “daño antijurídico” como un concepto que hace las veces de agujero negro en donde se atraen y comprimen los distintos títulos de imputación y regímenes de responsabilidad del Estado decantados previamente por la jurisprudencia, primeramente de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado.

¹⁸⁴ GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. *Op.Cit.*, p. 117

2. Tipos especiales de daños antijurídicos que pueden darse en la responsabilidad médica del estado.

El Consejo de Estado ha sido claro en señalar que entratándose de asuntos de responsabilidad médica, los daños resarcibles no se limitan exclusivamente a la muerte y las lesiones corporales; también están comprendidos, entre otros, los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz.¹⁸⁵ También puede tenerse como daño resarcible en asuntos de responsabilidad médica del estado los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad de curación o de elegir no someterse a un tratamiento riesgoso (no agravación). De los daños mencionados llaman especialmente la atención por su especial aplicación como daño resarcible en el ámbito de la responsabilidad médica estatal los que refieren a los daños causados por lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz y el daño materializado en la pérdida de una oportunidad, los cuales se pasarán a analizar.

2.1. Daño ocasionado por lesión al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz.

Como bien lo dijimos al principio de este trabajo, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo y como tal es tutelado de manera directa, esto es, ya no se requiere que exista una conexidad con la vida o integridad personal para que prospere su protección constitucional. “Y en el entendido de que el derecho a la salud es autónomo, resulta procedente considerar también la autonomía del daño que se

¹⁸⁵ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 7 de Octubre de 2009, exp: 35656

configura cuando se produce la lesión de alguna de las facultades que emanan del citado derecho, aún cuando no se demuestre la lesión del derecho a la vida y/o a la integridad personal [...]. Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.”¹⁸⁶

La oportunidad en la atención es el pilar sobre el que se basa la eficacia de las actuaciones médicas subsiguientes, pues, en la mayoría de los casos, de nada serviría un diagnóstico correcto o un tratamiento adecuado si dichos procedimientos se realizan de manera tardía. Es así como el Consejo de Estado ha determinado que “la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico también se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio.”¹⁸⁷

Y es tal la importancia que el Consejo de Estado le da a la oportunidad en la atención médica, que considera que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla

¹⁸⁶Sentencia 7 de Octubre 2009, *cit.*

¹⁸⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19846. Reiterada en sentencia de 27 de Abril de 2011, exp: 20502.

en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo.¹⁸⁸ En este sentido, ha enfatizado nuestro máximo tribunal contencioso administrativo que “la responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se derive un daño a la salud de los pacientes, cuando tales fallas constituyan en sí mismas la vulneración de otros de sus derechos o intereses jurídicos, como el de la prestación eficiente del servicio, o el de la dignidad, o la autonomía y libertad para disponer del propio cuerpo”¹⁸⁹.

En este orden de ideas, “el Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, pero también es responsable del daño aún en eventos en los que no se demuestra esa relación causal, pero queda acreditado que la prestación asistencial no le fue brindada al paciente de manera diligente, utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer las entidades médicas estatales, de acuerdo a su nivel de complejidad, o no se

¹⁸⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 7 de Octubre de 2009, exp. 35656. En esta sentencia se expone la dramática situación que originó la intervención de la justicia contenciosa de la siguiente manera: “Lo que está demostrado es que el derecho a una atención oportuna y eficaz, de que es titular el señor Cano Arango sí se lesionó, toda vez que tuvo que esperar largos periodos para ser evaluado, diagnosticado e intervenido; que durante esos lapsos padeció dolores intensos, así como el malestar y la impaciencia propios de quien ignora su situación médica. Se acreditó además que presentó ansiedad, tristeza, impotencia y preocupación¹⁸⁸ al ver indefinida su situación, y que fue tal su angustia y desesperación ante la inercia de los profesionales, que se vio avocado a ejercer la acción de tutela, a través de su hijo, con la esperanza de que el ISS reaccionara y gestionara los trámites necesarios para recuperar su salud” (subrayas fuera del texto).

¹⁸⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp. 17725. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

remite oportunamente al paciente, a un centro de mayor nivel, porque esas fallas vulneran su derecho a la asistencia en salud.”¹⁹⁰

▪ **Sentencia del Consejo de Estado de 27 de Abril de 2011**

Esta sentencia viene a constituir punto de inflexión en la aplicación de la falla del servicio por omisión en la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud requerido por el paciente para estructurar la responsabilidad médica del Estado con fundamento en que tal omisión causa un perjuicio al paciente por cuanto se le vulnera el derecho a la asistencia en salud. Característica particular de este tipo de “responsabilidad *sui generis*” es el que el “daño” a resarcir no es el que comúnmente se genera con una actuación médica defectuosa como lesión corporal o muerte, sino que se busca resarcir el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho que todo paciente tiene cual es el de recibir una atención eficiente y oportuna del servicio de salud requerido, de manera que bajo este esquema de responsabilidad la verificación de un daño antijurídico tangible como lesiones o muerte y de contera, la prueba del nexo causal entre la omisión en la prestación del servicio y el daño ocasionado no tiene mayor relevancia en la estructuración de la responsabilidad patrimonial del estado. Basta con constatar fehacientemente que el paciente requería de atención médica y que, a pesar de haber sido solicitada, esta no le fue dispensada eficiente y oportunamente para que automáticamente se tenga por establecida la falla del servicio médico y la conculcación del derecho del paciente a ser atendido de manera oportuna y eficiente, irrumpiendo de esta manera y sin mayores miramientos la responsabilidad patrimonial de la entidad de salud pública demandada.

¹⁹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 Abril de 2011, exp: 20502. M.P: Ruth Stella Correa Palacio

La sentencia de 27 de Abril de 2011 es bastante particular por el modo no muy claro en que sucedieron los hechos pues hubo posturas contradictorias de las partes en litigio en lo que respecta a la ocurrencia de los hechos que suscitaron el perjuicio que se pedía resarcir. Esto obligó al Consejo de Estado a echar mano de una paciencia y acuciosidad en la valoración probatoria para desatar el entuerto fáctico como quiera que de lo que de allí se estableciera, y sólo de eso, dependería el triunfo o fracaso de la pretensión indemnizatoria. Para entender esto es pertinente resumir los hechos según versiones de los extremos implicados y luego analizar el fundamento jurídico de la imputación por falla por omisión en la atención oportuna y eficaz a que tenía derecho el paciente. Pues bien, los accionantes conformados por las hijas del occiso señalaron que le cabía responsabilidad al Hospital de Caldas por no haberle prestado la atención de urgencias que requirió cuando fue remitido del Hospital San Lorenzo de Supía, hecho que motivó su recorrido por distintas centros de asistencia médica de la ciudad de Manizales, lo que implicó que al llegar al Hospital Santa Sofía ya no hubiera posibilidad de salvarle la vida. Señalaron las accionantes que cuando llegaron a urgencias del Hospital de Caldas a donde fue remitido se les negó la atención aduciendo que no atendían pacientes afiliados a CAPRECOM entidad que no estaba al día en los pagos de los servicios prestados por el hospital, motivo por el cual fue remitido a otro centro de salud de Manizales donde si atendieran afiliados a CAPRECOM. Por su parte, la enfermera jefe así como la médica coordinadora de urgencias del hospital de Caldas demandado manifestaron que los familiares del señor Evelio Marín Castaño si bien se presentaron en el Hospital de Caldas lo hicieron para demandar los servicios de un médico de CAPRECOM pero que nunca solicitaron el servicio de urgencias para el señor Evelio Marín, motivo por el cual les explicaron que para ser atendidos por CAPRECOM debían dirigirse a la Clínica de

Manizales que fue a donde los remitieron. Con el fin de establecer cuál fue la verdadera razón por la cual no se prestó asistencia médica al señor Evelio Marín Castaño en el Hospital de Caldas, es decir, de determinar cual es la versión cierta de ese hecho, se aprecian las demás pruebas relacionadas con el mismo, puesto que lo más relevante en este caso es establecer si efectivamente en el Hospital de Caldas sí tuvo conocimiento de que el paciente requiriera atención de urgencias y ésta le hubiera sido negada, por cualquier razón. De esta manera, al detallar las declaraciones rendidas por los médicos implicados, las respuestas dadas al *a quo* por el gerente y subgerente administrativo del hospital demandado, así como de los resultados de las investigaciones adelantadas por la procuraduría general de la nación sobre el hospital accionado y los dictámenes periciales rendidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el Consejo de Estado encuentra que :

- a) “quedó establecido que el señor Evelio Marín Castaño requería atención de urgencias en el Hospital de Caldas, pero que ésta no le fue suministrada. En efecto: (i) el paciente fue remitido del Hospital San Lorenzo de Supía para que se le practicaran exámenes médicos especializados, con el fin de confirmar los diagnósticos presuntivos de: *“enfermedad acidopéptica, sangrado digestivo alto, bronconeumonía en tratamiento, diabetes mellitus tipo II, H.T.A. en tratamiento, insuficiencia coronaria”* y se le brindara la atención especializada[...].”
- b) “En la historia clínica que se siguió en el Hospital de Supía se consignó que la remisión al Hospital de Caldas o en la clínica que presta los servicios de Caprecom en Manizales, se hacía para *“valoración especializada, medicina interna, cuidados intensivos”*.
- c) “Si bien la enfermera que acompañaba al paciente señaló que durante el trayecto al Hospital de Caldas, el paciente se hallaba estable, también aclaró que no había

dispuesto el traslado del mismo desde la ambulancia hasta los consultorios médicos de la entidad demandada, hasta tanto se asegurara su atención inmediata, porque éste se hallaba gravemente enfermo y no podía dejar de suministrársele oxígeno y el tanque que llevaba en la ambulancia no era portátil.

Lo anterior le permitió al Consejo de Estado concluir que si bien “los médicos de la entidad demandada no tuvieron oportunidad de percibir el estado de salud del paciente, porque el mismo no fue ingresado a la sala, ni tuvieron comunicación con la enfermera que lo acompañaba, porque ésta permaneció siempre en la ambulancia brindándole asistencia”, el hospital demandado incurrió en falla del servicio “derivada, precisamente, de la omisión de indagar de mejor manera la solicitud que se le formulaba; verificar el contenido de la remisión y de la historia clínica que debía ir anexa, o en su defecto, de comunicarse con el hospital remitente para establecer cuál era el estado del paciente; ordenar que el mismo fuera conducido a los consultorios, para que los médicos de la entidad pudieran examinarlo, verificar su estado de salud en ese momento y decidir si el mismo debía atenderse en forma inmediata o resultaba más conveniente para él disponer su traslado a otro centro asistencial. Pero, los funcionarios de la entidad se limitaron a discutir asuntos de índole administrativo con las hijas del paciente y sometieron al paciente a sucesivos traslados a entidades hospitalarias, hasta llegar finalmente a un hospital del mismo nivel del Hospital de Caldas, a donde había sido llevado desde el principio.”

Posteriormente el Consejo de Estado determina que no se acreditó el nexo causal entre la omisión en que incurrió el hospital demandado materializado en la no atención oportuna y

eficiente al paciente y la muerte de este. Pero como dijimos al principio ni el nexo causal ni el daño material al paciente en forma de lesiones o muerte en nada incide para estructurar este tipo particular de responsabilidad; el que se haya hecho un análisis fáctico y jurídico para determinar que no se acreditó el nexo causal entre la falla y el daño y, como consecuencia, tal falla no le era imputable a la entidad demandada no pasa de ser un mero ejercicio académico sin mayor relevancia en la estructuración de la responsabilidad patrimonial del Estado porque, como también se ha dejado mencionado, en este tipo de responsabilidad lo que se resarce no es la lesión o muerte, sino el perjuicio que se materializa con la vulneración del derecho a la salud del paciente que se establece con la constatación de que el paciente no fue atendido por la entidad de salud demandada de manera oportuna y eficaz cuando lo requirió. Esto, en palabras del Consejo de Estado es del siguiente tenor:

“4.3. La falla del servicio en la que incurrió la entidad constituyó una vulneración del derecho a la salud del paciente

Aunque la muerte del señor Evelio Marín Castaño no sea imputable a la entidad, por no haberse acreditado que la omisión de la atención que requirió en el Hospital de Caldas hubiera podido salvar la vida del paciente y por el contrario, haber quedado establecido que el shock cardiogénico que padeció se presentó de manera súbita e imprevisible y que en las condiciones de salud en las que se hallaba, en ningún centro asistencial hubiera podido evitarse el daño, lo cierto es que en el Hospital de Caldas se incurrió en falla del servicio por no haber ordenado que se bajara al paciente de la ambulancia para practicarle un examen médico, determinar su estado de salud, prestarle la atención de urgencias, o especializada que requiriera, internarlo en la unidad de cuidados

intensivos si era necesario en ese momento, cuando era claro que en esa institución se prestaba asistencia integral a los afiliados a Caprecom y en cambio, haberse limitado la atención a una orientación de orden administrativo a la familia del paciente y someter a este a un traslado sucesivo entre centros médicos, uno de los cuales con menor nivel, donde no pudieron brindarle atención integral.”

Vemos, entonces, un tipo de responsabilidad donde el daño a resarcir lo constituye la conculcación del derecho a la salud en donde la imputación se genera de manera automática y directa a título de falla por omisión a la entidad de salud pública que no presta, pudiendo, de manera oportuna y eficiente, el servicio médico que le sea requerido por un paciente.

2.2. La pérdida de una oportunidad o pérdida de chances como tipo de daño resarcible en responsabilidad médica del Estado.

Aunque si bien hay autores que acometen el estudio de la pérdida de oportunidad en acápites destinados a desarrollar temas relacionados con el nexo causal¹⁹¹, de nuestra parte consideramos más acertado tratar la pérdida de chances como un tipo de daño resarcible de especial ocurrencia y alcance en al ámbito sanitario del estado, a tono con la concepción más reciente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia foránea donde la pérdida de oportunidad viene a consolidarse como una hipótesis de daño resarcible

¹⁹¹ Véase PARRA GUZMÁN. *Carga de la prueba en la responsabilidad médica. Ob.Cit.*, p.83.

que en nuestra legislación encajaría en el artículo 2341 del Código Civil¹⁹². Y es que la pérdida de una oportunidad no se instituye para responder a un asunto de causación o atribución sino a qué se indemniza en aquellos eventos concretos donde el demandante ve frustrada una expectativa legítima y cierta como consecuencia de una conducta culposa del demandado. Así, en el campo médico se habla de la pérdida de oportunidad de vida o curación¹⁹³ bien sea por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un error en el diagnóstico, de omitir una medicación más completa ó, como lo ha decantado el Consejo de Estado Colombiano, a una pérdida de oportunidad de elegir no someterse a un tratamiento que pudiera empeorar el estado de salud actual, pues “En tales casos debe el juez condenar al pago de un perjuicio proporcional a la pérdida de dicha oportunidad, la cual debe de todas maneras probarse dentro del proceso.”¹⁹⁴

Pues bien, esta teoría de origen jurisprudencial francesa y aplicada continuamente por los tribunales extranjeros, especialmente de Bélgica, Francia y España, y conforme lo expone FRAÇOIS CHABAS está compuesta por tres elementos a saber: 1) una culpa del agente; 2) La pérdida de una “ventaja esperada”; 3) Ausencia de prueba de la causalidad entre la pérdida de la ventaja esperada y la culpa.

¹⁹² YEPES RESTREPO, Sergio. “Paralelo entre la responsabilidad Civil Médica en Colombia y Europa”. Cit., p.17

¹⁹³ YEPES RESTREPO, Sergio. “Paralelo entre la responsabilidad médica en Europa y Colombia”. En: Revista Médico-Legal. Año VI, No. 2. Mayo-Agosto de 2000, p. 17

¹⁹⁴ YEPES RESTREPO, Sergio. “Paralelo entre la responsabilidad Civil Médica en Colombia y Europa”. En: Médico-Legal. Mayo-Agosto de 2000. Año 6. No. 2, p. 17

Esta pérdida de la ventaja esperada es descrita por CHABAS con el siguiente ejemplo clásico:

“ Un criador, a causa de un accidente, es privado de entrenar un caballo para una carrera y pierde su oportunidad de llevarse el premio; un auxiliar de la justicia (abogado, secuestre, ujier), por su negligencia, como, por ejemplo, por dejar vencer los términos o por expedir un acto nulo, hace perder a sus clientes las posibilidades que tenía de ganar un proceso en segunda instancia; un automovilista lesiona culpablemente a una joven y hace desaparecer la oportunidad que ella tenía de ser escogida en un concurso para azafatas, al cual estaba decidida a presentarse.”¹⁹⁵

Por su parte y en similares términos, el profesor MARIO FERNANDO PARRA GUZMÁN la define como evitar el resultado de una ventaja o expectativa esperada, que de lograrse redundaría en provecho para la víctima¹⁹⁶ y ejemplifica la teoría de la pérdida de la oportunidad de la siguiente manera:

“ ‘X’, quien padece un problema hepático de gravedad, requiere con urgencia un trasplante de hígado. Efectivamente se encuentra el donante, pero la institución clínica ‘Z’ y el médico ‘Y’, encargados del procedimiento, se demoran, injustificadamente, en la actividad que les corresponde. Cuando, finalmente, se inicia el procedimiento de trasplante, se observa que el paciente está invadido de hepatitis y, posteriormente, muere.

“No se puede afirmar que el médico ‘Y’ le ocasionó la muerte; es posible, como se ha detectado en algunos pacientes, que a pesar de la compatibilidad del donante con el paciente (a partir de los estudios histológicos), éste

¹⁹⁵ FRANÇOIS CHABAS, “La pérdida de una oportunidad (chance) en el derecho francés, de la responsabilidad civil”, en *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado* No. 8, Medellín, Librería jurídica Sánchez R, Ltda, 2000, pág. 64

¹⁹⁶ PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. *Carga de la Prueba en la Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004. Pág. 82.

experimente rechazo del órgano y alguna complicación que finalmente, lo condujera a la muerte. Sin embargo, en el caso, sí podemos afirmar que con la conducta galénica e institucional disminuyó en el paciente sus posibilidades o esperanzas de sobrevivir, esto es, se privó de esa porción de ‘álea’ de estar mejor, aunque en un tiempo posterior hubiese fallecido”¹⁹⁷

De los ejemplos expuestos y conforme nos lo hace saber SILVIA TANZI podemos decir que la *chance* es “la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir una reparación”¹⁹⁸

Desde la arista jurisprudencial colombiana, el Consejo de Estado ha sido bastante tímido en acoger esta teoría que podemos encontrarla en sentencias que se analizan en otros acápites como la del 3 de Mayo de 1999 en donde el máximo tribunal contencioso daba vía libre para acreditar el nexo causal por la vía de la probabilidad preponderante cuando no fuere posible establecerlo de manera directa, tema que es estudiado en el capítulo correspondiente. Para el tema que nos ocupa en este acápite podemos extraer de la mencionada sentencia lo siguiente: “Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero si es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar

¹⁹⁷ PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. *Op.Cit.* Pág.84

¹⁹⁸ TANZI, Silvia. “La reparabilidad de la pérdida del chance”, en *La responsabilidad*, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, A.A. Alterini – R.M. López Cabana (dirs.), p.330. Citado por: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Ob. Cit.*, p. 136.

o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejía de su hija derivada de la falla médica.”

Posteriormente en la sentencia de 10 de Junio de 2004 en donde se aprueba una conciliación entre los familiares de una señora que fallece a causa de un aborto incompleto séptico tardíamente diagnosticado con clara negligencia de la entidad de salud demandada, el Consejo de Estado afirma: “Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”¹⁹⁹. En la misma sentencia se traen a colación unos apuntes que FRANÇOIS CHABAS hace sobre la teoría que nos ocupa y que bien vale la pena transcribir. Dice CHABAS:

“i) Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, un áleas, lo cual implica que: a) “la víctima no tenía más que una esperanza: la de ver realizarse un evento benéfico...En la pérdida de una oportunidad, el proceso que podía conducir a la pérdida de la ‘ventaja esperada’ está generalmente iniciado. Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino *oportunidades de no morir*. Y ello es paradójicamente diferente de la situación de quien tiene *oportunidades de morir*. El áleas no es la misma cosa que el riesgo” y b) la oportunidad debía existir, ser real y no meramente hipotética.

¹⁹⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 10 de Junio de 2004, exp. 25416. M.P: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

“ii) Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Debe existir relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de esa oportunidad, que no es lo mismo que establecer el vínculo causal entre la culpa del agente y la pérdida de la ventaja esperada. Por lo tanto, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando se desconoce la causa de la pérdida de la ventaja, causa que pudo ser la culpa del agente. “Está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo”.

“iii) “Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando la ‘ventaja esperada’ es diferente de la supervivencia, como por ejemplo, ganar un proceso. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido...Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra ‘ventaja esperada’.”

Llama la atención que algunos doctrinantes como ZANNONI optan por estudiar esta teoría junto con los eventos de daño futuro²⁰⁰ con el fin de recalcar las diferencias, para muchos no siempre diáfanas, entre el mero daño conjetural o hipotético, también conocido como peligro de daño, y el daño propiamente derivado de la pérdida de una esperanza o *chance*. Es claro que el daño futuro meramente conjetural no es

²⁰⁰ Ver ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 3ª Edición, 2005, págs. 102-111.

indemnizable bajo ninguna circunstancia como quiera que no es posible probar en qué medida y con qué alcances ese peligro provoca un perjuicio actual (y proyectado a futuro) en el patrimonio de quien se dice damnificado, en el entendido de que el “damnificado” no se encontraba de manera inequívoca en una situación jurídica o fáctica consolidada que le permitiera exigir un beneficio o derecho o aspirar a obtenerlo²⁰¹. Y es precisamente esa situación de poder “aspirar” a obtener un beneficio o ganancia futura que por virtud de un hecho ilícito se frustra, lo que sustenta y edifica la teoría que nos ocupa. Como bien lo ilustra ZANNONI: “La *chance* es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar su medida, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la *chance* y no el beneficio esperado, como tal.”²⁰² En este orden de ideas, y para efectos de estampar la clara línea divisoria entre daño eventual o hipotético y el daño generado por la pérdida de una *chance*, así como determinar la magnitud del resarcimiento en estos eventos ZANNONI se despacha con la siguiente conclusión: “Si bien la pérdida de posibilidades, constitutiva de *chances* se indemniza en razón de las mayores o menores probabilidades frustradas que tenía el damnificado de obtener una ganancia o evitar una pérdida, debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica para aspirar a la obtención de esas ventajas, al momento del evento dañoso. Distinto es que el damnificado aduzca que el evento dañoso le privó de esas situación idónea, es decir, que le privó de colocarse ante la chance misma, pues entonces, realmente, no se indemnizaría la pérdida de las probabilidades sino un daño que queda en el terreno de las puras conjeturas o hipótesis, es decir, un daño eventual. Es que aun cuando la

²⁰² ZANNONI. *Ibidem.*, p.107

chance es indemnizable, la indemnización repara un interés actual de la víctima, que no existe cuando quien se pretende damnificado no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”²⁰³.

De otro lado, doctrinantes como DEMOGUE que no avalan la indemnización por pérdida de una *chance* por cuanto ponen el meollo del asunto en “la incertidumbre definitiva que existe de que la obtención del beneficio patrimonial se concretara”²⁰⁴, postura que es refutada por LALOU poniendo “el centro de gravedad del asunto en la certidumbre de la probabilidad como tal”²⁰⁵

Con todo, y para tener absoluta claridad en las condiciones bajo las cuales es dable aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad, no es dable aplicarla para subsanar las dificultades que se presenten en la acreditación o prueba del nexo causal. Así mismo se hace imperioso dimensionar la necesidad de tener una evidencia científica sobre la magnitud de la oportunidad perdida que viene a ser, en estricto rigor, el monto de la indemnización justipreciada. Vale la pena traer a colación lo dicho en la sentencia de 31 de Agosto de 2006, exp: 15772 y que son del siguiente tenor:

“Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en

²⁰³ ZANNONI, *Ibidem.*, p. 110-111

²⁰⁴ ZANNONI, *Ibidem.*, p.106

²⁰⁵ ZANNONI, *Ibidem.*, p.107. La caricaturización de las posturas enfrentadas de DEMOGUE y LALOU la da ZANNONI con el ejemplo del caballo de carrera que debía participar en una competencia hípica y que por culpa del transportista no llega a tiempo para la salida de la carrera, provocando que el propietario del caballo pierda la esperanza o *chance* de ganar el premio. Frente a este ejemplo DEMOGUE argumentaba que nadie podrá ya afirmar, asegurar ciertamente, que habría llegado primero de haber participado en la carrera”. Por su parte, LALOU replicó que el perjuicio es cierto en tanto el caballo tenía la probabilidad de llegar primero, y esa probabilidad perdida o frustrada es indiscutible”.

su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales. Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.”

Una vez puesto de presente la dificultad que plantea la certeza o eventualidad del daño indemnizable por pérdida de chances y con mayor razón en el ámbito de la medicina, hay que tener también en cuenta el problema que se presenta respecto a la justipreciación del monto indemnizable, pues como bien lo dice VAZQUES FERREYRA: “Es común que en algunas sentencias se llegue a la conclusión de que el obrar negligente de los médicos impidió al paciente tener una mayor posibilidad de curación o probabilidad de sobrevivida. No obstante ello, al momento de establecer la indemnización, no se tiene en cuenta que se está tan sólo ante la pérdida de una chance y se manda a indemnizar el daño íntegramente, como si el profesional médico hubiera sido el autor del perjuicio final. Algo así como que el médico ‘puso la enfermedad’ en el paciente”²⁰⁶. Como sea, no hay que olvidar que el médico ‘no puso la enfermedad en el paciente’; es el paciente el que ya viene con una enfermedad o afección, y en todo caso, el obrar negligente del médico priva al paciente de las probabilidades de curación o mejoría que tenía. De ser así, las indemnizaciones que se otorguen deberán ser fijadas

²⁰⁶ VAZQUEZ FERREYRA, ROBERTO. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires: Hammurabi, 2da Edición, 2002. Pág. 134.

en relación con esa pérdida de posibilidades de curación o pérdida de la chance, y no en base al daño efectivamente sufrido en el cual ha influido la propia enfermedad que ya traía consigo el paciente²⁰⁷. Sobre este punto álgido de determinar el *quantum* de la indemnización la “doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento... La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida”²⁰⁸. Para ejemplificar lo dicho recurrimos nuevamente a CHABAS quien nos trae el siguiente ejemplo en el terreno médico: “Una mujer sufre hemorragias uterinas. El médico consultado no diagnostica cáncer, no obstante signos clínicos bastante netos. El médico se obstina. Cuando el paciente finalmente consulta a un especialista es demasiado tarde: el cáncer de útero ha llegado a su estadio último. La enferma muere. No podría decirse que el primer médico mató a la paciente. Ella hubiese podido, aun tratada a tiempo morir de cualquier manera (la estadística da el coeficiente abstracto de chances de curación de un cáncer tomado en su origen). Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se podría ni siquiera decir que la culpa del médico ha sido una condición *sine qua non* de ella. Pero obsérvese que la paciente, comprometida en un proceso de muerte, tenía chances de sobrevivir y la culpa médica hizo perder esas chances... También se trata de chances perdidas cuando un enfermo tiene posibilidades de sanar mediante un tratamiento o una operación correcta. La estadística, evidentemente abstracta, indica cuáles son esas chances. Por culpa del médico, por ejemplo, por un error en la operación, la enfermedad deviene definitiva. En todos estos casos, la situación final (muerte, enfermedad definitiva) no puede serle imputada al agente, porque hay dos causas posibles: una causa natural o su culpa, y no se sabe cuál es la verdadera... Cuando el

²⁰⁷ *Ibidem*. P. 134.

²⁰⁸ VÁZQUEZ FERREYRA. *Op. Cit.*, p. 136

perjuicio es la pérdida de una chance de supervivencia, el juez no tiene la facultad de condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiese realmente matado al enfermo²⁰⁹.

En este orden de ideas y a manera de conclusión podemos afirmar conforme lo expone TRIGO REPRESAS que “la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades²¹⁰.”

Esbozados los lineamientos generales de la teoría de la pérdida de la oportunidad pasamos a ver las hipótesis en donde el Consejo de Estado ha aplicado esta teoría.

- **Pérdida de la oportunidad representada en la omisión de comunicarle al paciente los riesgos de la intervención médico quirúrgica**

El no informar al paciente de manera clara, suficiente y previa al tratamiento que se pretende realizar, hace que el médico tratante asuma la responsabilidad por los riesgos previstos y daños derivados de dichos riesgos que eventualmente se puedan presentar

²⁰⁹ Chabas, *La pérdida de una chance en el derecho francés*. JA, 1994-IV- 930. Citado por: VÁZQUEZ FERREYRA. *Ob. Cit.*, p. 137.

²¹⁰ TRIGO REPRESAS, *Reparación de daños por “mala praxis” médica*, p. 241. Citado por: VÁZQUEZ FERREYRA, Robertor. *Ob. Cit.*, p. 136.

durante la ejecución del tratamiento sin importar que no haya incurrido en ningún tipo de negligencia, descuido o culpa en su actuar terapéutico. Estamos, entonces, frente a una auténtica responsabilidad objetiva de imputación por riesgo y la cual se mezcla con la teoría de la pérdida de una oportunidad así: se le imputa al médico que no ha obtenido el consentimiento informado idóneo del paciente todo daño que se derive de riesgos previstos del tratamiento a que se somete el paciente sin su consentimiento y además el daño consistente en haberle hecho perder la *chance* de “optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perder la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”²¹¹. La imputación del daño materializado en una pérdida de oportunidad al no haberse obtenido el consentimiento informado del paciente que a la postre le hizo perder la *chance* de elegir someterse o no a un tratamiento que implicaba grave peligro para su vida queda ilustrada en la sentencia de 24 de Enero de 2002 donde se falla el caso de un paciente al que se le practica cirugía de extirpación de tumor en el cuello y a raíz de la cual queda incapacitado al 100% ya que quedó inmobilizado en la parte derecha del cuerpo con imposibilidad de caminar y hablar adecuadamente. Las graves secuelas por las que el paciente demanda fueron ocasionadas con posterioridad a la cirugía de extirpación tumoral por un accidente isquémico que se originó en el desprendimiento de placas ateromatosas y por la presencia de pequeños coágulos que forman un trombo y obstruye el flujo sanguíneo al cerebro. Del análisis de la conducta de los médicos no cupo ninguna duda que se ajustó a la *lex artis* que aplicaba para el procedimiento quirúrgico realizado y los posteriores cuidados médicos exigidos. Pero también quedó patente en autos la omisión en otorgar la debida e ilustrada información a que tenía derecho el paciente y obtener de este el

²¹¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de Enero de 2002, exp. 12.706. M.P: Germán Rodríguez Villamizar.

consentimiento idóneo donde aceptara o rechazara con conocimiento de causa el procedimiento quirúrgico recomendado por los médicos en aras de propender por su mejoría. De nada sirvió la impoluta actuación médica dispensada al paciente pues la omisión de obtener de este el consentimiento informado idóneo sustentó el fallo en el cual se condena a la demandada “por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no. En el caso sub análisis, la oportunidad habría consistido, si no en curarse, sí en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría.”

De la sentencia en comento podemos decir que el Consejo de Estado en los casos donde se omite la obligación de información considera que se constituye un perjuicio de pérdida de oportunidad que es autónomo e independiente respecto de la obligación principal de asistencia médica.

Este fallo que también sirvió de fundamento para desarrollar el tema de alea terapéutica es fuertemente criticado por la doctora FERNÁNDEZ quien considera que el Consejo de Estado cometió un error de razonamiento al pretender aplicar la pérdida de oportunidad como perjuicio ocasionado por la omisión del deber de información toda vez que atendiendo las circunstancias específicas de salud del paciente, éste realmente

no tenía ninguna oportunidad. Lo anterior por cuanto quedó acreditado en autos que “de no haberse realizado la intervención el riesgo de todos modos se hubiera presentado, hecho este que corrobora que el paciente no tenía oportunidad alguna, luego no cabía hablar de responsabilidad.”²¹² Además considera acertado lo afirmado en el proceso por el ministerio público: “no haberse informado los riesgos no puede considerarse una falla determinante, generadora de responsabilidad, porque la opción del paciente estaba limitada. La única opción lógica y razonable era llevar a cabo la intervención”²¹³. Por último, se critica la omisión del Consejo de Estado en mencionar el porcentaje de la oportunidad perdida, calculado para determinar la indemnización, olvidando que en materia de pérdida de una oportunidad no se puede otorgar automáticamente un total sin hacer referencia a una suma porcentual avalada por el criterio de peritos expertos²¹⁴.

3. Daño antijurídico e imputabilidad en la responsabilidad médica del Estado.

Siguiendo los razonamientos analizados en donde el fundamento de la responsabilidad patrimonial del estado es ahora (y desde la constitución del 91) nada más que el daño antijurídico es lícito imaginar que la responsabilidad médica estatal sería consistente con el mandato constitucional del artículo 90 superior y, aplicar en consecuencia, la imputación estricta por daño antijurídico, prescindiendo al menos en teoría, del análisis de la conducta de la administración; y se dice que en teoría porque, como se verá, las argumentaciones jurídicas que sustentan las *ratio decidendi* de las sentencias que resuelven asuntos de responsabilidad médica del estado, por más que invocan como

²¹² FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano”. *Cit.*, p. 49

²¹³ *Ibidem.*, p. 50

²¹⁴ *Ibidem.*, p. 50

título de imputación el daño antijurídico, este no consigue obtener su estatus de imputación objetiva que le corresponde y en virtud del cual fue propuesto y aprobado por la asamblea constituyente del 91. Siempre en los casos de responsabilidad médica estatal, de una u otra forma el análisis de imputabilidad que hace el juez administrativo terminará sustentándose en la conducta desplegada por la entidad pública demandada, esto es, fundamentándose en la falla del servicio como componente subjetivo del actuar de la administración.

4. La responsabilidad médica estatal frente al artículo 90 Constitucional en la jurisprudencia administrativa

No obstante la evidente objetivización de la responsabilidad patrimonial del estado según se desprende de lo normado en el artículo 90 constitucional, los asuntos de responsabilidad médica se seguirán rigiendo por la noción de falla del servicio como fundamento de la responsabilidad en comento por cuanto que, aunque “la nueva norma constitucional basa la responsabilidad Estatal en el daño antijurídico, siendo éste el pilar de la estructura del nuevo régimen, [ello no significa que] pueda entenderse que desaparece la responsabilidad por falla del servicio”²¹⁵. Y en efecto, la falla del servicio no desaparece como título de imputación al menos en asuntos de responsabilidad médica estatal porque “pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio [como la actividad médica] y en los cuales esa responsabilidad

²¹⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 30 de Julio de 1999. M.P: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

sólo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio”²¹⁶.

En reciente jurisprudencia del Consejo de Estado se ha visto un intento (fallido, por cierto) por ir dejando de lado paulatinamente el análisis de la falla del servicio como factor de atribución en los juicios de responsabilidad médica del Estado. Una nueva camada de sentencias donde la conducta de la administración pareciera ya no tener el protagonismo en el estudio de la imputación de daños cometidos con ocasión del servicio médico asistencial a cargo del estado. De lo dicho nos puede servir de ejemplo la sentencia de 28 de Abril de 2010²¹⁷ en donde se demanda al ISS del Chocó por supuesta negligencia en las gestiones para trasladar a una menor gravemente enferma a un hospital de nivel III con sede en Medellín, falta de diligencia que produjo, al sentir de los demandantes, el deceso de la menor.

Aunque si bien el *a-quo* le da la razón a los demandantes, el Consejo de Estado revoca la decisión y deniega las súplicas de los accionantes al considerar que “Siempre hubo disposición por parte de los funcionarios del ISS a efectuar la remisión lo más rápido posible, así lo demuestra el hecho de que se expidieran los documentos respectivos de manera inmediata una vez fueron recibidos en la oficina del puente aéreo, como la disposición en ordenar el acompañamiento de la menor por un médico, cuando se

²¹⁶ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 30 de Julio de 1999. M.P: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

²¹⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 18 de Abril de 2010, exp: 17172. M.P: Dr. Enrique Gil Botero.

enteraron de tal circunstancia; así lo acreditan los testimonios de la doctora Astrid Manjarres y de la secretaria Fanny Cuesta”. De este razonamiento se vale el máximo tribunal contencioso para concluir que:

“[...]resulta imposible deducir una conducta contraria a derecho por parte de la demandada, toda vez que se efectuaron los trámites necesarios para el traslado de la paciente a un hospital de tercer nivel y solo se puede colegir de las pruebas citadas una actitud diligente dirigida a cumplir con ese fin. Deducir la responsabilidad del daño antijurídico padecido y de un deber absoluto de evitación del mismo, por parte de la entidad, implicaría entrar en peligroso terreno de presunción de la imputación fáctica del caso.

“Se torna, en consecuencia, estéril cualquier análisis de los fundamentos o sistemas de responsabilidad, tradicionales u objetivos, porque nos encontramos en presencia de una falta absoluta de imputación al Estado, y aquéllos tienen su basamento y razón de ser sólo cuando el daño antijurídico le es imputable a la administración como fundamento de justicia aplicable al caso, lo cual no se configuró en el evento sub-examine, y por ello se reitera, se releva al juzgador de ese tipo de consideraciones. Simple y llanamente no se acreditó que al Estado le fuera atribuible el daño objeto de la demanda en este proceso, y nos hallamos así, entonces, frente a una ausencia de imputación como quiera que a la demandada no le es referible el daño antijurídico (artículo 90 de la Constitución Política).” (Subrayas fuera de texto original).

En lo transcrito de la sentencia vemos por un lado que se hace un análisis de la conducta desplegada por la entidad demandada para concluir que esta no fue negligente ni le cabe

reproche alguno; por otro lado, vemos que se desestima la imputación del daño antijurídico (al que alude el artículo 90 constitucional) a la demanda sin precisar mayor fundamento para tal negativa que un escueto “simple y llanamente”. Mas adelante la sentencia en comento, en un intento por reafirmar que la imputación por falla es cosa superada dice:

“En gracia de discusión, se podría valorar el caso desde la perspectiva de la falla del servicio, en el sentido de que en el dictamen de medicina legal se afirma que de la remisión del hospital San Francisco de Asís, se podía inferir la necesidad de un acompañante para la paciente y que de haber llegado a Medellín hubiera tenido mayores probabilidades de sobrevivir. **Asumir tal razonamiento, sería exigir del demandado un deber de resultado,** consistente en que el traslado de la menor se tenía que realizar a toda costa, el 12 de febrero de 1998, por lo que debía tener manejo de circunstancias y contingencias que no estaban bajo su control, como eran las horas de los vuelos programados para ese día y, aún más grave, implicaría hacer caso omiso del grave estado de salud en que aquélla se encontraba, y dar por establecido que con la **atención de tercer nivel superaría, sin lugar a dubitación alguna, su estado crítico.**” (Subrayas y negritas fuera de texto original)

Así como la denominación del contrato no determina su naturaleza, consideramos que el juego de palabras de la sentencia no determina el fundamento jurídico de imputación. Es claro que en la sentencia comentada, por más que se aluda al daño antijurídico como título de imputación, lo que se hizo fue un análisis meramente subjetivo de la conducta de la entidad demandada, concluyendo que el daño sufrido por los demandantes (muerte

de la menor) no era imputable a la entidad demandada, no porque el susodicho daño no fuera antijurídico *per se*, sino porque la conducta de la administración fue diligente y acorde a lo esperado en tales circunstancias, es decir, y a mi entender, no hubo daño antijurídico imputable a la administración por cuanto la conducta de la administración fue diligente (no culposa) y conforme a derecho.

Otra sentencia del Consejo de Estado que ilustra la falta de coherencia argumentativa en el tema que nos ocupa es la de 3 de Febrero de 2010²¹⁸ con ponencia de RUTH STELLA CORREA en donde se lee que “si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo”(Subrayas fuera de texto original). Hasta aquí el razonamiento no supone reproche alguno por cuanto es correcto afirmar que bajo el esquema de responsabilidad objetiva del artículo 90, la responsabilidad de la administración irrumpirá cuando el daño antijurídico sea imputable a una conducta activa u omisiva de la administración conforme se analizó en el acápite correspondiente a la imputación. Nótese que en la parte transcrita de la sentencia que se analiza no se habla de conducta regular o irregular, lícita o ilícita, sino simple y llanamente de conducta, a secas, como corresponde cuando se está tratando de responsabilidad estrictamente objetiva. Lo desafortunado para la coherencia y seguridad jurídica es cuando en la misma sentencia se pretende soportar lo que se transcribió

²¹⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 3 de Febrero de 2010, exp: 18100. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

arriba diciendo que, “en materia de responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial, la decisión favorable a los intereses de la parte demandante no puede ser adoptada con 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”(se subraya). Es decir, la sentencia pretende sustentar una imputación por responsabilidad objetiva conforme a lo preceptuado en el artículo 90 constitucional cuando afirmaba que “el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño” y que tal daño antijurídico le sea imputable a la administración bajo el entendido de que su actuación sea la causa eficiente del mismo, sin detenernos en ese punto de la argumentación en consideraciones del aspecto subjetivo o de antijuridicidad de la conducta, para luego venir a decir, en flagrante contradicción, que ya no bastará la mera actuación de la entidad estatal (como causante eficiente del daño), sino que tal actuación debe reñir con la *lex artis*, o si se quiere, constituir una conducta culposa, lo cual, por donde se le mire, es una apreciación subjetiva de la conducta de la administración.

Vemos, entonces, que la jurisprudencia contenciosa en un esfuerzo empeinado por cumplir el mandato del artículo 90 constitucional y por ende abrirle espacio al daño antijurídico como factor de atribución termina o bien envuelta en un juego de palabras desquiciado, o bien creando una nueva teoría *sui generis* de imputación en donde un “daño antijurídico” es imputado a la entidad estatal, no por la antijuridicidad *per se* del daño, sino porque tal daño (antijurídico o no) fue producido causalmente por la actitud culposa, omisiva o tardía de la administración; es decir, en últimas, la antijuridicidad del daño viene a ser un estudio subjetivo de la conducta administrativa: si la administración

causó un daño y dicho daño fue consecuencia de una actuación culposa, entonces tal daño es antijurídico (y por lo tanto imputable a la administración); si no medió culpa de la administración el daño ocasionado es de aquellos no antijurídico, o si se quiere de aquellos que la víctima tenía el deber (¿legal?) de soportar. En suma, el daño antijurídico ocasionado con la actividad médica de la administración corresponde a un daño ocasionado con culpa del ente estatal. De esta reflexión también viene a dar claro ejemplo el siguiente aparte del salvamento de voto de la ex Consejera de Estado María Elena Giraldo Gómez cuando dice: “Por lo tanto el daño demandado, muerte del paciente Javier, no es antijurídico; no se presentó por falta de atención, atención indebida, ignorancia o descuido en la prestación del servicio médico, como lo asegura la demanda.”²¹⁹

5. Situación actual: ¿Responsabilidad cuasiobjetiva del Estado?

Hechas las consideraciones precedentes es legítimo preguntarse si estaremos adoptando jurisprudencialmente, a nuestra manera e idiosincracia, una especie de lo que en la jurisprudencia española se conoce como responsabilidad “cuasiobjetiva”²²⁰ en el

²¹⁹ Salvamento de voto de la ex consejera de Estado María Elena Giraldo Gómez en la sentencia de 10 de febrero de 2000, radicado 11.878. M.P: Dr Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²²⁰ La denominada <<soluciones cuasiobjetivas>> decantada por la jurisprudencia española y fuertemente criticada por la doctrina de dicho país ha sido explicada por el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Enero de 1996 así: “Evidentemente, el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por norma general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en el fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso, y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa; así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de

entendido de que la responsabilidad médica del Estado es teóricamente objetiva y como tal se funda en el daño antijurídico por aplicación del artículo 90 constitucional, pero que para su configuración es condición ineludible demostrar que hubo culpa médica (falla del servicio) y que ésta fue causa eficiente del daño irrogado²²¹; o se tratará de meras contradicciones doctrinales que, por donde se mire, en nada contribuye a aclarar, unificar y afianzar una postura idónea en estos temas.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado más reciente la postura “cuasiobjetiva” de que hemos hablado parece haber llegado para quedarse: no basta la constatación de un daño antijurídico imputable a una entidad administrativa para que irrumpa la responsabilidad del Estado, es necesario que tal daño haya sido causado por la acción u omisión de una autoridad pública, y no sólo eso, se requiere además que dicha actuación u omisión sea causa eficiente y constituya una falla del servicio, esto es, que la acción u omisión del Estado constituya una culpa administrativa. Lo antedicho es lo que puede interpretarse de lo argumentado en la *obiter dicta* de la sentencia de 28 de Febrero de

las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose procedido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos, originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor>>. La crítica a las susodichas soluciones cuasiobjetivas es plasmada por el tratadista DÍEZ-PICAZO así: “Tanto la sentencia que estoy ahora comentando, como otras muchas de todos estos años, establecen la idea de que el culpabilismo o reproche culpabilístico, o como se le quiera llamar, es la regla general en la aplicación del artículo 1.902 (<<por regla general>>, dice expresamente la sentencia). Ello no es óbice para que esta línea culpabilística impida acudir hacia otros sistemas que nosotros vamos a denominar de responsabilidad por riesgo y que esta sentencia califica vagamente como <<soluciones *cuasiobjetivas*>>. El problema consiste en que no sabemos nunca cuándo y con arreglo a qué criterios se va a aplicar una u otra línea, ni cuáles son las condiciones a partir de las cuales el culpabilismo va a hacer transición hacia las llamadas soluciones *cuasiobjetivas*, por utilizar la misma terminología de la sentencia.” Tomado de DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Civitas, 1999, p. 22 yss.

²²¹Una crítica similar hace el profesor GARCÍA VÁSQUEZ cuando afirma: Y es que si se analiza desprevenidamente y sin sesgos teóricos la situación, se llega fácilmente a la conclusión de que si para determinar la responsabilidad estatal se debe establecer el desvalor de su conducta, nada nuevo se habría introducido con el artículo 90 y con su daño antijurídico, porque la responsabilidad dependerá de la demostración del título de imputación [es decir de la falta o falla del servicio], tal como funcionó la responsabilidad estatal antes de la Constitución del 91”

2011²²² en donde el Consejo de Estado dijo: “En síntesis, que la sola intervención - actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño. Es decir, que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no resulta suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente o de otra causa diferente.”

Una vez hechas estas reflexiones es lícito cuestionarse lo siguiente: si el artículo 90 constitucional objetiviza la responsabilidad patrimonial del estado fundamentándola en el daño antijurídico, ¿cómo es que siguen aplicándose los títulos de imputación decantados jurisprudencialmente bajo la constitución de 1886? La respuesta a este interrogante nos la expone el profesor JUAN CARLOS HENAO de la siguiente manera:

“En efecto, si bien se le ha dado un golpe duro a la noción de falla del servicio, puesto que no necesariamente tiene que ser el fundamento para que procediera la declaratoria de responsabilidad, se debe recordar que “la

²²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de Febrero de 2011, exp: 20215. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio

consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal, no está ni objetivizándola, ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino solo ampliando su ámbito de aplicación”, puesto que “no es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad se volvió objetiva y que en ningún evento se puede probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque si puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación”²²³. Lo anterior conlleva a que la noción de daño antijurídico ha servido para que el juez administrativo se adapte a la nueva realidad, sin producir verdaderamente traumatismos en la jurisprudencia que había producido bajo el imperio de la constitución de 1886, puesto que los regímenes que utilizaba antes de 1991 siguen vigentes y utilizados. De todas formas debe anotarse que el actual texto ha servido para que se pierda el tabú por la responsabilidad objetiva, sin que ello signifique que se califique de tal el actual ordenamiento jurídico.”²²⁴

De manera que el texto del artículo 90 constitucional es un recopilador de títulos de imputación, resquebrajador de tabúes jurídicos y dice una cosa pero significa otra. Como se ve, el artículo 90 superior tiene tantas interpretaciones como personas se atreven a opinar al respecto. Y en mi opinión, la antijuricidad del daño de que habla el mencionado artículo 90 para efectos de los casos de responsabilidad médica no debe derivar de la ausencia de causales de justificación sino de la defecutosidad del acto

²²³ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 2 de Marzo de 1993, exp: 7429 M.P: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Citada en texto original.

²²⁴ HENAO, Juan Carlos. “La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”. En: Seminario internacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. México D.F. 4 y 5 de Octubre de 1999.

médico realizado que causó dicho daño “antijurídico”, pues no es posible concebir dentro de las hipótesis de daños causados en la actividad médica, que hayan daños que la ley o la jurisprudencia impongan a la víctima el deber jurídico de soportarlo. De manera que las únicas “causales de justificación” o “factores de no imputación” en este tipo de eventos adversos se concretarían cuando se pruebe que el facultativo obró conforme a la *lex artix ad hoc* (ausencia de culpa), cuando se acredite que el daño sufrido por el paciente obedeció a un evento adverso no evitable o imprevisible (*alea terapéutica*), o cuando se pruebe que el daño es producto de un caso fortuito, fuerza mayor o causa extraña.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN EL ÁMBITO MÉDICO

1. Eventos de responsabilidad objetiva en la prestación médico asistencial del Estado en Colombia.

Pregonar la responsabilidad objetiva en una actividad con régimen de responsabilidad esencialmente culpabilista como la médica puede desembocar en una “medicina defensiva”, además de suponer una afrenta al consenso general de que la medicina no es una actividad de riesgo o de peligro. Sin embargo, no se puede desconocer que en la actividad médica existen varios escenarios concretos en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo. El Consejo de Estado²²⁵ a modo ilustrativo destaca los siguientes supuestos para efectos de determinar cuándo estamos frente a una situación que puede regirse por una responsabilidad objetiva:

i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear), iv) en supuestos de vacunas porque se asume de

²²⁵ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp: 20.836. M.P: Dr. Enrique Gil Botero.

manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva.

Pasaremos ahora a ver hipótesis concretas decantadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano en el ámbito de la responsabilidad médica que se gobiernan por el régimen de la responsabilidad objetiva.

2. Responsabilidad objetiva por óblito quirúrgico cuando se reclaman daños causados por el riesgo inherente a la cosa o en conjunto con el óblito mismo.

El término óblito se usa para definir a todo cuerpo extraño olvidado dentro del cuerpo de un paciente durante el curso de una intervención quirúrgica o procedimiento invasivo. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc) y, más frecuentemente, gasas o compresas.

Conforme a la jurisprudencia inicial que sobre el tema desarrolló el Consejo de Estado, los eventos de óblito quirúrgico²²⁶ fueron considerados como prueba fehaciente de una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos; es decir, el óblito constituye por sí

²²⁶ El Consejo de Estado desde la sentencia del 3 de Noviembre de 1992, rad: 7336 ha venido considerando el óblito quirúrgico como una señal evidente de falla médica por cuanto que “esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actúo en tal intervención”.

mismo una falla en la prestación del servicio que, en principio queda acreditado, como se puede ver, mediante la regla de prueba *res ipsa loquitur*²²⁷. No obstante en más reciente jurisprudencia (Sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp: 20836. M.P: Dr. Enrique Gil Botero), el Consejo de Estado considera prudente detenerse en el estudio “de los diferentes daños asociados con el oblito quirúrgico; lo anterior, en la medida que será posible en esta clase de asuntos invocar de manera autónoma o conjunta dos tipos de detrimentos o lesiones antijurídicas que se pueden o no presentar de forma autónoma o conjunta, circunstancia de la que dependerá qué tipo de régimen de responsabilidad gobierna el caso. En efecto, si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada a partir de la máxima *res ipsa loquitur*”. Pero, “si en la demanda se solicitan o reclaman daños irrogados por la cosa misma, en virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la responsabilidad de la administración sanitaria bajo estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso. Este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetiva ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda. En efecto, el régimen objetivo se impone en este tipo de hipótesis porque en aras de exonerarse de responsabilidad no deviene relevante que la entidad pública

²²⁷ Consejo de Estado. Sección tercera, sentencia de 23 de Junio de 2010, exp: 18348. M.P: Dra. Gladys Agudelo Ordoñez.

demuestre que se comportó de manera diligente y cuidadosa. **En otros términos, el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblito y de los efectos dañinos que de él se desprenden.** Por lo tanto, la entidad demandada sólo podrá exonerarse si se acredita una causa extraña, esto es, una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero. (...) en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano, **o cuando se reclama de manera simultánea por ambos daños –esto es, por el oblito quirúrgico y por las patologías por él desencadenadas– la responsabilidad se torna objetiva como quiera que está directamente relacionada con el riesgo o peligrosidad de la cosa.** En situaciones de esta naturaleza, no se imbrica la cosa con el actuar humano a diferencia de otros eventos (v.gr. daños causados por bisturís o por agujas) porque en los oblitos quirúrgicos el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada”. (Negritas y subrayas fuera de texto original)

3. Responsabilidad objetiva en la normatividad foránea. La constitución Española de 1978

El artículo 90 de la constitución colombiana tiene una clara inspiración en el sistema de responsabilidad estatal objetiva consagrado en el artículo 106.2 de la constitución Española de 1978 y la que a su vez recoge la fórmula de la ley española de expropiación Forzosa del año 1954, al señalar que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños que sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Nótese <<que ya no dice “del funcionamiento normal o anormal”, sino que establece de una forma más sintética que todos los años que se deriven del funcionamiento de los servicios públicos son imputables, no a la víctima sino a la administración causante>>.²²⁸

La constitución española del 78 permitió (contrario a lo establecido en nuestra constitución del 91) la reglamentación legal del precitado artículo 102.6, lo cual no fue desaprovechado por el poder legislativo de ese país, emitiendo en consecuencia la “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común”, también conocida como la Ley 30/92. Es en virtud de esta ley que <<todas las acciones y pretensiones de responsabilidad se residencian en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Se consagra el principio de unidad jurisdiccional y, lo que es más importante, se reconoce –como ya lo hacía la ley del 56- la posibilidad de que las pretensiones de los ciudadanos ante los jueces no se limiten a pedir la anulación de un acto o de un reglamento, sino también a ser indemnizados; y

²²⁸ LEGUINA VILLA, Jesús. “Origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado”. *En* *La responsabilidad patrimonial del Estado. Memorias del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. México: Instituto Nacional de Instrucción Pública, 2000, p., 15.

finalmente, se contiene un precepto en esta ley de lo contencioso-administrativo, que es el artículo 106.1, en el que se regulan de una manera muy avanzada las sentencias de condena a la administración, es decir, al pago de cantidad líquida, entre las cuales se encuentran ciertamente las sentencias al pago de indemnizaciones extracontractuales>>.²²⁹

Hechas estas precisiones legales del derecho español no sorprende ver que la responsabilidad de las clínicas y sanatorios públicos y privados de dicho país se fundamenta en estándares de responsabilidad objetiva, de naturaleza contractual y con inversión de la carga de la prueba que ello implica. En este contexto se dice que “la clínica privada o la institución de sanidad pública responde principalmente con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, como incumplidor de una obligación contractual de proveer adecuadamente servicios sanitarios [...]”²³⁰. En igual sentido GALÁN CORTÉS señala que “los entes sanatoriales mantienen con sus pacientes, al menos a priori, una relación contractual y directa, por cuya razón la responsabilidad civil del nosocomio asienta en factores de atribución objetivos, en virtud de los cuales se debe garantizar y asegurar que no sufrirá daños durante su ingreso o estancia en el mismo”²³¹.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 9

²³⁰ CARRASCO PERERA, Angel. *Responsabilidad médico sanitaria: un modelo de fundamentación a la luz de la jurisprudencia española*, LL205-F, 819 y ss. Citado por LOPEZ MEZA, Marcelo J. *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Editorial Legis, p.233

²³¹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*. Citado por LOPEZ MEZA, Marcelo J. *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Editorial Legis, p.233

4. El asunto de la Responsabilidad Objetiva y directa del Estado en la normatividad foránea.

Para contrastar la manera como el Consejo de Estado ha venido aplicando de manera imprecisa la responsabilidad por daño antijurídico, es pertinente analizar lo que sobre responsabilidad objetiva entienden legislaciones foráneas y especialmente la española de la cual se tomó conceptualmente el artículo 90 de nuestra constitución.

LEGUINA VILLA define la responsabilidad directa de la administración como aquella en que <<la víctima del daño no tiene que identificar, no tiene que localizar al agente público, al funcionario que con su conducta personal ha causado el daño, y sólo una vez identificado éste y probada su culpabilidad, su responsabilidad se transfiere, se imputa a la administración. En efecto, el funcionario es un órgano de la administración y cuando la actividad administrativa desempeñada a través de agentes públicos causa un daño, la responsabilidad o los efectos indemnizatorios de esa acción dañosa se imputan directamente al ente>>.²³²

En lo que concierne a la responsabilidad objetiva de la administración, el precitado autor expone que es aquella en la que << además de los daños causados a los particulares, que tienen su origen en actividades ilegales o en conductas culpables o dolosas de los agentes públicos, que quedan cubiertas naturalmente por el principio de responsabilidad directa de las administraciones públicas, el sistema cubre también la resarcibilidad de los daños que se deriven no de conductas ilegales o culpables sino del

²³² LEGUINA VILLA, Jesús. “Origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado”. *En* *La responsabilidad patrimonial del Estado. Memorias del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado. Op. Cit.*, p. 10

funcionamiento legal, correcto, normal de la actividad administrativa, pero con una consecuencia inevitable, y muchas veces involuntaria, desencadena un evento lesivo en un patrimonio cuyo titular no tiene el deber de soportar>>.²³³ Como puede verse, a la luz de la normatividad española <<este doble rasgo de responsabilidad directa y objetiva cubre todo el actuar de la administración, tanto el ilícito como el lícito>> recalcando en el hecho de que <<el lícito cuyas consecuencias dañosas no tienen por qué ser padecidas sólo por la víctima, sino repartidas y, por tanto, imputadas a la propia administración actuante>>.²³⁴

En lo que antaña a la responsabilidad de las instituciones de salud de España, ya se trate de clínica privada o de institución de sanidad pública, estas responden principalmente con criterio objetivo con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil español, como incumplidor de una obligación contractual de proveer adecuadamente servicios sanitarios²³⁵. Por su parte la jurisprudencia española ha aplicado también estándares de responsabilidad objetiva, con inversión de la carga de la prueba, respecto de las demandas contra instituciones públicas y privadas, “de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo (o, en general, de un profesional sanitario) de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo. Cuando así ocurre, los tribunales acuden a la idea de <<conjunto de posibles deficiencias asistenciales>>, lo que exime al paciente de la

²³³ *Ibíd.*, p. 11

²³⁴ *Ibíd.*, p. 11

²³⁵ CARRASCO PERERA, Angel. *Responsabilidad médico sanitaria: un modelo de fundamentación a la luz de la jurisprudencia española.*, LL 2005-F, 819 y ss. Citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Op.Cit.*, p. 232.

prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella”²³⁶.

En este orden de ideas la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dijo:

“Así, la sentencia de la Sala Cuarta de 5.6.91 declaró ya que <<es claro que la asistencia sanitaria prestada por el Insalud a los beneficiarios de la seguridad social está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal y, máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable por la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el artículo 106.2 de la Constitución Española.>>

“La sentencia de la misma Sala de 20.4.92 declara que <<en el ámbito del Derecho administrativo y del laboral gana terreno, día a día, el principio de responsabilidad objetiva que viene impuesto, en este caso, por la exigencia de eficacia en la prestación de la asistencia sanitaria que impone el artículo 7 de la Ley 14/1986 de 24 de Abril, sobre sanidad>>. Añade la resolución que <<desde esta perspectiva enjuiciadora que, lógicamente, supone un debilitamiento en la exigencia del requisito subjetivo atinente a la culpa o negligencia, la valoración que merece la conducta adoptada por los facultativos médicos del Insalud, a los que correspondió asumir la

²³⁶ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*. Madrid: Civitas, 1999, p. 42-43.

atención médico-sanitaria determinante de la presente reclamación por daños y perjuicios, no puede, en manera alguna, excluir la imputación de estos últimos>>”.²³⁷

Por su parte en el derecho argentino encontramos que la responsabilidad de los sanatorios y hospitales es también esencialmente objetiva fundada en la violación de una obligación tácita de seguridad generada por aplicación del artículo 504 del Código Civil argentino, o por el cumplimiento de una obligación legal de garantía, siendo esta última el factor de atribución preponderante en virtud de la cual “el organizador del servicio médico se transforma así en garante de su inocuidad o, en caso contrario, en garante de su dañosidad, cualquiera que sea la causa del daño, mientras que no se trate de una causa ajena, que corte el nexo causal respecto del sanatorio u hospital.”²³⁸ Es así como en jurisprudencia argentina se ha declarado que “la responsabilidad del hospital o sanatorio en que es asistido un paciente se funda en una obligación de garantía de la conducta de los dependientes o subordinados en la ejecución de la prestación, o del hecho de las personas que emplea lícitamente en el cumplimiento de su obligación, o por la circunstancia de que el deudor responde siempre de las diligencias de las personas o persona mediante la cual se debe realizar la prestación.”²³⁹

²³⁷ Jurisprudencia citada por DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 43.

²³⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Op. Cit.*, p.232.

²³⁹ CNCiv., Sala K, 18/09/2006, “S.,A.E.c. Hospital Privado San Lucas Sociedad Anónima y otros”, LL diario 24/11/2006, p. 7

CAPÍTULO V

EL ALEA TERAPÉUTICA COMO NUEVO SISTEMA INDEMNIZATORIO POR SOLIDARIDAD: LA NO RESPONSABILIDAD INDEMNIZABLE.

1. Noción de alea terapéutica como evento adverso generador de daños resarcibles

El alea terapéutica para efectos de determinar responsabilidades o exoneraciones de responsabilidad según se mire, es una teoría novedosa con una historia de decantación jurisprudencial de largo aliento en los tribunales y la academia francesa, que busca englobar hipótesis de eventos adversos que pueden presentarse con ocasión de actos médicos no culposos, y que generan daños que se producen en condiciones de imprevisibilidad y anormalidad o que ocurren de improviso y no pueden predecirse.²⁴⁰

Se trata, como se verá, de encontrar una postura equilibrada entre el derecho al resarcimiento del paciente por daños ocasionados con ocasión a actos médicos no culposos (o el menos no imputables objetivamente al galeno), y la noción de justicia de que el médico o la entidad hospitalaria sólo deberá responder por los daños ocasionados que le sean imputables y que provengan de riesgos previsibles y previamente informados al paciente. De esta manera, y en el entorno del sistema judicial francés, los daños causados que encajen en las hipótesis de alea terapéutica establecidas en la ley francesa 303 de 2002²⁴¹ serán asumidos por un Fondo de Garantía a cargo del Estado

²⁴⁰ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano”. En: Revista Derechos y Valores. Volumen XII, No. 23. Enero-Junio 2009. Universidad Militar Nueva Granada, p.45

²⁴¹ “Si bien la Ley francesa 303 de 2002 no definió lo que debía entenderse por alea terapéutica, si consideró tres tipos de daños concernientes a dicha noción y que se beneficiaban de la solidaridad nacional, a saber, los accidentes médicos, las afecciones iatrogénicas, y las infecciones nosocomiales” *Ibidem*, pág. 44

francés. Este novedoso sistema de responsabilidad denominado la “no responsabilidad indemnizable”²⁴² ha estado claramente ausente en nuestro sistema jurídico positivo, siendo necesario al menos un debate académico que abra las puertas a su implementación. Enunciaremos algunas posturas doctrinales y, soportados en el excelente artículo “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano” de la doctora MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ desarrollaremos este acápite.

En términos muy generales el alea terapéutica es un concepto que en el contexto de la responsabilidad médica viene a significar “los aspectos adversos que puede presentar un paciente en su salud o integridad corporal a raíz de un acto médico”²⁴³.

Por el lado de la doctrina francesa, el tratadista GERMOND define el alea terapéutica así: “todo evento consecutivo a un acto, o conjunto de actos de carácter médico o una hospitalización que haya traído sobre el paciente consecuencias dañosas para la salud, excepcionales y anormalmente graves, independientes de la evolución de la afección en causa y del estado anterior conocido y de toda culpa del galeno o el establecimiento de salud”²⁴⁴.

Ahora bien, la responsabilidad médica por alea terapéutica refiere conforme lo dice YEPES RESTREPO “a un tipo de responsabilidad más que objetiva, denominada *non*

²⁴² Como bien lo llama el tratadista De Trazegnies. *Ibidem.*, p. 45

²⁴³ YEPES RESTREPO, Sergio. “La nueva ley francesa de derecho médico”. En: Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Revista No. 17, p.12

²⁴⁴ GERMOND, M., L’indemnisation de l’aléa thérapeutique par les compagnies d’assurance, in L’indemnisation de l’aléa thérapeutique. Ed. Sirey, París, 1995. Pág. 65. Citado por YEPES RESTREPO, Sergio. “La nueva ley francesa de derecho médico”. Cit., p. 13.

fault y comprende tanto las hipótesis de responsabilidad por culpa como aquellos eventos de efectos adversos en la salud del paciente que no tienen una explicación dentro de los límites de la ciencia. Incluiría por tanto, ciertas reacciones imprevisibles del organismo del paciente y no evitables, así como las desconocidas, con el fin de proteger a la persona damnificada que a raíz de la prestación de un servicio de salud presenta un daño”²⁴⁵.

A manera de observación nótese como para el tratadista Yepes Restrepo los daños ocasionados dentro de un contexto de alea terapéutica se engloban dentro de una auténtica responsabilidad “ más que objetiva” siguiendo sus palabras, lo cual irrumpe en un contrasentido cuando expone que “comprende tanto las hipótesis de responsabilidad por culpa”, porque como sabemos la responsabilidad objetiva excluye de tajo todo análisis subjetivo o conductual del agente.

Recapitulando, es interesante ver que el álea terapéutica para algunos autores como FRANCISCO BERNATE OCHOA constituye un eximente de responsabilidad del médico y además no genera indemnización de ningún tipo; para otros, es un auténtico generador de daños resarcibles pero no imputables a una ‘culpa médica’ (derecho francés); para otros, es un evento de auténtica responsabilidad médica, es decir el patrimonio de los médicos involucrados responde por los daños causados dentro del contexto del alea terapéutica (jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano).

²⁴⁵ YEPES RESTREPO, Sergio. “Paralelo entre la responsabilidad civil médica en Europa y Colombia”. En: Revista Médico-Legal, Mayo-Agosto de 2000, Año VI, No. 2, p. 18.

2. Antecedentes jurisprudenciales de responsabilidad médica por alea terapéutica.

El fallo Bianchi.

Es a partir de 1993 y a raíz del fallo “Bianchi” del Consejo de Estado francés que se admite la responsabilidad sin culpa del hospital en caso de “alea terapéutica”. En el mencionado fallo “Bianchi” el Consejo de Estado francés afirmó: “cuando un acto médico necesario a los fines del diagnóstico o para el tratamiento del enfermo presenta un riesgo cuya existencia es conocida pero cuya realización es excepcional y en el cual ninguna razón permitía pensar que el paciente estuviere en ese caso particularmente expuesto, debe responder el servicio público hospitalario si la ejecución de ese acto fuere la causa directa del daño sin relación con el estado inicial del paciente ni con la evolución previsible de ese estado, y presentar un carácter de extrema gravedad.”²⁴⁶

Como consecuencia de este fallo, la doctrina administrativa francesa determinó que el fallo Bianchi establecía como elementos necesarios para que haya lugar a responsabilidad por virtud de álea terapéutica, los siguientes: “que el acto médico sea necesario, el riesgo debe ser conocido pero su realización excepcional, el daño debe presentar un carácter de extrema gravedad y procede la indemnización independientemente del estado anterior [del paciente], lo que normalmente constituía una causal de exoneración o limitación de responsabilidad”²⁴⁷.

²⁴⁶ Consejo de Estado Francés, 9 de abril de 1993. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Edición Homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires: Ediciones UNL, 2005, p. 31

²⁴⁷ DUCLOS, R., Les implications de l'arrêt Bianchi du 9 avril 1992 du Conseil d'Etat pour les hôpitaux publics, Journal de Médecine Légale Droit Médical, 1996, Vol. 39, 564-657. Citado por YEPES RESTREPO,

Así las cosas, el fallo Bianchi viene a significar la etapa donde el médico y la entidad hospitalaria les era imputables daños ocasionados por eventos de álea terapéutica, situación a todas luces injusta si se tiene en cuenta que los galenos estaban respondiendo por eventos adversos sobre los cuales ellos no tenían control ni incidencia causal directa. Esta etapa es superada con la expedición de la Ley 303 de 2002 en donde las indemnizaciones por daños ocasionados por eventos de alea terapéutica con asumidos por un fondo de solidaridad a cargo del Estado francés y conforme pasa a analizarse.

3. La Ley francesa 303 del 4 de Marzo de 2002

El alea terapéutica como evento causador de daños indemnizables tanto en el ámbito público como privado es un tema que ha tenido una discusión en los foros judiciales y académicos franceses por algo más de 40 años, y que propiciaron la intervención del Legislativo francés con la expedición de la Ley francesa 303 del 4 de marzo de 2002²⁴⁸. Esta ley en su artículo L 1141-1 II creó un derecho a la indemnización del alea terapéutica a título de solidaridad nacional²⁴⁹. De ahí que el nombre de este novedoso sistema de responsabilidad se denomine “responsabilidad por solidaridad”. Como particularidades de esta ley y siguiendo el análisis de la profesora MONICA LUCIA FERNÁNDEZ²⁵⁰ podemos reseñar las siguientes:

²⁴⁸ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano”. En: Revista Derechos y Valores. Volumen XII, No. 23. Enero-Junio 2009. Universidad Militar Nueva Granada, p.43

²⁴⁹ Ibidem, p. 44

²⁵⁰ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano”. En: Revista Derechos y Valores. Volumen XII, No. 23. Enero-Junio 2009. Universidad Militar Nueva Granada, p.44

- La ley 303 de 2002 si bien no definió de manera expresa lo que debía entenderse como alea terapéutica, si consideró tres tipos de daños concernientes a dicha noción y que se beneficiaban de la solidaridad nacional a saber: los accidentes médicos, las afecciones iatrogénicas y las infecciones nosocomiales. El accidente médico lo define la citada ley como el acontecimiento imprevisto que causa un daño accidental que tiene un nexo de causalidad con un acto médico, pero cuya realización es independiente de toda culpa. Este accidente independiente de toda culpa y de la evolución de la enfermedad y del estado de salud anterior del paciente, se manifiesta por consecuencias patológicas excepcionales y anormalmente graves.

Las afecciones iatrogénicas refieren a aquellas que son inducidas por el tratamiento, por el proceso de asistencia médica, como lo son v.gr. los efectos secundarios desarrollados después de la toma de medicamentos.

Por su parte, las infecciones nosocomiales son definidas por la Organización Mundial de la Salud como “Una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta a esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones

ocupacionales del personal del establecimiento.”²⁵¹. Estas infecciones nosocomiales se distinguen de las afecciones iatrogénicas porque aquellas aparecen después de una hospitalización estando ausente al momento de la admisión.

- La ley francesa en comento subordinó la reparación del alea terapéutica al cumplimiento de tres condiciones. En primer lugar los daños deben ser imputables a actos de prevención, diagnóstico o asistencia médica, lo cual excluye los daños que resultan de actos no médicos. En segundo lugar los daños deben traer para el paciente consecuencias anormales con relación tanto a su estado de salud como a la evolución previsible de dicho estado de salud. Finalmente, para controlar la carga financiera de la indemnización, se establece que el daño reparable debe exceder un porcentaje de gravedad del 24% de incapacidad permanente. Según la ley ese porcentaje del 24% es asimilable a aquellos casos en que la duración de la incapacidad temporal es al menos igual a 6 meses consecutivos o a 6 meses no consecutivos en un período de 12 meses. La citada tasa del 24% se aplica también para aquellos casos donde, a título excepcional, la gravedad del daño se materializa en que la víctima es declarada definitivamente no apta para ejercer la actividad profesional que ejercía antes del accidente, o porque el evento de alea terapéutica ocasiona problemas particularmente graves en el orden económico y en lo que respecta las condiciones de existencia de la víctima.
- La ley no distingue si se trata de un riesgo imprevisible con causa desconocida o de un riesgo conocido pero de realización excepcional. Como la ley no hace ninguna distinción al respecto, es de esperarse que la indemnización comprenda todos esos riesgos. Importante tener en cuenta que el criterio de excepcionalidad o

²⁵¹ Tomado de la página web http://www.madrimasd.org/blogs/salud_publica/2007/03/08/60693

anormalidad del riesgo debe ser valorado caso por caso, en función de la patología, del tratamiento aplicado, del estado de salud anterior del paciente.

- Los daños ocasionados por eventos de alea terapéutica son asumidos previo cumplimiento de requisitos mencionados en la Ley por un fondo de garantía solidario manejado por el Estado francés. Es decir, tales daños no le son imputables ni a los médicos tratantes ni a las entidades hospitalarias como tampoco son asumidos los pacientes. Importante tener en cuenta que para los casos de infecciones nosocomiales cuyos efectos dañosos generan una incapacidad inferior al 24%, se mantienen las reglas de la responsabilidad sin culpa (objetiva), donde cabe exonerarse solamente con la demostración de una causa extraña.

4. El alea terapéutica en la jurisprudencia contenciosa Colombiana. La sentencia del Consejo de Estado de 24 de Enero de 2002

En la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana no existe sentencia que de manera directa y expresa aplique el alea terapéutica como hipótesis de responsabilidad médica. Sin embargo, la profesora MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ en su artículo “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano” estima muy acertadamente que la sentencia del Consejo de Estado del 24 de Enero de 2002²⁵² contenía fundamentos fácticos y jurídicos que permitían aplicar sin lugar a dudas la teoría del alea terapéutica y no, como desatinadamente hizo el Consejo de Estado al aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad, representada en la omisión de comunicarle al paciente los riesgos de la intervención médico quirúrgica.

²⁵² Radicado 12.702. Esta sentencia también es analizada en el presente trabajo para desarrollar los temas de imputación y carga dinámica de las pruebas.

Los hechos de la sentencia en comento conforme al artículo de la doctora FERNÁNDEZ puede resumirse así: Paciente que ingresa al hospital militar central para extirpación de un glomus carotídeo izquierdo de aproximadamente 8x6 cms., y de cerca de 3 años de evolución. La intervención quirúrgica de extirpación se surtió sin complicaciones al igual que la evolución del paciente en el pos operatorio inmediato. Sin embargo, al día siguiente se observó en el paciente trastorno sensorial asociado con déficit motor, posiblemente coligado a trombosis de carótida interna, razón por la cual se intervino de urgencia al paciente nuevamente, a fin de recuperar el flujo sanguíneo, eliminando la oclusión en la carótida interna, espasmo que causó la suspensión de la circulación de un hemisferio cerebral y en consecuencia un importante grado de compromiso neurológico para el paciente. Así pues, a causa de los múltiples infartos de la arteria cerebral media y anterior izquierda, el paciente resultó con trauma afásico (incapacidad para hablar, leer y escribir) y parálisis en brazo y pierna derechos, ocasionándole una invalidez permanente y definitiva determinada en 100%; además del daño moral, fisiológico y material que fueron resarcidos.

La doctora FERNÁNDEZ considera que en la sentencia de marras estaban dados los supuestos fácticos y jurídicos para aplicar la teoría del álea terapéutica y en consecuencia los daños cuyo resarcimiento se pedían no eran imputables ni a los médicos ni a la entidad hospitalaria demandada, es decir se estaba frente a una hipótesis de daños médicos que quedaba por fuera del ámbito de la responsabilidad. Pero antes de transcribir los argumentos de la doctora FERNÁNDEZ vale la pena mirar la decisión proferida por el *a quo*, en este caso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien exoneró de responsabilidad al Hospital demandado, aplicando de manera inconsiente si

se quiere la teoría del alea terapéutica. Dijo el *a quo*: “*En este caso, el fallador carece de elementos de prueba capaces de demostrar una falla en la prestación del servicio médico, por el contrario, del acervo probatorio se deduce que las lesiones de LUIS ALFREDO SANCHEZ, se habrían presentado aún sin que se hubiera llevado a cabo la intervención quirúrgica..*”. (Subrayas fuera de texto original)

Ahora bien, los motivos que esgrime la doctora FERNÁNDEZ para sustentar la aplicación del alea terapéutica en la sentencia en comento son los siguientes:

“En el evento se determinó, que la conducta médica había sido diligente y se habían cumplido las reglas de la *lex artis*, por otro parte, se estableció que la causa de las secuelas a las que se vió disminuido el paciente había sido el “desprendimiento de placa o fragmento de placa de ateroma arterioesclerótico”, el cual había obstruido la arteria carótida ocasionando una suspensión de la irrigación cerebral. Accidente este que si bien era previsible no podía ser evitado, pues ello implicaría la obstrucción total de la arteria carótida vaso ocasionando un accidente cerebro vascular de consecuencias imprevisibles. Ahora, dentro del proceso se declaró, pero la Sala no lo tuvo en cuenta, que dicho “desprendimiento de placa o fragmento de placa ateroma arterioesclerótico”, no era una simple consecuencia de la patología que aquejaba el paciente (glomus o tumor carotídeo izquierdo), pues dicho desprendimiento “puede pasar aun sin cirugía”. Es decir, se trataba de una consecuencia anormal con relación al estado de salud del paciente, un riesgo que era conocido, previsible, pero, de realización excepcional, que no podía ser evitado. El daño no era, entonces, una simple consecuencia de la patología

que afectaba al paciente al momento de serle practicado el acto médico. Por otra parte, es evidente la gravedad del perjuicio, el cual, como arriba se dijo, le ocasionó al paciente una invalidez del 100%.

“Así pues, haciendo un examen diferente de las pruebas, tal vez habría podido concluirse que se trataba de un evento de alea terapéutica y en consecuencia no atribuible ni a los médicos ni a la entidad hospitalaria.”²⁵³

Puede verse, entonces, que el alea terapéutica es una teoría de origen jurisprudencial francés y con reciente desarrollo legal en el país galo; en nuestra jurisdicción no ha sido acogida con los postulados que la rigen en la jurisdicción francesa, esto es, como una auténtica hipótesis de responsabilidad *sui generis* donde los daños producto de eventos adversos previsibles y no previsibles de carácter anormal y excepcional no se imputan a los médicos ni a las entidades hospitalarias sino que las consecuencias indemnizatorias se asumen por un fondo común manejado por el Estado, de ahí que se considere este tipo de responsabilidad como una responsabilidad por solidaridad.

²⁵³ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. “El alea terapéutica desde la perspectiva del derecho colombiano”. *Cit.*, p. 49

CAPÍTULO VI.

LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD

MÉDICA: LA HISTORIA CLÍNICA Y EL PERITAZGO.

1. La Historica Clínica.

La prestación médica tiene indudablemente un carácter de tracto sucesivo, y dada esta continuidad es necesario contar con un documento que contenga todos los datos de interés del paciente de manera cronológica, precisa y concatenada para ser consultada en cualquier momento por los profesionales de la medicina para atender la patología del paciente. Es así como la historia clínica ha sido definida como un documento que contiene “la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo; y que contiene, además, la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, la terapia o tratamientos a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico donde deberá constar detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, etcétera. Es decir todos los datos que de una manera precisa y completa detallan el servicio médico y auxiliar suministrado”²⁵⁴.

²⁵⁴ VÁZQUEZ FERREYRA. Roberto. *Ob.Cit.*, p. 259

En este capítulo veremos la importancia de la historia clínica como documento probatorio en los juicios de responsabilidad médica del Estado y como documento privado del paciente que da cuenta de la calidad de la práctica médica dispensada.

1.1 Importancia de la Historia Clínica como documento de prueba en la Responsabilidad médica.

El diligenciamiento de la historia clínica es uno de los deberes principales a cargo del profesional de la medicina en particular y de los profesionales de la salud en general, en cuanto que la participación de estos últimos (enfermeras, instrumentadores quirúrgicos, bacteriólogas, fisioterapeutas, etc) incidan de alguna manera en el diagnóstico, procedimiento quirúrgico, tratamiento y recuperación del paciente teniendo en cuenta que todos los actos médicos así como las condiciones generales del paciente deben estar registrados en la historia clínica de manera clara, precisa y secuencial²⁵⁵.

La elaboración de la historia clínica supone, hoy por hoy, una pluriparticipación de sujetos en la que <<el médico es quien realiza la historia, dirige el interrogatorio del paciente, realiza las exploraciones y solicita las pruebas complementarias que considere necesarias para llegar a un diagnóstico acertado y a la prescripción de un tratamiento en consonancia con el diagnóstico emitido; en el medio hospitalario el personal de

²⁵⁵ Por su parte, el literal “a” del artículo 1º de la Resolución 1995 de 1999 del ministerio de la Protección Social define la historia clínica así:

“ARTÍCULO 1.- DEFINICIONES.

a) La Historia Clínica es un documento 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. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

enfermería complementa la información clínica en su cometido en la asistencia al paciente; el médico tiene así mismo el deber de custodiar la historia clínica, mientras está en su poder, y de garantizar la confidencialidad de los datos contenidos en ella. Por su parte el paciente proporciona numerosos datos de tipo personal en una actitud de confianza y colaboración con el médico y él es el sujeto sobre el que recaen las exploraciones y pruebas complementarias que forman parte de la historia. El *centro* [médico] a su vez, facilita los medios técnicos que posibilitan el estudio del paciente, y en muchos casos, el tratamiento indicado para la mejoría o curación; está obligado a proporcionar al médico los medios para la conservación de la historia clínica o a custodiarla en los servicios de documentación que se han generalizado en los hospitales al objeto de centralizar la información, informatizarla y facilitar su custodia.>>²⁵⁶

Se recalca que la historia clínica debe elaborarse siempre que un paciente, o usuario de la asistencia sanitaria solicite cualquier tipo de intervención médica.

En nuestro derecho positivo la historia clínica está regulada por la Ley 23 de 1982 de la siguiente manera:

“ARTICULO 33. Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

ARTICULO 34. 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.

ARTICULO 35. En las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud.

ARTICULO 36. En todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad.

Cuando quiera que haya cambio de médico, el reemplazado está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos a su reemplazante.”

²⁵⁶ GISBERT CALABUIG, Juan Antonio y VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique. *Medicina Legal y Toxicología*. Op. Cit., p. 104.

Como podrá verse, la omisión de llevar una historia clínica conforme lo ordena la Ley 23 de 1981 no sólo es constitutivo de una falta ética-disciplinaria, sino que pondrá en aprietos al profesional de la salud a la hora de enfrentar un juicio de responsabilidad civil, penal o administrativo, como quiera que la historia clínica constituye el principal medio probatorio con el que cuenta el galeno a la hora de demostrar su conducta diligente y cuidadosa desplegada frente a un caso particular.

El Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de referirse a las características y contenido de la historia clínica reiterando lo preceptuado por la Ley 23 de 1981 y la Resolución 1995 de 1999 del ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) de la siguiente manera:

“La Historia Clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente (Ley 23 de 1981). Es un documento 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. Las características básicas de la Historia Clínica son: integralidad, secuencialidad, racionalidad científica, disponibilidad y oportunidad. Integralidad: la historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y

social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria. Secuencialidad: los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario. Racionalidad científica: para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo. Disponibilidad: es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley. Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio (Resolución 1995 de 1999 Ministerio de Salud).”²⁵⁷

La precitada sentencia reitera así mismo que “el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa”²⁵⁸, al mismo tiempo que constituye registro formal y único de la

²⁵⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 12 de Febrero de 2009, exp. 16147.M.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁵⁸ Consejo de Estado, Ibídem.

atención brindada por el médico, es inmodificable, y es una prueba veraz, imparcial y válida para la justicia²⁵⁹.

La inmodificabilidad de la historia clínica es un atributo que deriva de la integralidad de la misma y propende por evitar su falsedad o adulteración. Toda adulteración no justificada de la historia clínica conlleva de suyo el delito de falsedad de documento privado con las consecuentes sanciones penales.

1.2. La historia clínica en los juicios de responsabilidad extracontractual médico asistencial del Estado.

La historia clínica junto con el dictamen pericial que rindan los expertos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses²⁶⁰ o los médicos inscritos en las listas de auxiliares de la justicia vienen a constituir las pruebas fundamentales que no las únicas para acreditar los elementos constitutivos de responsabilidad patrimonial en asuntos médicos. Para el Consejo de Estado es la historia clínica específicamente, el único documento idóneo a través del cual se verifica la atención que fue dispensada a un paciente,²⁶¹ pues gracias a ese documento es posible “saber cuáles fueron de manera detallada y precisa las circunstancias que propiciaron la actividad médica, los diagnósticos, los tratamientos, las conductas a seguir, las complicaciones que se

²⁵⁹ Apreciación tomado de <http://www.encolombia.com/medicina/neumologia/neum141-02tema-hist.htm>

²⁶⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp. 20654. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁶¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 9 de Junio de 2010, exp: 20797. M.P: Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.

presentan, los antecedentes del paciente, los resultados obtenidos con todo ello, etcétera.”²⁶²

La importancia de la claridad y precisión en la elaboración de la historia clínica en el ámbito probatorio en juicios de responsabilidad médica del estado ha sido de especial inquietud y reiteración por la jurisprudencia contenciosa en los siguientes términos:

“Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.” (Las subrayas fuera de texto)²⁶³.

La elaboración de historias clínicas lo más claras, fidedignas y completas posibles por parte de los profesionales de la salud de las entidades públicas es un deber exigido y reafirmado por el Consejo de Estado en la en sentencia del 28 de Enero de 2009 con ponencia del magistrado MAURICIO FAJARDO GÓMEZ:

“[...] 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

²⁶² Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera . Sentencia de 18 de Febrero de 2010. Exp: 18462. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁶³ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 31 de Agosto de 2006, exp: 15.772. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

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.”²⁶⁴

De lo transcrito podría decirse que la prueba reina que se aportaría al proceso de responsabilidad médica por parte del paciente demandante sería la historia clínica la cual, en todos los casos, se reitera, deberá ser completa, precisa y clara; de no ser así, el fallador podría deducir indicio de negligencia y descuido en el actuar médico²⁶⁵. Y es

²⁶⁴ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera . Sentencia del 28 de Enero de 2009. Exp. 16.700. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶⁵ Llama la atención la apreciación del ministerio público sobre los efectos de una historia clínica desordenada e ilegible. En la sentencia de 18 de Febrero de 2010, con ponencia de la magistrada MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, la procuradora 5ª delegado ante la sección tercera hace las siguientes apreciaciones. “[...]en el presente evento la presunción de falla que gira en torno a ella no se desvirtuó pues el Hospital demandado ningún esfuerzo hizo para conseguirlo y por el contrario de la lectura de la incompleta, desordenada e ilegible historia clínica del paciente allegada a los autos se infiere que precisamente dicho resultado se debió a la ausencia de diligencia por parte del personal médico en la atención del paciente [...]”(Subrayas fuera de texto original). Más adelante la misma procuradora concluye “Así, confrontando las anteriores obligaciones con el desempeño observado por los funcionarios del centro de salud demandado, se advierte el claro incumplimiento de varias de ellas, por cuanto de una parte, no se realizó la prueba cutánea de rutina antes de administrar el fármaco al señor Córdoba Cuesta y de otra, no se diligenció en forma adecuada la historia clínica del paciente haciendo un seguimiento pormenorizado, detallado y ordenado de su estado anímico” (Subrayas fuera de texto original)

En igual sentido el desvalor de una historia clínica ilegible y desordenada se hace patente en la sentencia del Consejo de Estado, sección tercera de 28 de Abril de 2005, exp. 14.786 cuando se afirma: “Cabe señalar que no obstante que se trata de la prueba más relevante en el examen de los casos en que se pretende indemnización por los daños causados con la prestación de los servicios de salud, en el presente caso le contrarresta su valor la forma en que fue aportada, no sólo porque la mayoría de sus copias resultan ilegibles sino por la forma desordenada en que fue allegada al expediente.”

que, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia da una prevalencia especialísima a la prueba circunstancial que pueda derivarse tanto de la historia clínica como de todos los medios probatorios legales de los que se pueda echar mano, así como de las reglas de la experiencia que permiten inferir negligencia cuando un resultado dañoso no es normal en el contexto dentro del cual se realiza, siendo este recurso probatorio un instrumento para coadyuvar la implementación de la reglas probatorias *res ipsa loquitur* y la culpa virtual según sea que se pretenda deducir un daño de un actuar culposo o de un elemento que estaba dentro de la esfera de control y cuidado de una conducta no culposa.

No puede perderse de vista que en no pocos casos la distancia temporal entre el momento en que la entidad presta el servicio de salud cuestionado y aquél en el que debe efectuar la defensa inciden de manera acuciante en la dificultad probatoria que permita acreditar las circunstancias reales en las cuales se prestó el servicio. Es por esto que el “énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.”²⁶⁶

De esta manera queda acreditada la importancia de la historia clínica en los juicios de responsabilidad del estado en cuanto de ella << se puede deducir el diagnóstico,

²⁶⁶ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera . Sentencia de 31 de Agosto de 2006, exp: 15772. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

tratamiento y control del paciente, lo cierto es que en aquellos eventos en los cuales la historia clínica no obre dentro del expediente o se encuentre en copia simple en cuyo caso no es posible su valoración –como en esta ocasión- o hubiere sido allegada de conformidad con las reglas probatorias pero su contenido no sea claro o está incompleto o ilegible, el juez tendrá que analizar el material probatorio restante del cual podrá deducir la responsabilidad de la entidad demandada a través de la prueba indirecta o sencillamente concluir que no existen elementos de juicio suficientes para ello.>>²⁶⁷

Ahora bien, ¿Qué pasa si hay renuencia por parte de la entidad demandada en aportar la historia clínica del paciente al proceso? Para responder a este interrogante (que plantea de por sí una situación de frecuente ocurrencia en nuestro sistema de salud) es preciso echar mano de la sentencia del Consejo de Estado de 31 de Agosto de 2006 en donde se explica que de tal renuencia de aportar la historia clínica a un proceso, o de aportarla 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, lo que constituye, a su vez, un hecho indiciario que será valorado en contra de la parte que así actúe conforme lo ordena el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil.

Es de resaltar que la historia clínica es un documento privado (como lo sostendremos en el próximo acápite) y como tal sujeto a reserva lo que implica que sólo podrá ser conocida por el paciente, los médicos tratantes, familiares en casos especificados por la

²⁶⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 28 de Abril de 2010. Exp. (20087)A. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

ley (pacientes menores de edad) y las demás personas o instituciones interesadas mediante autorización expresa del paciente.

1.3. La historia clínica: ¿Documento público o privado?

Llama la atención que en no pocas sentencias del Consejo de Estado la historia clínica es considerada un documento público con todo lo que ello implica y en contravía (a mi parecer) a lo que las normas especiales sobre la materia preceptúan, así como otros fallos en los cuales se determina su carácter de documento privado, generando una insana ambivalencia en tan importante asunto. Es por esto que vale la pena detenernos en este punto con el fin de dilucidar la naturaleza de la historia clínica por cuanto de su definición y alcances probatorios se acarrearán importantes consecuencias en el tráfico legal.

Pues bien, el Consejo de Estado le ha dado a la historia clínica un tratamiento de documento público en repetidas ocasiones. Es así como en sentencia del 18 de Octubre de 2000²⁶⁸ tal atribución de documento público quedó plasmada de la siguiente manera:

“[...]La anterior conclusión tiene, como fundamento probatorio, lo siguiente: -De una parte, un documento público como lo es la historia clínica que muestra cómo ante el diagnóstico de posible perforación uterina y la posterior comprobación de ese hecho, se debió proceder a la extracción del órgano reproductor. Ese documento, por ser público, goza de la presunción de veracidad y como no se tachó de falso constituye

²⁶⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 18 de Octubre de 2000, exp. 11.948. M.P: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

elemento con fuerza de convicción para la Sala” (Subrayas fuera de texto original)

Posteriormente, en sentencia del 10 de Agosto de 2005²⁶⁹, el Consejo de Estado reitera la condición de documento público de las historias clínicas asentadas en las entidades de salud públicas así:

“Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía.”(Subrayas fuera de texto original)

Y la que pareciera ser tal vez la última jurisprudencia que sostenga la naturaleza de documento público de la historia clínica vendría a ser la del 28 de Enero de 2009, por cuanto en ella se lee:

“La jurisprudencia de esta Sección se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha

²⁶⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera . Sentencia del 10 de Agosto de 2005, exp: 15.178. M.P: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

*precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio.*²⁷⁰

Posteriormente, y en un halo de esperanza, la Sección Tercera del Consejo de Estado le da a la historia clínica la calidad de documento privado. Es así como en la sentencia del 12 de Febrero de 2009 (Exp. 16147.M.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra) enseña que “*La historia clínica [...]Es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva*”. Posteriormente y en igual sentido, la sentencia del 11 de Febrero de 2009²⁷¹ transcribiendo el artículo 34 de la Ley 23 de 1981 le da la connotación de documento privado a la historia clínica.

Pero lo que parecía ser una postura cuerda y de largo aliento es borrada de un plumazo con la sentencia del 28 de Abril de 2010 en donde se sargumentó lo siguiente:

*“En relación con la naturaleza jurídica de la historia clínica, **la Sala ha explicado en reiteradas oportunidades que se trata de un documento público cuya valoración está sujeta a las reglas contenidas en la ley procesal civil**, es decir, resulta necesario que hubiere sido aportado en original o en copia autenticada y ha exigido además que en su contenido se trate de documentos claros, fidedignos y completos.”* (Negritas y subrayas fuera de texto original)

²⁷⁰ Consejo de Estado. Sección tercera. *Ibidem*.

²⁷¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 11 de Febrero de 2009, exp. 14.726. MP: Dra. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

Siguiendo la línea argumentativa precitada, y a manera de posición actual del Consejo de Estado sobre el tema de marras la sentencia de 21 de Febrero de 2011²⁷² corrobora la condición de documento público de la historia clínica cuando dice: “La historia clínica es un documento público en el que se consigna todas y cada una de las fases de atención médica a los usuarios de dicho servicio.”

Esta lamentable postura de considerar la historia clínica como un documento público, sea porque ésta es diligenciada por los profesionales de la salud en ejercicio de sus funciones como servidores públicos al encontrarse vinculados a instituciones hospitalarias del estado y porque reposan dichos documentos en archivos de entidades prestadoras del servicio de salud del nivel central²⁷³ es prudente que sea revisada y unificada en su criterio, pues no es inocua ni precipitada la concreción de su naturaleza jurídica habida cuenta la importancia de las consecuencias jurídicas que de ella se derivan.

1.4. Nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica de la historia clínica.

De entrada considero que la historia clínica es documento privado indistintamente de si es elaborada y custodiada por entidades de salud públicas o por particulares. La tesis que afirma que la historia clínica es un documento público evidentemente tiene su génesis y fundamento en la definición que sobre documento público establece el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, donde se consagra que el documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o en con su

²⁷² Exp: 20371.

²⁷³ . Tomado de “Alterar, ocultar o destruir la historio clínica es delito”. En: Revista Médico-Legal. Departamento penal SCARE. Año 12, No. 2. Abril – Junio de 2006, pág. 17

intervención y que documento privado, por descarte, es el que no reúne los requisitos para ser documento público; sin embargo, aun cumpliendo la historia clínica con los requisitos de documento público conforme al artículo 251 del C.P.C, debemos realmente entender que ésta es la definición general que hace el ordenamiento jurídico para diferenciar los documentos públicos de los privados teniendo, claro está, plena y preferente aplicabilidad las definiciones legislativas específicas que se realicen sobre una determinada clase de documento, como lo es la historia clínica, siempre y cuando temporalmente la definición específica sea posterior a la consagrada en forma general en el Código de Procedimiento civil²⁷⁴.

Comparto plenamente el análisis que al respecto hace el departamento de derecho penal de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE) con el propósito de sustentar en estrictas disposiciones normativas el carácter de documento privado de la historia clínica. Ha dicho la SCARE:

“El Código de Procedimiento Civil además de traer una disposición de carácter general en este tema, su consagración se efectuó en el año de 1970, en tanto que la Ley 23 es de 1981, 11 años después, representa una normatividad específica, en la que expresamente se establece que la historia clínica es un documento privado. Además, existe una normatividad especial complementaria de la Ley 23 de 1981, cual es la Resolución 1995 de 1999 que desarrolla la definición de historia clínica reiterando en su literal “a” del artículo primero que esta es un documento privado, obligatorio y sujeto a reserva²⁷⁵.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*.

2. El Peritazgo

Otro de los elementos de prueba con los que cuenta el juez para lograr su convicción sobre los hechos que se debaten en asuntos de complejidad técnica, científica o artística como lo es la responsabilidad médica es el peritazgo.

De las definiciones existentes sobre este medio de prueba encontramos especialmente pertinente la que nos da GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA quienes señalan: “la declaración del perito, peritaje, es el medio de prueba consistente en la declaración de conocimientos que emite una persona que no es parte en el proceso, tercero, acerca de los hechos conocidos dentro del proceso, y con finalidad probatoria, siendo para ello necesario determinados conocimientos científicos o prácticos.”²⁷⁶

Por su parte el perito es definido por GÓMEZ DE LIAÑO como “la persona que posee conocimientos científicos, artísticos o prácticos y que, a través de la denominada prueba pericial, ilustra a los tribunales con los conocimientos propios, para la existencia de mayores elementos de juicio, informando bajo juramento”²⁷⁷

En nuestro derecho positivo, la prueba pericial está instituida en el Capítulo V, del Título XIII correspondiente a “Pruebas” de nuestro Código de Procedimiento Civil. Específicamente es el artículo 233 de la codificación procedimental en donde está contenido el fin del peritazgo en los siguientes términos:

²⁷⁶ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Lecciones de derecho procesal*. Citado por: RODRÍGUEZ JOUVENCEL, Miguel. *Manual del perito médico: fundamentos técnicos y jurídicos*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2002, p. 246.

²⁷⁷ GÓMEZ DE LIAÑO, F. Citado por RODRÍGUEZ JOUVENCEL, Miguel. *Op. Cit.*, p. 246.

“Art. 233. La peritación es procedente para verificar los hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. [...].”

Ahora bien, del perito se ha dicho que es un “auxiliar judicial” o “colaborador de la justicia”, términos estos cuyos alcances son criticados por tratadistas como SILVA MELERO quien afirma: “no parece muy fecunda ni precisa y sobre todo carece de efectos prácticos, si se piensa que el juez es libre en la valoración de la prueba, pues de otro modo el dictamen pericial sería ya una sentencia”²⁷⁸. De esta crítica podemos rescatar especialmente la aseveración de libertad de la prueba pericial por parte del juzgador, y es que en nuestro sistema procesal el juez debe valorar el acervo probatorio producido en su integridad y aplicando las reglas de la experiencia y la sana crítica. No han sido pocos los casos en los que el fallador le da una preponderancia exacerbada a la prueba pericial que la erige como prueba única y apodíctica de los hechos que se debaten, donde los jueces se limitan a seguir al pie de la letra las “conclusiones” del dictamen pericial, sin entrar a analizar mayormente el contenido e importancia de la labor efectivamente desplegada por el perito; es decir, la labor del juez se transforma en una mera homologación de lo decidido por el perito²⁷⁹. Si bien no desconocemos la importancia de este medio probatorio en situaciones especialmente técnicas y complejas como lo es la actividad médica, es preciso abogar por la equidad en la apreciación de medios probatorios en aras de una justicia justa e imparcial toda vez que en algunos casos de responsabilidad médica la situación fáctica trasciende lo meramente técnico.

²⁷⁸ SILVA MELERO, V. *La prueba procesal*, tomo I, *Teoría General*. Edita Revista del Derecho, Madrid, 1973. Citado por: RODRÍGUEZ JOUVENCEL, Miguel. *Op. Cit.*, p. 246.

²⁷⁹ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Op. Cit.*, p. 296.

De la jurisprudencia contenciosa administrativa y en lo referente a la incidencia y alcance del peritaje en los juicios de responsabilidad médica del Estado es pertinente traer a colación el fallo de 18 de Febrero de 2010 en donde se decidió un caso de atención inoportuna y deficiente a un peatón atropellado por un bus de servicio público, siendo el atropellado a la vez víctima de la ineficiencia y desidia de la demandada (CAJANAL) al no autorizar con prontitud y celeridad exigidos por la urgencia de la situación las órdenes médicas de hospitalización, exámenes pertinentes y órdenes de remisión del paciente a otros centros de mayor complejidad, motivo por el cual el estado de salud del paciente se agrava y posteriormente fallece²⁸⁰.

Como era de esperarse en el proceso se efectuó un dictamen pericial con el fin de determinar la causa de muerte y la calidad de la atención médica dispensada al *de cuius* por parte de la entidad demandada. El *a-quo* (Tribunal Administrativo Antioquia) desestima las pretensiones de la demandante considerando que la entidad demandada (CAJANAL) dio una atención oportuna al occiso en cuanto que así lo determinan los peritos en el respectivo dictamen pericial. Y en efecto, el mencionado dictamen pericial luego de hacer una descripción de los hechos y remitirse a la historia clínica para transcribir la evolución clínica del occiso respondió a la pregunta <<Evaluar las causas de la muerte del señor (sic) JORGE DARÍO MORENO y si se presentó falta de atención oportuna, por parte de las entidades hospitalarias y por la caja nacional de previsión social (sic).>> formulada por el *a-quo* de la siguiente manera:

²⁸⁰ La situación fáctica completa de este caso puede verse en el acápite de “Falla del servicio hospitalario” de este trabajo.

“RESUMEN

“Tenemos el cuadro de un paciente que sufre un accidente de tránsito al ser atropellado por un vehículo, es hospitalizado, se le hace dx de TEC, se realizan los exámenes correspondientes TAC, se da el tratamiento acorde con el cuadro clínico, alcanza un grado de mejoría significativa, luego decae abruptamente, hace un cuadro de bronconeumonía aguda y severa y fallece.

“RESPUESTA AL INTERROGANTE INICIAL

“Este paciente según consta en el expediente y la historia, se le prestaron todas las atenciones que requirió en forma oportuna por parte de las entidades hospitalarias y cajanal.” (mayúsculas del original).

Cualquier lector desprevenido que lea el mentado dictamen pensaría que CAJANAL es la víctima, y los demandantes unos aprovechados, por decir lo menos. A pesar de que en autos constan sendas declaraciones de testigos presenciales de los hechos que dan cuenta de la dejadez de la entidad demandada en sus labores administrativas concernientes a las autorizaciones de hospitalización, remisión, autorización de exámenes especializados y demás, el *a-quo* no se dignó a valorarlas de manera integral y conforme a las reglas de la sana crítica (como era su deber), ni mucho menos tomarse la molestia de justificar su exclusión como soporte decisorio del fallo.

Los demandantes, como no podía ser de otra manera, impugnan el fallo y el proceso es avocado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual consiente de que no podía ser inferior a su deber de impartir justicia desestima los fundamentos del *a-quo* con las siguientes palabras:

“Aduce el fallo apelado que la Caja Nacional de Previsión Social dio atención oportuna porque en ese sentido lo dictaminan los señores peritos, sin que medie

un análisis profundo de las demás pruebas allegadas al proceso, y que de conformidad con los artículos 175 y 176 del C.P.C., tienen el mismo valor probatorio que un experticio.”

Más adelante y luego de haber valorado el protocolo de atención para trauma craneoencefálico de la Pontificia Universidad Javeriana, el Consejo de Estado se aparta²⁸¹ del experticio de marras y concluye:

“Desde esta perspectiva, la Sala se aparta del dictamen pericial allegado al proceso, como quiera que, si bien, el juez no cuenta con conocimientos técnicos y especializados en materia médica, lo cierto es que el operador judicial, como medio habilitado por la Constitución y la ley para la solución de conflictos que se presentan en el seno de la sociedad desde sus diversas ópticas y perspectivas, tiene el deber y la posibilidad de utilizar la sana crítica y la ponderación como elementos determinantes para la valoración de las pruebas técnico - científicas que se allegan al proceso²⁸².

²⁸¹ Y es que, en cuanto a la valoración del dictamen pericial por parte del juez, la doctrina ha respaldado esta postura jurisprudencial diciendo que “este no está obligado a acogerlo, y para ello igual debe guiarse por el principio de la libre apreciación de la prueba, de manera que si conforme a su experiencia, a la claridad, precisión y fundamentos de los conceptos emitidos por los peritos, las conclusiones de esto le producen el convencimiento respecto a los interrogantes planteados, éste podrá tenerlo en cuenta para sustentar la decisión que tome, en caso contrario no, y bien puede, fundadamente, hacer caso omiso de tales conclusiones”. (SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Cit., 271.)

Por su parte el maestro DEVIS ECHANDÍA afirma: “[...] Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que le convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa”. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*. Medellín: Diké, 10ª Edición, 1994, Tomo II, p. 358.

²⁸² “El juez no debe ser veinte o treinta veces científico, además de jurista, pero sí debe tener unos conocimientos basilares sobre el tema técnico o científico sobre el cual deba resolver. Esos conocimientos le permitirán entender el dictamen pericial sobre el asunto y además aprovechar lo aportado por los

“En efecto, las demás pruebas aportadas al proceso son indicativas –por ser congruentes y convergentes– de que la experticia no se acompasa con la realidad, ya que el paciente tuvo que soportar una dilación injustificada en la atención médica, lo que se ha denominado macabramente como el “paseo de la muerte”, al grado tal de tener la familia y los compañeros de trabajo suplicar a las autoridades administrativas de la entidad la expedición de las órdenes de atención y de traslado requeridas de manera urgente por el paciente.”²⁸³

De las jurisprudencias citadas y haciendo nuestras las palabras de VÁZQUEZ FERREYRA podemos concluir que “entre los requisitos que debe reunir el dictamen pericial resulta de suma importancia la debida fundamentación. Por ello, una pericia que sólo aporte conclusiones sin explicar detalladamente cómo se ha llegado a ella resulta ineficaz. Además las explicaciones o fundamento del dictamen deben ser los suficientemente serias y completas, no bastando un mero relato de los antecedentes que ya obran en el expediente. Esto quiere decir que la lectura de la pericia debe llevar naturalmente a la conclusión a la que arriba el perito, y dicha pieza procesal debe ser elaborada en términos entedibles por quienes no revisten la calidad de expertos, pues

peritos para ir en pos de otros hechos, con base en la inducción, como en los ejemplos que hemos dejado pasmados con anterioridad.

“El juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar doctrina sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente.

“Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes (en lo que sea necesario).

“(…)” PARRA Quijano, Jairo “Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

²⁸³ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp:18.524. M.P: Enrique Gil Botero.

precisamente la misión del perito es hacer accesibles los conocimientos técnicos a las partes y al juez²⁸⁴. De otro lado, no obstante la importancia de la prueba pericial en asuntos de responsabilidad médica, esta no puede opacar ni obviar la valoración probatoria *in integrum* del caso a tratar, so pena de proferirse una decisión a todas luces reñida con el ideal de justicia que, con mayor razón en estos casos, debe quedar plasmado en las decisiones judiciales.

²⁸⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Op.Cit.*, p.295

CAPÍTULO VII

ALGUNAS HIPÓTESIS DE ACTOS MÉDICOS DEFECTUOSOS

ANALIZADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO

Miraremos ahora la situación fáctica y la manera de analizar la imputación y prueba de los elementos estructurantes de la responsabilidad en algunas hipótesis de actos médicos defectuosos que ha fallado la sección tercera del Consejo de Estado.

1. Falla del Servicio médico por error en el diagnóstico.

En nuestro derecho positivo no existe norma que defina específicamente el diagnóstico como acto médico; sin embargo, el artículo 10 de la Ley 23 de 1981 establece que: “ el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.”

Esta ausencia de tipicidad del diagnóstico nos lleva a la doctrina para precisar su significado. Es así como el profesor SERRANO ESCOBAR define el diagnóstico como “un razonamiento que hace el médico luego de obtener datos sobre síntomas y manifestaciones mediante análisis y exámenes clínicos, con miras a identificar la afección que sufre el paciente, y es mediante este juicio que el médico establece el tratamiento que él considera más adecuado”²⁸⁵.

Por su parte SUESCÚN MELO considera que el diagnóstico viene a constituir un

²⁸⁵ SERRANO ESCOBAR. Luis Guillermo. *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Op. Cit., p.123.

resultado de un juicio o proceso mental que es considerado como uno de los componentes del débito prestacional médico, que como tal puede ser equivocado si el raciocinio es falso.²⁸⁶ Es por esto que “el error que exime de responsabilidad no ha de ser una anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico”²⁸⁷

La importancia del diagnóstico radica en que es el punto de partida de la actuación médica y del cual derivan los subsecuentes procedimientos terapéuticos encaminados al tratamiento específico de la etiología del paciente. De un diagnóstico correcto y oportuno dependerá en gran medida el éxito de lograr una eventual curación o mejoría de la patología tratada²⁸⁸. “Es así como el diagnóstico viene a ser una pieza fundamental en la posterior evaluación jurídica de la responsabilidad, como quiera que un error en el diagnóstico produce, inevitablemente, una actuación también errónea en cascada que en la mayoría de los casos [no siempre un error en el diagnóstico es fuente de responsabilidad, como se verá] deviene en procesos judiciales.”²⁸⁹

Pero llama la atención que la importancia del diagnóstico no es predicable solamente de su condición de acto médico en si mismo considerado, sino que constituye también un

²⁸⁶ SUESCÚN MELO, Jorge. *Op. Cit.*, p.398

²⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000, radicación 11878.

²⁸⁸ El Consejo de Estado en sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19.846 citando a VÁZQUES FERREIRA afirmó: “Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, el cual se convierte en uno de los principales aspectos de la actividad médica, como quiera que los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico.” (VASQUEZ FERREIRA ROBERTO. *Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina*", Biblioteca Jurídica Dike, 1993, pág. 78)

²⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-452 de 2010 M.P: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

derecho que, es a su vez, parte del contenido del derecho fundamental a la salud. La Corte Constitucional en sentencia T-452 de 2010 dijo al respecto: “De forma reiterada esta Corporación ha indicado que el derecho al diagnóstico es parte del contenido del derecho fundamental a la salud entendido éste como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*. En efecto, es evidente que, sin el respectivo diagnóstico, la persona no podrá ni siquiera iniciar el tratamiento para recuperarse o aliviar, según el caso, la enfermedad que padece. Por esta misma razón, el diagnóstico *“se encuentra contenido dentro de los ‘niveles esenciales’ [de exigibilidad inmediata] que de manera forzosa ha de garantizar la organización estatal en el caso del derecho a la salud”*²⁹⁰.(Cursivas en texto original)

Desde luego, en el acto complejo de diagnosticar se convergen tantas variables y factores tanto exógenos como endógenos del paciente que inciden de manera directa en el diagnóstico propiamente dicho: una preexistencia no conocida, alergias no detectadas, condiciones socioeconómicas y ambientales, condiciones fisiológicas o microbiológicas no detectables con la tecnología disponible, entre muchas otras. Puede verse, entonces, que el arte de diagnosticar lleva implícito un álea que hace razonable imponer su juzgamiento desde la prisma de la *lex artis ad hoc* con todo lo que ello supone: conocimientos médico-científicos actualizados y medios idóneos empleados para tal fin y conforme a las circunstancias particulares del caso.

²⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-452-2010

A todas estas recalcamos la importancia que tiene la oportunidad del diagnóstico, pues de nada serviría un diagnóstico acertado si éste se hizo a destiempo generando en el paciente un agravamiento de su patología. La oportunidad del diagnóstico ha sido objeto de valoración prioritaria tanto en la jurisprudencia constitucional ²⁹¹ como administrativa.

Sobre la importancia de la certeza y oportunidad del diagnóstico da cuenta el Consejo de Estado cuando dice: “[...] **la falta de acierto en el diagnóstico impidió que se adoptara la decisión de intervenirla quirúrgicamente como tratamiento inmediato** recomendado para este tipo de casos desde la primera fecha en que acudió al centro hospitalario en busca de tratamiento para sus dolencias [...] La Sala, no halla dentro de la historia clínica ni dentro de las argumentaciones esgrimidas por la defensa, justificación alguna al hecho según el cual, no se pudo intentar un procedimiento que ofreciera mejoría a la paciente por falta de diagnóstico oportuno y adecuado que estuvo determinado por la complicaciones del caso debido a otras enfermedades que reportaba como diabetes hipertensión etc.”²⁹²

De igual manera el Consejo de Estado estima el diagnóstico como uno de los

²⁹¹ La Corte Constitucional en sentencia T-452/2010., da cuenta de la importancia de la oportunidad del diagnóstico reiterando jurisprudencia sobre el tema y diciendo: “Ha precisado además la jurisprudencia que el diagnóstico debe ser oportuno. Al respecto, ha dicho que *“es preciso resaltar que la urgencia de su práctica no se da en forma exclusiva en aquellos eventos en los cuales la vida del paciente se encuentra en riesgo inminente, pues la demora injustificada en la atención de las enfermedades ordinarias, ocasionada por la falta de diagnóstico, supone un ilegítimo irrespeto al derecho a la dignidad humana, toda vez que dicha actuación dilatoria obliga al paciente a soportar las inclemencias de su dolencia, siendo éstas evitables con la puntual iniciación del tratamiento médico”*. Además, el diagnóstico debe hacerse de manera completa y con calidad.”. Se reiteran las sentencias T-274 de 2009; T-785 de 2008; T-253 de 2008; T-1177 de 2008; T-083 de 2008.

²⁹² Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp. 20.654. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico, y considera que las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto.²⁹³ Es así como en sentencia del 28 de Abril de 2010 la sección tercera afirma lo siguiente:

“En el caso en estudio se debate la responsabilidad del Estado por un daño producido como consecuencia de una alegada falla del servicio en la que habría incurrido la parte demandada en la prestación del servicio médico hospitalario al señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra, quien murió como consecuencia de las omisiones en las cuales incurrieron los médicos de la clínica Rafael Uribe Uribe del I.S.S., de la ciudad de Cali, consistentes en un “grotesco” error de diagnóstico y consecuente deficiente atención médica, por cuanto a pesar de los antecedentes familiares de diverticulitis del entonces paciente, a éste no se le practicaron los exámenes de diagnóstico pertinentes, para verificar si padecía o no de dicha enfermedad, por lo cual no se brindó la atención médica en forma adecuada y oportuna, situación que desencadenó en su fallecimiento”²⁹⁴

Ahora bien, cuanto tratamos la imputación de responsabilidad por falla del servicio

²⁹³ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 19.276. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Posición reiterada en la sentencia de 17 de Abril de 2011.

²⁹⁴ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp. (20087)A. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

debido a un error en el diagnóstico hay que hacer énfasis en los medios utilizados (y disponibles de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la situación médica particular) por el médico tratante y decir al tenor del tratadista SUESCÚN MELO que “el plano en que se debe llevar a cabo la comparación entre lo que hizo el médico y lo que hubiera hecho el patrón de conducta aplicable –que es el comportamiento de un médico diligente- no debe ser el del resultado o conclusión a que llegue el raciocinio. Lo que se debe comparar es lo hecho durante la elaboración del diagnóstico, analizando los medios empleados para la diagnosis. Esto muestra que no se trata de saber si un médico diligente hubiera cometido el mismo error de diagnóstico, sino qué medios hubiera empleado para obtener un diagnóstico acertado, y si dichos medios fueron empleados en el caso específico”²⁹⁵. (Subrayas fuera de texto). Por lo tanto, y conforme lo dice el Consejo de Estado citando a MOSSET ITURRASPE, “cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.”²⁹⁶

Siguiendo esta línea de pensamiento se pronuncia la sección tercera del Consejo de Estado cuando entra a explicar en qué consiste la falla en el servicio médico con ocasión de un diagnóstico erróneo al decir que “lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado. Al médico no le es cuestionable el error en sí

²⁹⁵ SUESCUN MELO, Jorge. Op.Cit., pág 399.

²⁹⁶ MOSSET ITURRASPE, JORGE: Responsabilidad Civil del Médico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, 1º reimpresión, pág. 125 y 126. Citado en Sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19846.

mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo.”²⁹⁷

Como puede verse, el Consejo de Estado para efectos de determinar la falla del servicio debido a un error en el diagnóstico ha seguido el mismo raciocinio expuesto por el tratadista SUESCÚN MELO y de lo que también puede dar cuenta el siguiente aparte:

*“La muerte se produjo, sin duda, a la falta de tratamiento oportuno de la patología presentada, lo que, a su vez, **tuvo por causa el no esclarecimiento del diagnóstico**. La sala encuentra acreditada la responsabilidad de la Universidad Industrial de Santander en el presente caso. En efecto, está demostrado que esta institución no utilizó debidamente todos los medios que estaban a su alcance para establecer el diagnóstico de JDG, lo que, a su vez, impidió realizar oportunamente el tratamiento indicado, hecho que ocasionó la muerte del joven estudiante. Si bien está probado que JDG acudió al servicio médico de la Universidad Industrial de Santander dos días después del inicio del dolor, es claro, de acuerdo con el informe de los peritos en el informe citado, que en el momento en que fue evaluado por primera vez en la universidad, **pudo haberse hecho un diagnóstico acertado** y, por lo tanto, ordenarse oportunamente el tratamiento quirúrgico. En el Hospital Universitario Ramón González Valencia no se realizaron todos los procedimientos recomendados por la ciencia médica para diagnosticar, a tiempo, la*

²⁹⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 12 de Febrero de 2009. Exp. 16147. M.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

enfermedad sufrida por JDG.”²⁹⁸ (Negritas y subrayas fuera de texto original)

Posteriormente, en sentencia del 9 de Junio de 2010 el Consejo de Estado en un caso donde el diagnóstico no parecía ser concluyente por cuanto los síntomas del paciente indicaban la presencia de varias patologías, enfatizó que las entidades públicas que presta el servicio de salud pueden incurrir en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.²⁹⁹ Un diagnóstico acertado, o cuando menos diligente, esto es, en el que se hayan empleado todos los medios y recursos necesarios y disponibles para el momento que se requieran es una muestra de la calidad de la atención médica dispensada al paciente. Es preciso, en la medida de lo posible, propender por un diagnóstico concluyente de la patología tratar, se repite, usando todos los recursos y medios disponibles y que la ciencia médica aconseja para el caso particular (*Lex Artis ad hoc*) y no, como desafortunadamente sucede la mayoría de las veces, limitarse a tratar la sintomatología. Sobre esta reflexión es ilustrativa la sentencia del Consejo de Estado en un caso de un paciente que consultó por urgencias en la Clínica Rafael Uribe Uribe del seguro social de Cali, entre otros, con los siguientes síntomas: dolor abdominal tipo cólico en el hipocondrio derecho y ardor en el epigastro, además de una ictericia “que debía ser estudiada” en palabras del médico tratante; desafortunadamente al paciente se le dio un manejo sintomatológico de los dolores abdominales y tratamiento para la susodicha ictericia y posteriormente dado de alta.

²⁹⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 10 de Febrero de 2000. Exp.11.878. M.P: Dr. Alir Hernando Hernández Enríquez.

²⁹⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 19.276. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Como era de esperarse el estado de salud empeoró conminándolo a regresar a urgencias, pero esta vez al hospital de Palmira en donde una vez efectuados los exámenes de rigor le diagnosticaron (acertadamente), diverticulitis programándole cirugía de urgencia; el paciente fallece durante la cirugía: Del material probatorio arrimado al expediente se encontraron fallas en la apreciación médica de la patología del paciente por parte de los médicos tratantes de la clínica Rafael Uribe Uribe del siguiente calibre: *“La ictericia no es ninguna enfermedad, es un signo del aumento de bilirrubina a nivel sanguíneo lo cual se manifiesta en una coloración amarilla de la piel y de los ojos con aumento de coloración de todos los líquidos que expide el organismo, puede ser causada por múltiples causas, entre las principales están los daños hepáticos, obstrucción de la vía biliar y la sepsis (...)”*. Lo anterior permite concluir al Consejo de estado en dicho caso que : *“El material probatorio muestra la falla del servicio en que incurrió la Clínica Rafael Uribe Uribe en consideración a que a pesar de la atención médica brindada al paciente, no efectuó diagnóstico concluyente de la causa de la ictericia que padecía sino que, cuando el paciente presentó mejoría se limitó a darle de alta sin disponer de todos los procedimientos necesarios para evaluar todos los síntomas del paciente ni realizar una evaluación con la cual se hubiere podido realizar un diagnóstico y el respectivo tratamiento que resultare acorde con el estado real del paciente. En otras palabras, no se concluyó cuál fue la causa de la ictericia, sino que simplemente se combatió el síntoma.”*³⁰⁰

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo no ha perdido la oportunidad para exponer las etapas y obligaciones que constituyen un proceso de diagnóstico médico,

³⁰⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera . Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp. (20087)A. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez

cuyo incumplimiento tiene potencial para generar responsabilidad patrimonial respecto del médico o la entidad de salud pública de quien se prediquen tales omisiones. Sobre este punto se ha expresado el Consejo de Estado así:

“La doctrina jurídica especializada ha dicho que el diagnóstico puede descomponerse en dos tipos de actuaciones. En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entra todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienza con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan, y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etcétera. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. **Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.** En una segunda etapa, una vez recogidos todos los datos obtenidos en el proceso anterior, corresponde el análisis de los mismos y su interpretación, “coordinándolos y relacionándolos entre sí, siendo también precisa su comparación y contraste con los diversos cuadros patológicos ya conocidos por la ciencia médica; es decir, se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones de emitir un juicio.”³⁰¹

(Subrayas y negritas fuera de texto original)

³⁰¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 12 de Febrero de 2009, exp: 16.147. M.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Doctrina reiterada en la sentencia de 27 de Abril de 2011, exp: 20.666, M.P: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

Pero no todo diagnóstico erróneo tiene la entidad suficiente para generar una responsabilidad patrimonial del agente especialmente tratándose de enfermedades que *prima facie* no sean evidentes aún con un examen médico acucioso y cuya sintomatología no se presente en todas las ocasiones y su evolución pueda ser imperceptible durante mucho tiempo³⁰². Frente a estas hipótesis ha dicho el Consejo de Estado que “La existencia de un diagnóstico errado o incompleto no implica de suyo que haya responsabilidad por parte de la entidad prestadora del servicio médico, puesto que la ciencia médica es susceptible de emitir diferentes juicios respecto de una misma situación clínica y, en consecuencia, puede haber equivocaciones en el diagnóstico y tratamiento correspondientes que no generen responsabilidad en la entidad prestadora del servicio médico.”³⁰³ Esta reflexión del Consejo de Estado colombiano es compartida por el Consejo de Estado español quien en el Dictamen 3313/2002 sostiene que “lo verdaderamente decisivo a la hora de valorar una reclamación es que la existencia de un eventual diagnóstico erróneo no es, por sí sola, causa eficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino para realizar una declaración en tal sentido debe valorarse la influencia que el error médico ha tenido en la evolución de la dolencia, pues como señala el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 194/2004, la medicina no es una ciencia exacta y los pacientes no pueden exigir sin más el derecho a obtener un diagnóstico correcto, cuando su propia patología impide o dificulta, aun aplicando todos los medios disponibles, prever o diagnosticar una dolencia.”³⁰⁴

³⁰² Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp:176.060. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰³ *Ibíd.*

³⁰⁴ MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio y ALMAGRO NOSETE, José. *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Op. Cit., p. 263.

Y así como el diagnóstico errado por sí mismo no es constitutivo de falla del servicio el fracaso en el tratamiento médico tampoco lo será de buenas a priemas puesto que “El fracaso de un tratamiento médico no constituye por sí mismo prueba de fallas en la prestación del servicio médico y de la relación causal entre esas fallas y el daño, a menos que se trate, como antes se señaló, de eventos en los cuales a partir de la aplicación de una regla de experiencia, dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse como consecuencia de una falla del servicio.”³⁰⁵

2. Falla del Servicio Hospitalario

Esta hipótesis que engloba circunstancias defectuosas de constante realización en nuestro sistema de salud se encuentra usualmente materializado en conductas patéticamente inconsecuentes con el deber de eficiencia y cuidado en la prestación del servicio de salud que deben enarbolar las instituciones médico asistenciales del estado, así como omisiones o retardos injustificados tanto en la atención de pacientes como en la remisión de los mismos a otras instituciones de salud de mayor nivel cuando las circunstancias lo ameriten, poniendo en riesgo su vida o integridad.

Por más que estemos expuestos constantemente a esta cruda y triste realidad en nuestro panorama de sanidad pública, tal circunstancia no es capaz de hacernos perder la sensibilidad del todo, por eso es triste leer lo siguiente: *“Al no ser miembro de esa Institución sólo me tocó avocar como médico una mejor atención como lo requería el caso pues pude ver a Jorge Enrique en estado de confusión mental completamente icterico,*

³⁰⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 23 de Marzo de 2011, exp: 19797. M.P: Ruth Stella Correa Palacio.

febril, deshidratado, en espera de interconsultas que nunca llegaron hasta que por la presión nuestra y de los familiares fue atendido por especialistas, logramos que lo pasaran a una de las camas de urgencias para lograr tener un mejor control de sus signos vitales y que por lo menos no se perdiera en esa cantidad de camillas que esperan solución a sus problemas, de allí fue trasladado a la hospitalización formal donde entiendo le hicieron los exámenes pertinentes pero que no lograron establecer un diagnóstico exacto de su dolencia, pues esto se reflejó después de la salida cuando Jorge Enrique nunca logró una reposición de sus males y que desafortunadamente culminó con su deceso en circunstancias lamentables.”³⁰⁶

Para terminar de redondear el panorama, cabe decir que los medios de comunicación dan cuenta casi a diario de casos de paseos de la muerte³⁰⁷, pacientes que aun habiendo ganado una tutela siguen sin recibir tratamiento³⁰⁸, pacientes que mueren en la entrada a urgencias esperando atención, pacientes que son dados de alta sin un fundamento médico para ello y sin haber sido sometido a chequeos clínicos necesarios para diagnosticar la patología que lo

³⁰⁶ Declaración rendida por un hermano del occiso en demanda de reparación directa contra la clínica Rafael Uribe Uribe adscrita al seguro social de Cali. Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp (20087)A citada.

³⁰⁷ Es un término acuñado en nuestra idiosincrasia para denotar la situación consistente en una negación injustificada y sistemática por parte de varios hospitales o clínicas en atender un paciente motivo por el cual este muere o sufre graves lesiones. Entre los innumerables ejemplos presentados se puede mencionar la noticia de Caracol Radio del 28 de Mayo de 2011 donde se lee: “Pedro Sánchez denunció que su hijo de un mes de nacido ha tenido que trasladarse de hospital en hospital para que sea atendido por un especialista además que se le ha negado una cirugía vital para la salud del menor.”. Ver página web: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1480240>

³⁰⁸ “Una mujer gravemente enferma está a la espera de que la EPS Emdisalud cumpla un fallo de tutela de hace 9 meses. La señora Leticia Mendoza Salgado, quien padece de cáncer de tiroides, permanece desde hace 9 meses postrada en una cama a la espera de que la EPS del régimen subsidiado en salud, emdisalud, cumpla con un fallo de tutela que le ordena practicarle los procedimientos médicos que ella requiere de manera urgente.” Noticia publicada en Caracol Radio el 7 de Junio de 2011. Ver en página web: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1485157>

aqueja, demoras en las ordenes de remisión y de interconsulta, generando en el paciente un consecuente agravamiento de su estado de salud entre otras tantas situaciones absurdas.

2.1. Falla hospitalaria por omisión de cuidado y vigilancia del paciente.

Otro ejemplo de falla hospitalaria lo constituyen las lesiones que se ocasionan a los pacientes o la muerte de los mismos por descuido o negligencia de los profesionales de la salud a cuyo cargo está el deber de cuidado y vigilancia. Se trata de actos denominados extramédicos y como tal desborda el objeto del presente trabajo el cual se limita a la responsabilidad por acto médico defectuoso de las entidades de salud pública. Sin embargo, dado que es un asunto de diligencia hospitalaria que se corresponde con la obligación de seguridad que deben tener los hospitales para con sus pacientes haremos una breve aproximación a la manera como el Consejo de Estado ha tratado este tema.

Sea lo primero recordar que en el acápite del “Acto Médico” de este trabajo vimos que la jurisprudencia contenciosa ha acogido la clasificación que sobre acto médico complejo hace el tratadista ALBERTO BUERES en donde se señala que el acto médico *in extenso* se integra, entre otras, por los actos *extramédicos* que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes³⁰⁹. Así, el máximo tribunal contencioso administrativo al fallar un caso donde murió un recién nacido al caer al piso por descuido de quien lo cargaba y posterior imposibilidad de auxiliarlo toda vez que los equipos necesarios para atenderlo estaban bajo llave, deja

³⁰⁹ Distinción hecha por BUERES, Alberto. *La responsabilidad civil de los médicos*, Edit. Hammurabi, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424, 425,

entrever la antedicha disparidad de tratamiento que se dispensa en materia de imputación de responsabilidad del estado bien se trate de una actividad administrativa de la entidad de salud pública o bien sea de un acto médico como tal de la siguiente manera:

“Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad. Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecencialmente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de

*la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave*³¹⁰

Con todo, “el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se incluyen los de “custodia y vigilancia” cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales³¹¹, pero que no se extiende a brindar protección a los pacientes frente a actos de terceros, salvo que se trate de “*situaciones especiales en las que los administradores de los hospitales deben extremar las medidas de control y vigilancia de los pacientes, dadas las condiciones de riesgo en que éstos pueden encontrarse*³¹².”³¹³

Recalcar que la sentencia transcrita fue expedida bajo el régimen de falla presunta lo cual hoy no tiene relevancia para efectos probatorios la distinción de actos médico-quirúrgicos y los llamados actos de organización y funcionamiento del servicio de salud toda vez que ambos deben ser probados por el demandante echando mano de cualquier medio de prueba.

³¹⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de Noviembre 11 de 1999. Exp. 12165. MP: Dr. Jesús María Jaramillo Ballesteros

³¹¹ Cita en texto original. La Sala ha declarado la responsabilidad de las instituciones hospitalarias, por suicidios de enfermos mentales, por ejemplo, en sentencias de 11 de abril de 2002, exp: 13.122 y , o por evasión del hospital psiquiátrico y su posterior muerte, en sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 15.352.

³¹² Cita en texto original. Sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405.

³¹³ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp: 18574.

2.2. Falla hospitalaria por negligencia en la tramitación de órdenes médicas y resmisiones interhospitalarias.

Desafortunadamente también es común presenciar demoras, o lo que es peor, total ausencia en la gestión de trámites internos de las entidades públicas de salud para la prestación de los servicios médicos requeridos, trámites que, no está de más decirlo, son de exclusivo resorte de las entidades de salud cuyo servicio se demanda con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, cuyo artículo 40 prevé que *“los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente”*³¹⁴. Por su parte la Corte Constitucional sobre este punto precisó que *“se irrespeta el derecho de salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’*³¹⁵”³¹⁶.

Ilustrativo de esta hipótesis resulta el caso que decidió la sentencia del consejo de Estado de 18 de Febrero de 2010³¹⁷ cuyos hechos para mejor comprensión podemos resumirlos de la siguiente manera:

³¹⁴ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 7 de Octubre de 2009, exp: 35656

³¹⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T- 1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis)

³¹⁶ Citada en sentencia del Consejo de Estado de 7 de Octubre de 2009, exp: 35656

³¹⁷ Exp: 18524

1. Un técnico judicial adscrito a la Fiscalía de Medellín fue atropellado por un vehículo particular en dicha ciudad, accidente que lo dejó inconciente y con herida en la cabeza.
2. El atropellado fue llevado de urgencia a la Policlínica del Hospital San Vicente de Paúl, en donde le exigieron la suma de cien mil pesos para realizarle una escanografía; para ese fin, la familia de Jorge Darío recurrió a CAJANAL pero la entidad guardó silencio.
3. Como quiera que el paciente requería ser internado en una unidad de cuidados intensivos, los médicos tratantes le precisaron a los familiares la necesidad de comunicarse con la Caja Nacional de Previsión Social para que se autorizara el correspondiente traslado. No obstante, la respuesta de la institución fue que a las 8 de la mañana del 4 de abril lo transferirían a Pensionados del Hospital San Vicente de Paúl, pero el enfermo no se encontraba en condiciones de esperar dado que el riesgo sobre la vida era inminente.
4. Se recurrió a la Clínica de Medellín, establecimiento en el que el señor Moreno fue recibido y atendido de manera inmediata por el doctor Hernán Darío Estrada, quien al valorarlo manifestó la necesidad de trasladarlo a una institución que contara con una unidad de cuidados intensivos, razón por la que se comunicó con la Clínica SOMA, en donde se rechazó la atención por tratarse de un paciente afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, ya que se adujo que “CAJANAL NO PAGA”.
5. De inmediato el doctor Hernán Darío Estrada se comunicó con el personal administrativo de la Clínica del Rosario y logró que, previo aporte en efectivo, fuera llevado a cuidados intensivos, con fundamento en la póliza de accidentes que amparaba el vehículo automotor que atropelló a Jorge Darío Moreno, pero con el compromiso de que la familia obtendría la correspondiente orden de

- atención por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, documento que no se pudo obtener a pesar de las gestiones realizadas por el doctor Marín, administrador de CAJANAL, y de la doctora Carola Franco, Fiscal que se desempeñaba como jefe inmediata de Jorge Darío Moreno.
6. De inmediato el doctor Hernán Darío Estrada se comunicó con el personal administrativo de la Clínica del Rosario y logró que, previo aporte en efectivo, fuera llevado a cuidados intensivos, con fundamento en la póliza de accidentes que amparaba el vehículo automotor que atropelló a Jorge Darío Moreno, pero con el compromiso de que la familia obtendría la correspondiente orden de atención por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, documento que no se pudo obtener a pesar de las gestiones realizadas por el doctor Marín, administrador de CAJANAL, y de la doctora Carola Franco, Fiscal que se desempeñaba como jefe inmediata de Jorge Darío Moreno.
 7. Con posterioridad CAJANAL emitió una orden para ser atendido en Pensionados del Hospital San Vicente de Paúl, y en ese lugar quedó Jorge Darío al cuidado de las enfermeras sin supervisión médica, especialmente de un internista, salvo de un neurólogo que pasaba revista por las mañanas.
 8. Derivado de los constantes traslados de un centro asistencial a otro, la ausencia de atención médica oportuna e integral, y la negativa de CAJANAL de dar las respectivas órdenes de servicio, la salud de Jorge Darío Moreno se fue deteriorando y el 10 de abril perdió el conocimiento.
 9. El 11 de abril de 1993, ante la gravedad del paciente, el neurólogo tratante solicitó la evaluación de un internista, lo que mostró su estado de gravedad, tanto así que se hizo necesario un respirador. Ahora bien, el Hospital San Vicente no contaba con el citado instrumento, la Clínica Cardiovascular no tenía camas disponibles, y el centro médico SOMA se negó a prestar el servicio, circunstancias que quedaron consignadas expresamente en la historia clínica.

10. La ausencia de atención médica oportuna, de un adecuado tratamiento y la falta de cuidado, llevaron a la muerte del señor Jorge Darío Moreno, funcionario que llevaba diez años al servicio del Estado, y que hizo sus cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión de forma ininterrumpida, en aras de obtener protección en materia de salud.

El Tribunal Administrativo de Antioquia admite la demanda en primera instancia, solicita práctica de pruebas y corre traslado a la demandada para su contestación la cual en un descaro evidente y muy propio de esas instituciones procede a contestar de la siguiente manera:

“Los hechos narrados por los demandantes no son más que el producto del desespero normal por parte de la familia cuando fallece un ser querido.

[...]

“En el caso concreto se realizó todo lo que era pertinente para brindarle un excelente servicio al paciente, sólo que a pesar de los ingentes esfuerzos del personal médico no se obtuvo la recuperación dadas las graves heridas de aquél, puesto que la causa más frecuente de muerte en personas que han sufrido un trauma encéfalo craneal es la complicación respiratoria.”

En fallo de primera instancia el Tribunal Administrativo de Antioquia despacha desfavorablemente las súplicas de la demandante considerando que <<no existen en el proceso elementos de juicio que permitan sostener que la demora en los trámites administrativos para remitir el paciente desde el Hospital San Vicente a la Clínica SOMA el 12 de abril de 1993, o cualquier otro comportamiento de la demandada contribuyeron o

precipitaron el deceso de Jorge Darío Moreno>> . Transcribiendo los argumentos del *a quo* para lo que nos interesa se rescatan los siguientes:

“(…) Más aún, si nos detenemos en las investigaciones realizadas por la Superintendencia Seccional de Salud (fls. 99 a 108) y la misma Caja Nacional de Previsión Social, por las presuntas irregularidades en la prestación del servicio médico asistencial al señor Moreno (fls. 125 a 139), no aparece ningún indicio que comprometa la responsabilidad de la demandada y antes por el contrario se desprende que el servicio fue adecuado a las circunstancias...

“(…) No existe prueba idónea, que permita establecer una relación de causalidad, entre el fallecimiento del señor Jorge Darío Moreno, con las omisiones que se dicen se presentaron en la atención del mencionado señor y que lleven a predicar la responsabilidad de la demandada, en los términos del artículo 90 de la Constitución.

“(…) Al no encontrarse acreditado que la muerte del señor Moreno, devino en una actitud negligente (sic) por parte de la demandada en facilitar los medios para prestarle la atención requerida, es lo que lleva a la Sala a negar las súplicas de la demanda.” (fls. 420 a 435 cdno. ppal.).

Los demandantes apelan esta decisión y es avocada por el Consejo de Estado el cual hace las siguientes importantes aseveraciones basado en su análisis de la sentencia apelada, los fundamentos fácticos y las pruebas recopiladas que en el proceso hace de ella:

“3.1. Aduce el fallo apelado que la Caja Nacional de Previsión Social dio atención oportuna porque en ese sentido lo dictaminan los señores peritos, sin que medie un análisis profundo de las demás pruebas allegadas al proceso, y que de conformidad con los artículos 175 y 176 del C.P.C., tienen el mismo valor probatorio que un experticio.

“3.2. Y si bien, los declarantes no poseen conocimientos técnicos ni científicos, tal y como lo sostiene el tribunal de primera instancia, lo cierto es que sí tuvieron la oportunidad de entender que el derecho a la salud de su hermano y compañero de trabajo fue desconocido con el comportamiento de la demandada. Son los testigos quienes, finalmente, pueden dar cuenta del arduo batallar que supuso adelantar los trámites ante la entidad demandada para que impartiera las órdenes de atención médica.

“3.3. De otro lado, se desconoció con el fallo impugnado que la atención nunca fue oportuna, como quiera que la multiplicidad de trámites administrativos obstaculizó los tratamientos.

“En efecto, si se analiza la historia clínica es posible establecer que la demora administrativa impidió el traslado oportuno a la Clínica SOMA, con miras a que el paciente fuera conectado a un respirador.”

Y a manera de conclusión, el Consejo de Estado afirma:

“Esa dilación injustificada en la prestación del servicio hospitalario, a diferencia de lo precisado por el *a quo*, supone un grave desconocimiento a los elementos esenciales de la obligación médica, es decir, a la integralidad, la oportunidad y la identidad[...].”

En el caso de marras “la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada se encuentra acreditada, ya que sometió al afiliado - paciente y a su familia a una serie de

gestiones administrativas que eran del resorte exclusivo de la entidad prestadora de salud; y la obligación al margen de que existieran o no contratos suscritos con las instituciones hospitalarias públicas y privadas que atendieron a Jorge Darío Moreno, era la de brindarle todos los servicios que requería para mejorar su estado de salud, o al menos ofrecerle todos los medios asistenciales que llegara a necesitar.”

En lo que respecta al daño antijurídico imputable a la entidad demandada (CAJANAL) también se acredita con claridad meridiana como quiera que la accionada en un <<claro desconocimiento de los preceptos constitucionales y legales impuso a los demandantes una carga administrativa que no debían soportar, toda vez que el deber de gestionar las órdenes de hospitalización y de diagnóstico era la Caja Nacional de Previsión Social, y no de los familiares ni compañeros de trabajo del occiso.>>³¹⁸

3. Cadena Fáctica en medicina grupal.

La actividad médica la mayor de las veces, se estructura en una serie de actos sucesivos, concatenados y complejos que, en su conjunto se encaminan a lograr la determinación de la patología que aqueja al paciente para con esto decidir el mejor procedimiento médico o tratamiento terapéutico conforme lo aconseje el estado del arte en el momento de los sucesos.

³¹⁸ Acá si se vería un auténtico caso de imputación por daño antijurídico en estricto sentido, pues si bien se analiza la conducta negligente de la administración el daño producido (muerte del paciente) es antijurídico en cuanto que nadie está en la obligación de sufrir daño en la salud o morir por la dejadez y desidia de las entidades públicas de salud a la hora de tramitar ordenes médicas o autorizaciones de exámenes y hospitalización.

Doctrinariamente este asunto ha sido tratado desde la perspectiva del “principio de confianza” y la “división de funciones” como lo es el caso del tratadista SERGIO GALLEGO Riestra, ó desde la noción de la “discrecionalidad científica” expuesta por el profesor WILSON RUIZ OREJUELA.

Respecto al principio de confianza se dice que, “cada uno es responsable de lo que hace y, por lo tanto, el ámbito de su responsabilidad se delimita en razón de las funciones que le son propias y por la forma de ejercerlas. La actuación incorrecta es responsabilidad de cada miembro del equipo, quedando los demás exonerados al actuar correctamente. El principio de confianza se quiebra cuando alguno de los miembros actúa tan incorrectamente que su comportamiento, necesariamente, ha de ser percibido por los demás. En este caso la responsabilidad ya no sólo afecta a quien actúa negligentemente, sino que se extiende a los demás, que podrían haber evitado el daño causado. Cada uno es, pues, responsable de sus actos, pero está obligado a hacer algo más cuando el Principio de Confianza se rompe, y esto ocurre cuando es evidente que las cosas no se están haciendo bien”³¹⁹. Por su parte, la división del trabajo es explicado por GALLEGO Riestra en los siguientes términos: “La división del trabajo puede ser horizontal o vertical. La primera hace referencia a las actuaciones entre iguales, es decir, en los casos de una intervención quirúrgica se refiere a la división de tareas entre cirujanos y anestésista. La división vertical se refiere a las relaciones entre estamentos diferentes: médico-matrona o enfermera técnico-auxiliar”³²⁰.

³¹⁹ GALLEGO Riestra, Sergio. *Últimas tendencias de la responsabilidad profesional médica con especial atención a la intimidación*. Barcelona: Editorial Ars Médica, 2006, pág.11

³²⁰ *Ibidem*.

A su turno, el profesor WILSON RUÍZ OREJUELA al abarcar el tema de la responsabilidad médica en equipo, señala que es un tema que se debe analizar desde la perspectiva del concepto de la *discrecionalidad científica* la cual “diferencia entre quienes reciben órdenes de un superior y no tienen poder decisorio ni siquiera en el caso de una urgencia, y quienes tienen plena autonomía en el manejo de las necesidades del paciente de acuerdo con su especialidad, por ejemplo, en el caso de las cirugías plásticas y estéticas, tienen discrecionalidad científica el cirujano, el anestesiólogo y otros especialistas dependiendo de la intervención, que a su turno trabajan coordinadamente”³²¹

Es esta pluriparticipación médica la que puede propiciar problemas de orden probatorio ya que se funde en el anonimato tanto las causas como las culpas que eventualmente concurren en la ocurrencia de un daño. No viene a ser de recibo, entonces, que por virtud de los roles generados en la división del trabajo se impida establecer responsabilidad de una entidad prestadora de salud pública, apartándose de esta manera de las teorías doctrinales expuestas pues todos los que intervienen en el acto médico tienen que acometer en pie de igualdad la causa generadora del daño y por ende comprometer la responsabilidad de la entidad de salud estatal a la cual están vinculadas.

El Consejo de Estado con sentencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez expuso sobre el particular lo siguiente:

“La Sala no puede aceptar que los roles determinados y específicos que cumple cada miembro del grupo médico impidan a la postre establecer

³²¹ RUIZ OREJUELA, Wilson. Op.Cit., pág. 111

la responsabilidad del I.S.S., por la circunstancia de la división del trabajo. Las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público y, por lo mismo, se concluye que ante casos como éste (de inactividad o pasividad del grupo médico en la prestación del servicio o de falta de organización y cumplimiento de las órdenes médicas) la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica”³²²

4. Responsabilidad Solidaria Interinstitucional.

En no pocas ocasiones sucede que un paciente atendido en determinado centro de salud deba ser remitido por diversos factores a otro centro médico de mayor nivel con la intención de recibir una atención médica más especializada. Tanto en uno como en otro el paciente pudo haber recibido atención médica errónea en sus múltiples manifestaciones que hace de cierta manera difícil determinar el acto médico defectuoso y el momento exacto de su configuración y, con mayor razón, la dificultad a la hora de establecer su eficacia causal en la determinación de un daño queda patente. El Consejo de Estado consiente de esta vicisitud ha decantado la tesis de la “colaboración interinstitucional” para endilgar responsabilidad a

³²² Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 7 de Octubre de 1999, exp. 12655. MP: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

todas las entidades que tuviesen por virtud de la constitución o la ley la obligación de prestar el servicio de salud. El Consejo de Estado en este aspecto puntual ha precisado lo siguiente:

“En relación con la excepción propuesta de inexistencia de la Dirección Seccional de Salud de Caldas, como verdadera parte demandada, y que el Tribunal de instancia la halló probada en el estudio del sub lite, tal conclusión no puede ser de recibo pues el fundamento que sostuvo el a quo según el cual la responsabilidad que se originó por la intervención quirúrgica a la señora Laura Rosa Gil Rendón, sólo puede atribuirse al Hospital San Vicente de Paúl sin que pueda extenderse al Centro Seccional de Salud de Caldas, por no tener como unidad ejecutora o dependencia administrativa al mencionado centro hospitalario. Dicha posición no es de recibo pues se aparta del principio que erige la colaboración interinstitucional y responsabilidad de los entes encargados de cumplir las tareas que le asigna la Constitución y la Ley. Olvida que tales funciones imponen necesariamente una estrecha relación y coordinación de todos los entes del respectivo ramo que en el eventual caso de ocasionarse daños por el funcionamiento anormal del servicio no sólo obliga a repararlos a la institución que actuó directamente en la producción de la lesión, sino a todos aquéllos sobre quienes residía la tarea de atender y controlar o la buena marcha y funcionamiento de las labores asignadas bien por los reglamentos o por la ley en su sentido general. Tesis que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que para la época de los hechos, no existía una clara normatividad que

individualizó la responsabilidad para que el afectado exigiera por los procedimientos administrativos o jurisdiccionales el resarcimiento de los perjuicios que se le ocasionaron dejando la posibilidad de dirigir la demanda contra cualesquiera o todos los entes del orden local, seccional o nacional que administran y prestan los respectivos servicios. Criterios que también resultan válidos y procedentes aplicar en cuanto concierne al Ministerio de Salud pues el a quo lo situó en similares circunstancias a las de la Dirección Seccional de Caldas, en el sentido que también guardaba total independencia del Centro Hospitalario; olvidando que la organización administrativa de este tipo de servicio coloca a este último bajo la dependencia de los entes señalados.”³²³

5. Falla del servicio por omisión de entidades que ejercen control y vigilancia en salud. Responsabilidad por contagio de SIDA.

Bien sabemos que un hecho dañoso puede generarse desde una conducta activa u omisiva. Siendo la omisión la conducta reprochable que en este acápite nos ocupa es necesario primero que todo precisar que la omisión con capacidad de comprometer la responsabilidad del Estado no se circunscribe en una pasividad pura y simple de la administración, sino que debe ser una omisión jurídicamente relevante, esto es un no hacer lo que es debido, entendiendo el deber en su sentido de actuación por imposición normativa. Es un deber de actuar que se impone a las entidades de control y vigilancia

³²³ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª . Sentencia de 22 de Mayo de 1996. Exp. 1996. MP: Dr. Jesús María Jaramillo Ballesteros.

del estado, y el cual viene mayormente impuesto por la ley, los decretos reglamentarios, las decisiones judiciales y demás normas jurídicas con fuerza vinculante.

Ahora bien, una de las funciones del Estado respecto a las instituciones de salud públicas y privadas es ejercer control sobre el funcionamiento e idoneidad tanto en la calidad de la atención como en los protocolos y procedimientos clínicos que dispensan. Cuando el Estado a través de los entes administrativos de orden nacional o territorial sobre los que recae dichas funciones de control y vigilancia no las ejercen y gracias a la cual, las entidades de salud vigiladas ocasionan o propician resultados adversos o dañosos, estos le serían imputables al Estado representado en las susodichas entidades de control y, según las circunstancias particulares del caso, a las directamente generadoras del daño. Para efectos de ejemplarizar lo antedicho analizaremos el caso de un laboratorio clínico que, entre sus principales actividades estaba la de analizar sangre y derivados hemodinámicos donados para certificar que no estuviera contaminada de VIH u otro agente patógeno y por tanto fuera idónea para ser utilizados en transfusiones sanguíneas.

La situación fáctica que quedó acreditada en autos y que nos interesa para efectos de este análisis pueden reseñarse así: La accionante Mery Teresa Colmenares quien para la fecha de los hechos se encontraba embarazada hizo una ruptura de membranas que precisó su internamiento en la Clínica Palermo de Bogotá. Dado su situación médica fue necesario hacerle una cesárea en la que fue necesario efectuarle una transfusión de dos unidades de sangre. La sangre utilizada por la Clínica Palermo era suministrada por el Laboratorio Clínico y Banco de Sangre de propiedad del doctor Jorge Alvarado Domínguez. Es de anotar que el citado laboratorio y banco de sangre había obtenido “la licencia respectiva

expedida por la Secretaría de Salud del entonces Distrito Especial de Bogotá, distinguida con el Número 0373 del 31 de julio de 1981, con fundamento en la delegación efectuada por el Ministerio de Salud, mediante Resolución 447 del Ministerio de Salud y el Decreto 1387 de 1979, que modificó el Decreto 1171 de la Alcaldía Mayor de dicha localidad”. Por su parte el Servicio de Salud de Bogotá a cuyo cargo se encuentra el Programa de Prevención y lucha contra el SIDA, creó el sello nacional de calidad de sangre, que consiste en una etiqueta autoadhesiva de color verde, hecha en papel de seguridad y numerada, que se adhiere a la bolsa de sangre, para certificar que su contenido ha sido examinado por métodos altamente sensibles para detectar hepatitis B, sífilis o VIH, con resultados negativos. El mencionado sello nacional de calidad de sangre son entregados por el Servicio de Salud de Bogotá a los bancos de sangre, tres veces al año, en enero, mayo y septiembre, para lo cual se requiere que aquéllos “reporten las estadísticas bimensuales requeridas”. El banco de sangre de propiedad del señor Jorge Alvarado Domínguez recibió sangre donada por Luis Ernesto Arrázola Arrázola, quien era portador del SIDA, y la envió, con el sello nacional de calidad de sangre, a la Clínica Palermo, donde fue transfundida a la señora Mery Teresa Colmenares, “produciéndole en esa forma la correspondiente infección, cuyas consecuencias son más severas por tratarse de un medio directo”. En los meses de Agosto y Septiembre de 1993 la prensa informó sobre las transmisiones de SIDA ocasionadas por las transfusiones efectuadas en la Clínica Palermo en la época en que la señora Colmenares estuvo hospitalizada en esa institución, además de informar sobre las irregularidades encontradas en el laboratorio y Banco de Sangre de Alvarado Domínguez. La Clínica Palermo mediante comunicado de prensa reconoció “el hecho de la contaminación”. A raíz de todo lo anterior la señora Mery Teresa Colmenares procedió a realizarse la prueba de ELISA para establecer si había sido infectada de SIDA

como consecuencia de la transfusión que se le practicó en la Clínica Palermo, la cual dio resultados positivos. Frente a esa dolorosa y patética situación la señora Mery Teresa Colmenares interpone ante la jurisdicción contenciosa administrativa acción de reparación directa en contra de la Nación- Ministerio de Salud y el Distrito Capital de Bogotá con el fin de que se les declare responsables por los daños materiales y morales causados con ocasión de la infección por SIDA a través de la transfusión de sangre contaminada.

El problema jurídico a resolver en esta sentencia se centra en un asunto de causalidad e imputación por omisión de la administración. Bien podría circunscribirse en “[..]si el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, por medio de sus funcionarios y en ejercicio de sus competencias, se encontraban en posibilidad de impedir que el Banco de Sangre Alvarado Domínguez proveyera a la Clínica Palermo de Bogotá de la sangre obtenida del señor Polo Ignacio Bernal Martínez, contaminada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH y, por lo tanto, que ésta hubiera sido transfundida a la citada demandante en el mes de octubre de 1989.”

Para resolver el problema jurídico planteado, el análisis de la responsabilidad de las entidades públicas demandadas el Consejo de Estado centra el estudio en el tema de la “responsabilidad de la administración por omisión, concretamente en relación con el cumplimiento de su obligación de supervisar a los particulares en ejercicio de determinadas actividades, en desarrollo de las cuales pueden causar perjuicios a otras personas.” Una vez establecido el daño (antijurídico) el análisis se enfocó en el estudio de la causalidad y la imputabilidad. En lo que respecta a la causalidad se aplicó la teoría de la causalidad adecuada, y en lo referente a la imputabilidad se analizó desde la perspectiva de

un deber jurídico de actuar (controlar y vigilar) para evitar la ocurrencia del daño³²⁴ que de no constatarse consolidaría una falla del servicio como título de imputación. Sobre este punto se expresa el Consejo de Estado así: “[...]debe advertirse que, tratándose de la responsabilidad por omisión, establecido el daño, el análisis debe conducirse hacia la determinación de la causalidad y la imputabilidad, aplicando para el primer caso, obviamente, la teoría de la causalidad adecuada. En ese sentido, el problema radicaría en establecer, por una parte, si existía la posibilidad efectiva para la entidad demandada de evitar el daño, interrumpiendo el proceso causal. Y el análisis de la imputación, por otra parte, se referirá a la existencia del deber de interponerse, actuando, situación en la que la obligación de indemnizar surgirá del incumplimiento, como comportamiento ilícito”. Lo anterior significa que: “En este caso se exige, entonces, que la administración se encuentre en posición de garante, que se haya producido un resultado lesivo, y que existiera la posibilidad de evitarlo mediante la conducta omitida.” El Consejo de Estado para efectos de sustentar la aplicación de la tesis de la responsabilidad por omisión de la administración también apela a la doctrina del tratadista MAGIDE HERRERO quien enseña que “[...]puede afirmarse que cuando se considera responsable a la Administración por no haber impedido la realización de un evento dañoso, se está haciendo responsable a la Administración por una omisión: la de aquella conducta que habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión [...]”.

³²⁴ Esta tesis es sustentada en la teoría penal de la comisión por omisión que el tratadista ENTRENA CUESTA explica en la sentencia analizada de la siguiente manera: “Como en el caso de la comisión por omisión, lo decisivo en la responsabilidad por inactividad material no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo *la virtualidad causal de la acción, que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios*. Por lo que para que exista la obligación de indemnizar no se requiere una verdadera relación de causalidad naturalística entre la omisión y el daño, sino que basta que la Administración hubiera podido evitarlo cuando se hallaba en posición de garante.”

En este orden de ideas, para establecer la imputación del daño antijurídico a la conducta omisiva de la administración acude al acervo normativo que las entidades demandadas en el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia debían cumplir a cabalidad, y que de su cumplimiento se hubiera podido evitar el perjuicio de marras, o cuando menos exonerarse de responsabilidad acreditando una conducta diligente ajustada a derecho³²⁵.

Es así como el Consejo de Estado determina que tanto el Distrito Especial de Bogotá como el ministerio de salud incumplieron lo preceptuado en los decretos 616 de 1981 y Decreto 1571 de 1993, así como la Ley 9 de 1979 lo que se tradujo a su vez en omisiones graves en sus funciones de vigilancia y control sobre el laboratorio Alvarado Domínguez que a la postre permitió que se transfundiera la sangre contaminada por VIH.

Entre las omisiones imputables tanto al Distrito Especial de Bogotá-Secretaría Distrital de Salud como a la Nación-Ministerio de Salud hoy de la Protección Social se destacan las siguientes:

- Primeramente se destaca en la sentencia que conforme al artículo 1º, 73 y 74 del Decreto 616 de 1981 y los artículos 594 y 597 de la Ley 9 de 1979, la salud es un “bien de interés público”, por lo cual las disposiciones que regulan las medidas sanitarias y, entre ellas, las relativas al control y la vigilancia de los bancos de sangre, “son de orden público”, lo que lleva a concluir forzosamente que “las funciones de control asignadas a los Servicios Seccionales de Salud, conforme al artículo 74 del decreto 616 de 1981, debían ejercerse de manera activa, realizando visitas de inspección en las que se verificaran, efectivamente, los procedimientos

³²⁵ Cuando se profirió esta sentencia en el año 2004, el Consejo de Estado todavía prohijaba sin excepción la falla de servicio como título de imputación subjetiva, lo que permitía a la administración exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado en su actuación.

realizados por los bancos de sangre, a fin de garantizar el cumplimiento permanente de las prescripciones legales y las políticas gubernamentales.” De igual manera y teniéndose conocimiento de la existencia del VIH y de procedimientos tendientes a evitar su contagio a través de transfusiones sanguíneas “el Ministerio de Salud estaba en la obligación de establecer y poner en práctica los mecanismos necesarios para efectuar la vigilancia y el control de las instituciones públicas y privadas encargadas de adelantarlos, y en el deber de adoptar los correctivos necesarios para que sus instrucciones fueran cumplidas”.

- Conforme a la normatividad descrita y vigente para la época de los hechos “las referidas dependencias gubernamentales tenían la obligación de impedir que el Banco de Sangre Alvarado Domínguez continuara funcionando, desde el mismo momento en que advirtieron que operaba sin contar con la licencia sanitaria de funcionamiento. Sin embargo, no ordenaron su cierre definitivo; ni siquiera la suspensión temporal de sus actividades.”
- “No resulta desdeñable para la Sala la omisión referida al hecho de haber permitido que el banco obtuviera la sangre de personas que recibían una remuneración, a pesar de que la sangre humana sólo podía ser donada y utilizada sin ánimo de lucro. En efecto, la previsión normativa contenida en el Decreto 616 de 1981, y que se conservó en el Decreto 1571 de 1993 (artículos 3, 4 y 28), en el sentido de exigir que la sangre obtenida por los bancos fuera, exclusivamente, donada, pretendía, sin duda garantizar, al máximo, las condiciones de seguridad del procedimiento terapéutico.”
- Las entidades demandadas consintieron, o mejor, no impidieron que el cuestionado Banco de Sangre formara parte del Programa de Control de Bancos de Sangre y Hemoderivados, asignándole un código para tal efecto, y le hiciera entrega, para su utilización, de varios rollos del sello nacional de calidad de sangre, sin efectuar una verificación previa de que aquél practicaba, en la forma debida, las pruebas para la

detección del V.I.H., permitiendo de esta manera que las instituciones destinatarias de la sangre y los demás productos distribuidos por el Banco Alvarado Domínguez, entre ellas la Clínica Palermo de Bogotá, se formaran un criterio errado, en el sentido de que el mismo se encontraba autorizado para realizar las actividades de obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y de sus componentes o derivados, así como su distribución y fraccionamiento, y que contaba con la dotación adecuada y el equipo científico capacitado para ello, por lo cual el acto terapéutico no constituiría un riesgo para la salud del receptor, distinto de aquel que el procedimiento conllevara.

- se toleró el incumplimiento de la obligación que el banco tenía de remitir bimestralmente los formularios 2.B.S., que, como se vio, habrían permitido verificar el uso del número de reactivos efectivamente requerido para la práctica de las pruebas.
- No se practicaron visitas de inspección y vigilancia durante los años 1989 a 1991.

El Consejo de Estado una vez hecho el correspondiente análisis jurídico de la imputación por omisión llega a las siguientes conclusiones:

1. Que a las entidades demandadas en el contexto de la responsabilidad por omisión les cabe una responsabilidad directa por la falta de vigilancia y control de un tercero cuya obligación de indemnizar irrumpe porque la actuación del tercero no le es ajena a la entidad demandada y no constituye, por tanto, una causa extraña que permita su exoneración.

2. Que si las entidades demandadas no hubieran omitido el cumplimiento de sus obligaciones, el Banco Alvarado Domínguez no habría podido siquiera funcionar y, por la misma razón, no habría sido aceptado en el Programa de Control de Bancos de Sangre y Hemoderivados, no habría recibido sellos nacionales de calidad de la sangre, no habría podido imponerlos a sus productos y, por lo tanto, no habría generado en la Clínica Palermo de Bogotá la confianza necesaria para que ésta los adquiriera y dispusiera su utilización terapéutica en sus pacientes.
3. Que, aun a pesar de haber permitido indebidamente el funcionamiento del citado banco de sangre, las entidades demandadas habrían podido impedir que el mismo impusiera a sus productos el sello nacional de calidad, negándose a su entrega, luego de verificar, mediante la realización de visitas de inspección, que incumplía las instrucciones impartidas para su utilización, al practicar indebidamente las pruebas necesarias para la detección del VIH.

6. Responsabilidad por consentimiento informado ausente o defectuoso.

El derecho que le asiste a todo paciente a ser informado, y el correlativo deber de informar en cabeza del médico, adquiere una relevancia especial en la relación entre el paciente y el profesional sanitario, dado que tienen por objeto el cuerpo humano y la salud.³²⁶

No cabe duda, entonces, de que el consentimiento informado viene a constituir uno de los conceptos centrales de la ética médica actual. Tan es así que el derecho del paciente a tomar decisiones sobre su salud se ha establecido en declaraciones legales y éticas de

³²⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Op. Cit.*, p. 162.

todo el mundo³²⁷. De esta manera, y sólo por nombrar algunos, encontramos que la declaración de la Asociación Médica Mundial –AMM- sobre los derechos del paciente estipula lo siguiente: “El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente y en relación con su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión. El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.”³²⁸

Por su parte la edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, define el consentimiento informado así: “El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente, atento y normalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser obtenida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente.”³²⁹

³²⁷ Tomado de Código de Ética 2006, Colegio Médico de Chile A.G., p. 94.

³²⁸ *Ibíd.* P. 94

³²⁹ HERAZO ACUÑA, Benjamín. *Consentimiento informado: para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud*. Bogotá: ECOE Ediciones, p. 4

En la normatividad española encontramos especialmente que en el artículo 8.1 de la Ley 41/2002 el legislador contempla como principio básico el derecho de todo paciente o usuario de servicios sanitarios a ser informado, información ésta que debe considerarse previa a la prestación del consentimiento libre y voluntario. Es así como en el numeral 2º del artículo mencionado se destaca que el consentimiento debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, y posteriormente en el numeral 3º se estipula el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, después de recibir la información adecuada; por último el numeral 4º consagra el derecho del paciente a negarse al tratamiento el cual sólo puede ser ejercido una vez obtenida la correspondiente información.³³⁰

En nuestra normatividad encontramos referencia al consentimiento informado en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 que dice: “Artículo 15: 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.”

Por otro lado, de las múltiples y variopintas definiciones doctrinales existentes sobre “consentimiento informado” podemos destacar las que recopila el profesor ACUÑA HERAZO de la siguiente manera:

³³⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Op. Cit.*, p.161.

FRANCO y RODRÍGUEZ dicen que el consentimiento informado es definido como la aprobación que da quien va a ser atendido, para realizar ciertos procedimientos con fines de mejorar una condición de salud.³³¹

PRIETO Y ROMANO definen el consentimiento informado como el acuerdo de voluntades que se apoya, por un lado, en la información suministrada por el profesional de la salud y, por otro, en la decisión libre del paciente de aceptar o no lo que se propone como pauta de acción.³³²

GARZÓN DÍAZ, expresa que consentimiento informado es un proceso gradual que se realiza en el seno de la relación médico paciente, en virtud de la cual el sujeto competente recibe del personal de salud una información suficientemente comprensible que la capacita para participar voluntaria y activamente en las decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. Agrega que el consentimiento informado requiere de una decisión autónoma, entendida ésta como la capacidad de toda persona para expresar su proyecto de vida.³³³

En cuanto al fundamento del derecho a consentir informadamente podemos encontrar en las palabras de DOMÍNGUEZ LUELMO una atinada explicación: “Desde el punto de vista del paciente o usuario de servicios sanitarios, este derecho a ser informado con carácter previo a cualquier tratamiento, prestación asistencial o intervención quirúrgica,

³³¹ HERAZO ACUÑA, Benjamín. *Op.Cit.*, p.4

³³² *Ibid.*, p. 4

³³³ *Ibid.*, p.4

tiene como fundamento remoto el derecho subjetivo que aquél tiene sobre su propio cuerpo. Como se ha señalado, este derecho a la autodeterminación del paciente sobre su propio cuerpo no sólo justifica o fundamenta el derecho a ser informado como presupuesto previo al consentimiento, sino también que, por su conexión con la libertad (ya que sólo quien conoce todos los aspectos de su enfermedad puede consentir libremente y mientras la enfermedad persista), justifica que el derecho a ser informado persista a lo largo de toda la relación entre el paciente y el profesional sanitario, y no se agote en el momento de consentir previo al tratamiento o intervención.”³³⁴

Para el Consejo de Estado en consonancia con la jurisprudencia constitucional el consentimiento informado es un derecho que le asiste al paciente en desarrollo de su autonomía personal que no puede ser soslayado bajo ningún motivo y cuya prueba le incumbe al médico que ha debido obtenerlo. El consentimiento informado puede probarse por cualquier medio de prueba y no necesariamente mediante un documento escrito que lo contenga aunque, como se vió, la historia clínica es el documento probatorio por excelencia. El consentimiento informado debe obtenerse previo informe de los riesgos y consecuencias adversas que pueda traer el tratamiento médico, describiéndolo de la manera más entendible y completa posible partiendo de la ignorancia total del paciente en el tema y dándole la posibilidad al paciente de no someterse al tratamiento o terapia recomendada. En la sentencia de 3 de Mayo de 2007 donde se falla el caso de una paciente que queda estéril a causa de una Histerectomía no consentida se dijo: “Debe anotarse, en primer lugar, que la autorización genérica del Hospital Regional de Sincelejo, para realizar los procedimientos médicos y quirúrgicos

³³⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Op.Cit.*, p. 162

requeridos, suscrita por la demandante y su hermana, no puede entenderse como un consentimiento informado. La Corte Constitucional ha considerado el consentimiento informado como un desarrollo específico de varios derechos fundamentales, principalmente el de la autonomía personal. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado. El artículo 11 del decreto 3380 1981, que reglamente la ley 23 de 1981, establece que las dos únicas excepciones al deber de informar, por parte del médico, acerca del riesgo previsto en un procedimiento médico son: “a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”. La doctrina extranjera señala que el consentimiento informado es un proceso de ilustración continuada al paciente, que implica la posibilidad de aquél de no someterse al tratamiento propuesto por su médico y que, además, en el proceso de información siempre debe partirse del supuesto de su ignorancia, o mejor, de su desconocimiento en la materia. Y la doctrina nacional, de otro lado, destaca que el suministro de información debe tomar en cuenta las características personales del paciente. En el presente caso, la Sala manifiesta su conformidad con la premisa básica de que el consentimiento informado es un principio, por lo que su aplicación debe adecuarse al caso concreto y acepta además que puede ser acreditado por diversos medios de prueba, no solo mediante un documento que contenga la voluntad expresa del paciente. Aceptando las dos anteriores condiciones o presupuestos, se considera que en el caso materia de análisis no se otorgó el consentimiento por parte de la actora. En efecto, en las consultas del cinco y 13 de abril

de 1993, el doctor G. A. informó a la paciente que el tratamiento adecuado era un legrado obstétrico, es decir una limpieza de la cavidad uterina, no obra en la historia clínica ninguna otra explicación de otro procedimiento médico. Si bien, la paciente manifestó en la consulta del cinco de abril que deseaba “sacarse la matriz”, no podía el médico entender que se estaba refiriendo a una histerectomía, como lo dejó consignado en el reporte de la consulta del 13 de abril, dado que se trata de un concepto de carácter técnico. Además, en ninguna parte de los reportes se señala que el médico informó a la paciente en que consistía el procedimiento y sus consecuencias. Tampoco es posible colegir que la paciente debía entender, de manera clara, que “HTA simple” significaba histerectomía simple, pues en todos los reportes escritos siempre se escribió tal sigla. En todo caso, en la autorización genérica de tratamiento médico suscrito por la paciente y su hermana ni siquiera se enuncia tal procedimiento. Su condición tan general y abstracta, paradójicamente la priva de contenido. [...] **La información ilustrada, idónea, concreta y previa** a la cirugía no se brindó a la paciente, por el contrario, el único tratamiento propuesto, del que se tiene constancia, es el legrado obstétrico. Tampoco se puede establecer que en el curso de los preparativos para la cirugía se brindó tal información, ni se puede concluir que la paciente entendía “sacarse la matriz” como histerectomía y que correspondía a la sigla “HTA”. Aún concluyendo que eso fuera así, no obra ninguna prueba que permita deducir que se le explicó en que consistía el procedimiento y cuales eran sus consecuencias. Debe reiterarse que en el campo médico se parte del supuesto de la ignorancia o desconocimiento del paciente en la materia y de sus características particulares, respecto de las cuales no se hizo ninguna referencia en la historia clínica. La histerectomía es un procedimiento quirúrgico que afecta de manera importante los intereses de la mujer, dado que la extirpación del útero

y/o sus anexos implica un estado de esterilidad permanente, amen de una multiplicidad de factores, que convergen, en una visión holística, a dimensionar en todo su universo la valoración del daño corporal. ”³³⁵. (Subrayas y negritas fuera de texto original).

De otro lado es importante recalcar que el deber de información y posterior adquisición del consentimiento por parte del paciente no se agota ni se concreta con la simple formalidad de la “autorización de servicios”.³³⁶ Sobre este punto en la sentencia de 15 de Octubre de 2008 el Consejo de Estado dijo: “Cabe agregar que no se surtió el trámite del consentimiento informado cuando se decidió intervenir quirúrgicamente al menor Rodríguez de forma apresurada. El único documento que obra dentro del expediente es la autorización de servicios suscrita por el padre del menor, en relación con todos los servicios médicos, de laboratorio y quirúrgicos que pudieran requerirse. Para la Sala, el anterior documento no contiene una autorización debidamente informada de los padres del paciente, pues no se les advierte sobre las particularidades del procedimiento quirúrgico, los riesgos del mismo, ni las posibles secuelas que podrían sobrevenir, máxime cuando se trataba de una cirugía que podía esperar”³³⁷.

En lo que respecta a las excepciones en la adquisición del consentimiento informado el Consejo de Estado ha precisado que si bien el consentimiento informado es un acto médico que el galeno debe cumplir obligatoriamente para la aplicación de cualquier terapia o tratamiento, su acreditación puede obviarse en las circunstancias de urgencia

³³⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de Mayo de 2007, exp. 16.098. M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

³³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de Abril de 2011, exp: 20.480. M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³³⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de Octubre de 2008, exp: 16.350.

donde no se espera la intervención requerida, y particularmente cuando el paciente se encuentre inconsciente y en peligro de muerte. En la sentencia de 15 de octubre de 2008 el Consejo de Estado se pronuncia así: “Sobre la obligatoriedad de informar de manera oportuna y diligente al paciente, la Sala ha explicado que solamente se exceptúa al médico de dicho deber en los casos de urgencia o emergencia, especialmente cuando el paciente está inconsciente o en peligro de muerte. Por lo tanto, por regla general, los médicos están obligados a obtener la autorización para toda terapia, excepto cuando las particularidades del caso lo impliquen y, en esos eventos, deben probar la necesidad de esa omisión, cosa que no sucedió en este caso.”³³⁸

Por su parte el consentimiento idóneo aquel que exime de responsabilidad al galeno y dado el caso a la administración “se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente. [...]El consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico.”³³⁹

³³⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de Octubre de 2008, exp. 16350. M.P: Ramiro Savedra Becerra.

³³⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de Enero de 2002, exp. 12.706. M.P: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

En conclusión podemos decir que “La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que debe probarse. El derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad. Por ello importa el conocimiento sobre las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual va a ser sometido. La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente. Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, **y aconsejable que se documente, y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica**, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio.”³⁴⁰ (Negritas fuera de texto).

7. Falla en la atención gineco-obstétrica.

Especial atención merece la evolución jurisprudencial de la responsabilidad médica del estado por daños gineco-obstétricos por cuanto la jurisprudencia contenciosa en una primera fase impuso sobre la gineco obstetricia una obligación de resultado con la

³⁴⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 11 de Febrero de 2009, exp. 14.726. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

consecuente alteración de la carga probatoria y que supone una situación bastante particular dentro del contexto de la responsabilidad médica en cuanto que siempre se hace énfasis en que las obligaciones de medio eran las que sustentaban el débito prestacional de los galenos.

Pues bien, el resultado debido en las actuaciones médico-obstétricas y exigido por la jurisprudencia contenciosa administrativa en esa etapa inicial de la evolución era la realización de un “parto normal” que debía culminar con un nacimiento exitoso siempre que el embarazo se haya presentado sin alteraciones durante todas sus etapas. Estas apreciaciones pueden verse en la sentencia de 10 de Febrero de 2000³⁴¹ en donde el consejo de estado afirma:

“[...]en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles...En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo

³⁴¹ Exp. 11.878

normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología³⁴².

En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un alumbramiento exitoso. Es así como la sentencia de 17 de Agosto de 2000³⁴³ citando al tratadista argentino CARLOS GHERSI dijo: “ ‘... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto –o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculporias. Éstas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito.’³⁴⁴”.

Posteriormente el Consejo de Estado en medio del contexto que implicaba decantar de nuevo la doctrina de la falla probada, argumenta que la especialidad gineco-obstétrica no puede ser ajena al tratamiento que generalmente se le ha dado a la profesión médica

³⁴² Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 10 de Febrero de 2000, exp. 11.878.

³⁴³ Exp. 12.123

³⁴⁴CARLOS ALBERTO GHERSI. *Responsabilidad Profesional*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998, p. 114.

en general, esto es, responsabilidad subjetiva basada en la prueba de la culpa con la consabida carga probatoria de los elementos estructurantes de la responsabilidad a cargo del demandante a saber: i) el daño, ii) la falla en el acto obstétrico y iii) el nexo causal. Es decir, ya no se releva al demandante de demostrar la falla en el acto médico-obstétrico como ocurría bajo el régimen objetivo precedente sino que actualmente dicha falla así como el nexo causal y el daño antijurídico deben estar plenamente probados en el proceso ya sea mediante prueba directa o prueba indiciaria. Sobre este aspecto ha dicho el Consejo de Estado: “Pero también es cierto que la Sala ha aceptado la tesis según la cual, se puede echar mano 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, desde la perspectiva de la imputación”³⁴⁵

Llegados a este punto y de acuerdo con la tesis que actualmente orienta 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 indemnización³⁴⁶, se presentan dos situaciones probatorias:

³⁴⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 21 de Febrero de 2011, exp. 20371. M.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Botero.

³⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. de 7 de Abril de 2011, exp: 19801. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

i) Cuando el embarazo ha tenido un desarrollo normal o ha sido catalogado por el médico tratante como de “bajo riesgo” no se puede esperar nada distinto a un bebé nacido vivo³⁴⁷, pues así lo indica la experiencia en función del estado del arte, de manera que habiendo un embarazo normal y se presenta un daño a la madre o al recién nacido en el parto, opera la flexibilización probatoria en virtud de la cual el demandante puede probar la falla obstétrica y el nexo causal de esta con el daño ya sea mediante prueba directa si la hay o mediante prueba indiciaria, edificando esta última “sobre la demostración, a cargo de la parte demandante, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a inferir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica”³⁴⁸.

ii) En los casos donde el embarazo presente complicaciones clínicas o sea considerado de “alto riesgo” la carga probatoria de la falla del servicio obstétrica a cargo del demandante se torna más estricta al punto de que sólo puede acreditar aquella mediante prueba directa excluyendo así la posibilidad de apelar a la prueba indiciaria para, por esa vía, inferir la falla médica. De esto da cuenta la sentencia del 14 de Julio de 2005, exp. 15.276 en donde se dijo: *“Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la*

³⁴⁷ Sentencia de 26 de marzo de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación 16085.

³⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Ver también Sentencia del 19 de julio de 2009, Exp: 18364 M.P Enrique Gil Botero. Postura reiterada recientemente en sentencias de 28 de Febrero de 2011, exp: 181515 y sentencia de 7 de Abril de 2011, exp: 19801 donde se dijo: “La demostración de esos elementos [falla del servicio, nexo causal y daño] puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos y se reitera, **la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico.** (negritas y subrayas fuera de texto original).

*medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, **cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente.** No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. **Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología**".(Negritas fuera de texto original).*

Esta mayor exigencia probatoria a cargo del demandante en los eventos de embarazo de "alto riesgo" o con complicaciones clínicas queda patente en la reciente sentencia de 7 de Febrero de 2011 en donde se falla el caso de una mujer de 37 semanas de embarazo atendida en el Hospital Nuestra señora de la candelaria de Guarne adscrito al I.S.S del municipio de Guarne (Antioquia) por haber roto fuente y encontrarse en trabajo de parto. En la historia clínica se deja constancia que para el momento del parto el feto había fallecido lo que hizo necesaria su evacuación bajo anestesia epidural y "el alumbramiento del parto se describió así: fibromatosis uterina; insuficiencia placentaria; cordón ensortijado y delgado. Causa probable de la muerte fetal: anoxia fetal in útero."

En autos quedó "acreditado que el embarazo era considerado de alto riesgo debido a la edad de la señora Manrique Pinzón, así como el sangrado que tuvo las primeras semanas de gestación, incluyendo la miomatosis uterina detectada mediante las ecografías realizadas". También quedó probado que "las causas que condujeron al fallecimiento del feto están asociadas a consecuencias internas en la salud de la madre,

y que el procedimiento previsto por el médico tratante no pudo llevarse a cabo con éxito debido a tales complicaciones, sin embargo, se evidenciaron los problemas internos que generaron la muerte del feto, una vez practicada la cirugía de cesárea, tales como fibromatosis uterina, insuficiencia placentaria, cordón ensortijado y delgado y, oligoamnios”. Ante esta situación de embarazo catalogado como de “alto riesgo” le incumbía a la actora acreditar con prueba directa la falla del servicio de la demandada y la causalidad de esta con la muerte del feto, cosa que no ocurrió por lo que la conclusión del Consejo de Estado fue: “Así las cosas, **ante la ausencia de pruebas –directas–** que indiquen que la muerte del feto hubiere sido causa de la atención médica y quirúrgica suministrada por la entidad demandada a la madre en el momento del parto –entendido por tal tanto su etapa previa como la etapa misma del nacimiento– no puede declararse la responsabilidad patrimonial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por cuanto no se probó la falla en la prestación del servicio por parte de esa entidad y no se estructuró la causalidad que la parte actora alegó entre aquella y el daño.” (Negritas fuera de texto original)

- **Reflexión sobre la presunción de falla y la falla probada por indicios en la responsabilidad gineco-obstétrica.**

Una vez esbosados los dos contextos probatorios en materia ginecoobstétrica considero pertinente hacer la siguiente reflexión. Si bien se ha visto que el Consejo de Estado permite apelar a la prueba indiciaria con el fin de “acreditar” la falla del servicio en materia bajo el contexto de falla probada que hoy impera en la responsabilidad médica del estado es pertinente observar que la tal prueba indiciaria tiene mucho sabor a presunción de culpa, de hecho saben igual. Para establecer la similitud traigamos a

colación lo que ha dicho la Corte Constitucional de manera reiterada sobre presunciones legales. En sentencia C-669/05 se dijo que en “las presunciones previstas en la ley son mecanismos procesales mediante los cuales de un hecho conocido se deduce un hecho desconocido que guarda con el primero una relación de necesidad física o lógica. [...] Al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos. [...] La existencia de presunciones, ha señalado así mismo la Corporación, es asunto que toca de lleno con el aspecto probatorio de determinado supuesto de hecho. En efecto, al probarse los antecedentes o circunstancias conocidos, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción. Así pues, a quien favorece una presunción sólo corresponde demostrar estos antecedentes o circunstancias y la ley infiere de ellos la existencia del hecho presumido y del derecho consecuente, correspondiéndole a la parte que se opone demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se infirió, si la presunción es simplemente legal, o solamente la inexistencia de estos últimos, si la presunción es de derecho.” Es decir, la prueba indiciaria no es más que una prueba por presunción que aterrizada en el contexto que nos ocupa nos dice que la supuesta evolución de una falla presunta del servicio a una falla probada por indicios en el fondo no es así. Lo que se tiene ahora es una falla presunta sólo que “legalizada” bajo la denominación de falla por prueba indiciaria que como se vió técnicamente es lo mismo. Esto quiere decir, que frente al caso de que el embarazo sea catalogado médicamente como “normal” y de verificarse un daño a la madre o el bebé al momento del parto se presume la falla médica, que como presunción legal que es, le permite al demandado desplegar la

actividad probatoria contraria con el fin de desvirtuar la presunción que pesa en su contra. Nótese que bajo el esquema de prueba indiciaria también puede el demandado acreditar que “no hubo falla” por cuanto actúo con la diligencia y cuidado que le eran exigibles con forme la *lex artis ad hoc*; lo que quiere decir, que para efectos prácticos la diferencia entre falla presunta y prueba indiciaria es inexistente.

De otro lado, si bien la falla de la administración en actos médico-obstétricos puede acreditarse mediante los modos de prueba tradicionales, esto es prueba directa o prueba indiciaria (presunta) según se vió, nada obsta para que también se acrediten los elementos estructurantes de la responsabilidad del estado mediante la regla probatoria de la *res ipsa loquitur*, la cual, recordemos, es un auténtico medio de prueba con identidad y elementos propios. Esta regla probatoria es aplicada de manera clara por el Consejo de Estado en el ámbito médico-obstétrico en la sentencia de 19 de Agosto de 2009 en donde se falla el caso de una mujer embarazada quien es sometida a un cesárea de urgencia motivado por un diagnóstico erróneo de “feto en posición transversa en franco trabajo de parto” cuando en realidad se trataba de un embarazo múltiple (trillizas) de 6 meses de gestación. La cesárea ocasiona la muerte de las tres niñas por cuanto su nacimiento fue muy prematuro. El diagnóstico erróneo estuvo sustentado en una serie de conductas omisivas como no practicarle ecografía a la paciente, ni tampoco hacer el monitoreo de ritmo cardíaco fetal teniendo la clínica Rafael Uribe Uribe del Seguro Social los medios para hacerlo. Los fundamentos de derecho en que se fundamenta el Consejo de Estado para efectos de sustentar la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en este fallo es estudiado en el acápite dedicado a la mencionada regla de prueba. Por el momento y dentro del ámbito médico obstétrico podemos decir que el

Consejo de Estado “ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño.”³⁴⁹

De esta manera, se ve que la tendencia actual³⁵⁰ en materia de responsabilidad gineco-obstétrica de la administración da por superada una responsabilidad objetiva en contra de la entidad de salud pública y se inclina por la atribución del daño por falla probada o falla presunta según sea el caso; falla que puede ser acreditada echando mano de cualquier medio probatorio, especialmente la indiciaria o mediante reglas de aligeramiento de la prueba como la mencionada *res ipsa loquitur* y la culpa virtual.

8. ¿De dónde debe partir el análisis del juzgador frente a los casos de responsabilidad médica?

Una vez vistas las hipótesis de actos médicos defectuoso es pertinente responder a la pregunta que titula este ítem. La cuestión planteada es respondida por el Consejo de Estado cuando afirma que “**el análisis que se debe efectuar en este tipo de casos para deducir la responsabilidad médica es ex ante, es decir, el papel de juzgador no consiste en evaluar al paciente cuando el daño ya ha ocurrido**, tratando de reconstruir hacia atrás su evolución en forma inversa a como acaecieron los hechos,

³⁴⁹ Sentencia del Consejo de Estado de 19 de Agosto de 2009, *Cit.*, p. 19

³⁵⁰ En la sentencia de 21 de Febrero de 2011, exp 20371, M.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, correspondiente a la jurisprudencia más reciente a la fecha se reitera esta postura diciendo: “De conformidad con la evolución jurisprudencial correspondiente a la falla en el servicio por responsabilidad médica, especialmente en materia de obstetricia, se concluye que actualmente el fundamento jurídico se ha cimentado sobre la base de la teoría de la falla probada, razón por la cual es el demandante quien debe acreditar los tres elementos de la responsabilidad (daño, falla en el servicio y nexa causal)”.

sino que debe ponerse en el momento en el cual el médico debió tomar la decisión con fundamento en el cuadro del enfermo –lo cual no es posible en este caso por la ausencia de la historia clínica- y determinar cuáles eran los elementos con que contaba el profesional de la salud. En otras palabras, el Juez debe estudiar si la acción médica realizada encuadra dentro de los parámetros adecuados para el momento exacto del tratamiento”.³⁵¹ (Subrayas y negritas fuera de texto)

³⁵¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp. (20087)A. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

CONCLUSIONES

Como conclusión general podemos decir que la responsabilidad médica del Estado dada sus especialísimas características hace necesario que se gobierne por un régimen subjetivo de responsabilidad que, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, corresponde al título de imputación de falla del servicio cuya prueba, conforme a la más reciente jurisprudencia en la materia, le incumbe al demandante quien para el efecto puede echar mano de todos los medios probatorios a su alcance (Art. 175 C.P.C.) y beneficiarse de las teorías modernas que ha acogido el Consejo de Estado para dispensar alivio en ese esfuerzo probatorio especialmente en lo atinente a la prueba de la causalidad y la defectuosidad del acto médico (falla del servicio). En efecto, tratándose de prueba del nexo causal cobran especial relevancia la prueba indiciaria y la imputación por probabilidad suficiente o preponderante. En lo atinente a la falla del servicio, las teorías de la culpa virtual y la *res isa loquitur* hacen lo propio.

En lo que respecta a la aplicación de la denominada “cláusula de responsabilidad estatal” contenida en el artículo 90 superior en los casos de responsabilidad médica estatal es necesario promover más claridad conceptual en lo atinente a la imputación por daño antijurídico, pues de lo analizado en este trabajo es claro que la jurisprudencia contenciosa no ha sido coherente en el desarrollo conceptual del daño antijurídico al momento de aplicarlo a casos de responsabilidad médica del Estado. En efecto, la jurisprudencia contenciosa analizada se explaya en las características y bondades del novedoso sistema de imputación por daño antijurídico, recordando que desde la

Constitución del 91 ya no se mira la antijuridicidad de la conducta de la administración sino que la nueva responsabilidad se fundamenta en la antijuridicidad del daño. No obstante, no deja de llamar la atención que a pesar de la clara dimensión de responsabilidad objetiva que comporta la imputación por daño antijurídico en su concepción clásica, la “antijuridicidad” del daño en los eventos de responsabilidad médica del Estado analizados viene a derivarse de la constatación de la defectuosidad del acto médico ocasionante del perjuicio, esto es, de la culpa de la administración. Así el daño será antijurídico si fue ocasionado en virtud de una actuación negligente, imperita o imprudente del galeno representada en que el acto médico en cuestión no atendió a los postulados de la *lex artis ad hoc* que le eran exigibles conforme a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y disposición de recursos en que se desarrolló la actuación médica. Es decir, estamos frente a un daño antijurídico novedoso, que se fundamenta en la culpa administrativa y no en una causal legal o jurisprudencial justificante que imponga al administrado el deber jurídico de soportarlo. Desde luego, no está de más precisar que los daños ocasionados en el ejercicio médico nunca (o al menos no se ve de qué manera) tendrán una justificación legal que impongan al administrado la carga de soportarlo, es decir, dichos daños nunca serán antijurídicos en el estricto sentido de la concepción clásica con que la jurisprudencia contencioso administrativa denota la antijuridicidad. De esta manera hacemos un llamado para avanzar en la claridad de los conceptos, dejar de lado el juego de palabras y propender por un consenso conceptual que den uniformidad y seguridad jurídica tanto a la administración como a los particulares en este complejo tema donde los derechos indemnizatorios de la víctima y el real deber indemnizatorio de la administración deben

equilibrarse propendiendo, en todo caso, hacerle honor al ideal de justicia que debe regir con especial énfasis estos particulares eventos de responsabilidad estatal.

Podemos sintetizar otras conclusiones de los temas desarrollados de la siguiente manera:

- El derecho a la salud es desde la sentencia de la Corte Constitucional T-845 de 2006 un derecho fundamental autónomo tutelable de manera directa. Para el constituyente primario, el servicio público de salud es una de las actividades esenciales del Estado cuya prestación de manera oportuna y eficaz deben ser garantizadas por aquél con el fin de garantizar la vida e integridad de los administrados. En un Estado Social de Derecho el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación del servicio público de salud a través de la red de hospitales e instituciones de salud públicas y asumir los costos del respectivo servicio. Pero no sólo debe limitarse a prestarlo sino que debe hacerlo de manera oportuna y eficiente so pena de incurrir en una vulneración al derecho a la salud que como fundamental y autónomo que es, no sólo es susceptible de protección constitucional directa por la vía de la tutela sino que su vulneración constituye un perjuicio en sí mismo indemnizable.

- Al ser el servicio público de salud un deber prestacional del Estado, es factible que en el cumplimiento de dicha prestación el servicio sea prestado de manera deficiente, tardía o no prestado, provocando daños antijurídicos a los administrados quienes estarán legitimados para acudir ante la jurisdicción

contenciosa administrativa para que a través de la acción de reparación directa le sean resarcidos los perjuicios ocasionados.

- El acto médico no ha sido definido de manera legal en nuestro ordenamiento jurídico positivo, de manera que se hace necesario acudir a la legislación y doctrina foránea, así como la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana con el fin de delimitar sus alcances conceptuales. Autores como GISTBER CALABUIG Y VILLANUEVA CAÑADAS hacen una importante reflexión sobre el acto médico indicando que no todo acto realizado por un galeno puede contextualizarse como un acto médico. Para efecto de explicar lo dicho proponen en su definición de acto médico dos características fundamentales para que un acto sea considerado como acto médico, a saber: legalidad y legitimidad. Dentro de la legalidad del acto médico se debe observar que el acto médico cumpla con los preceptos legales que sobre tal actividad consagren las normas jurídicas (penales, civiles, etc); el acto médico está circunscrito a lo que la jurisprudencia informa sobre la pericia y diligencia a la hora de ejercer la profesión médica con el fin de que se evite llevar al enfermo a un riesgo mayor del que cabría esperar o causarle un daño más gravoso del que jurídicamente está obligado a soportar. El médico tiene entre sus derechos la libertad de método y de prescripción, pero como todo derecho éste tiene limitaciones que se materializan en una medicina controlada donde se deben acatar los preceptos profesionales decantados en los códigos deontológicos y de ética médica, así como en los protocolos de consenso y guías de atención que propenden por una medicina cada vez más signada por un control científico de la

eficacia terapéutica (medicina basada en la evidencia). Por su parte, la omisión dolosa o culposa de algunos de los preceptos médicos y/o métodos terapéuticos avalados por la ciencia puede dar lugar a perjuicios morales, físicos, somáticos, económicos al paciente que deben ser resarcidos. Como segundo requisito del acto médico tenemos la *legitimidad*, que refiere a que la actividad médica sólo puede ser ejercida por profesionales capacitados y que cumplan con los requisitos exigidos por el Estado para el ejercicio de la actividad médica.

- El consejo de Estado ha establecido jurisprudencialmente para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos médicos defectuosos, que la falla médica comprende no sólo el acto médico en estricto sentido, que es el que realiza el profesional de la medicina en sus distintos momentos y comprende especialmente el diagnóstico y posterior tratamiento de las patologías incluyendo las intervenciones quirúrgicas, sino que abarca también todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional. En esta reflexión el Consejo de Estado sustenta el novedoso concepto de acto médico complejo el cual está compuesto por i) los actos puramente médicos realizados por el facultativo; ii) actos paramédicos, que comprenden las acciones realizadas con anterioridad al acto médico y las posteriores a ésta, y que son realizadas, la mayor de las veces, por enfermería y auxiliares de apoyo médico como puede ser inyección de calmantes, toma de tensión arterial y signos vitales, suministro de antibióticos, etc; iii) actos extramédicos que refieren al servicio de hostelería hospitalaria y comprenden, entre otros, el alojamiento, la

manutención, y del cual se deriva una obligación de seguridad para preservar la vida e integridad del paciente.

- La *lex artis* es el concepto fundamental en el cual se sustenta la idoneidad, eficacia y corrección del acto médico. La *lex artis* supone la posesión de conocimientos propios y actualizados de la profesión médica y de la especialidad de que se trate, dominio de la técnica quirúrgica, el empleo de los recursos adecuados, disponibles, y aceptados por la ciencia para el tratamiento de la patología y beneficio del paciente, así como el componente ético en el cual se incluye el respeto por las decisiones del paciente sobre su propio cuerpo. Para efectos de la determinación de las conductas negligentes o culposas de los médicos en los juicios de responsabilidad médica, la *lex artis ad hoc* debe valorarse en el contexto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desplegó la conducta del agente, teniendo en cuenta siempre la oportunidad de la atención y la disponibilidad de recursos y medios para el diagnóstico y tratamiento de la patología.

- En términos generales la responsabilidad patrimonial, incluyendo la del Estado es una noción que implica asumir las consecuencias económicas de un hecho dañoso sea bajo un régimen subjetivo u objetivo dependiendo de las circunstancias particulares en que se desenvuelva la actividad del agente.

- Desde la arista jurisprudencial constitucional, y dadas las particularidades intrínsecas de la actuación administrativa, la Corte Constitucional ha decantado

que la responsabilidad del Estado supone una garantía de protección de los administrados frente al cada vez más desbordado poder público al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de la administración. Y es que, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces, los daños ocasionados por la administración son consecuencia de actividades que el Estado ejecuta de manera lícita para la consecución de sus fines; pero esto no justifica que dichos daños deban ser asumidos, de manera general y abstracta, por los administrados. Es así como el fundamento de la responsabilidad estatal se traslada de la mera subjetividad de la conducta a la antijuricidad del daño siendo este un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar.

- El elemento subjetivo de culpabilidad en el ámbito médico que viene a constituir el sustrato de la falla de servicio como título jurídico de imputación relevante en nuestra sistema de responsabilidad patrimonial estatal puede configurarse bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación de protocolos; siendo la impericia una ausencia de conocimientos, habilidad o capacidad profesional para llevar a cabo determinado acto médico; por su parte, la negligencia refiere a la dejadez, la no actuación del médico cuando las circunstancias se lo exigen y nada le impide llevar a cabo el acto médico demandado; la imprudencia es aquella conducta del galeno temeraria, apresurada, hecha sin un juicio previo y prescindiendo de información y valoración necesaria que permita precaver eventos adversos en la salud del paciente; la violación de protocolos o no aplicación de las guías de atención médica comporta una violación a la *lex artis ad hoc* por cuanto que son conductas recogidas por sociedades científicas,

actualizadas y compiladas para ser aplicadas por los profesionales de la medicina en determinados momentos y frente a distintas patologías o situaciones de emergencia.

- El Consejo de Estado acoge la postura clásica y que previamente había sido desarrollada por la Corte Suprema de Justicia cuando era competente para fallar los contenciosos entre los particulares y el Estado, considerando, por vía de principio, las obligaciones de los médicos como de medio, por cuanto que la medicina no es una ciencia exacta y por tanto, no se debe desconocer el alea que siempre está presente en dicha actividad, lo que impide que el médico se comprometa a obtener un resultado porque este no siempre depende de una adecuada, rigurosa y oportuna actuación médica. Este es el fundamento por el cual la responsabilidad médica del Estado es en principio subjetiva.

- La subjetividad del régimen de responsabilidad médica del Estado hace que se instituya en la falla del servicio, la cual representa la “culpa” de la administración en la prestación del servicio médico asistencial a los administrados. Este título de imputación ha tenido una interesante evolución en lo que respecta a la carga probatoria de dicha falla administrativa. En efecto, en un primer estadio jurisprudencial el Consejo de Estado manifestó que se trataba de un asunto que debía resolverse como falla del servicio probada argumentando que las obligaciones asumidas por el prestador del servicio de salud, eran de medio y no de resultado. Esta tesis se modificó en sentencia del 30 de Julio de 1992 en donde se instituyó el régimen de la falla del servicio presunta la cual

pone en cabeza de la administración una presunción de culpa y, en consecuencia, exonera al paciente víctima o sus familiares del esfuerzo probatorio de la falla del servicio, siendo la administración la que debe entrar a demostrar que el daño no le es imputable por cuanto el servicio fue prestado debidamente y su actuación médica se ajustó no sólo a derecho sino a la *lex artis* de la profesión, esto es, no hubo culpa en el acto médico desplegado. Lo anterior por cuanto que si bien por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda no hay que desconocer que con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, “tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargo que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, 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, fueran éstos, 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”. Posteriormente en sentencia del 10 de Febrero de 2000 la Sección Tercera del Consejo de Estado re-estudia la anterior posición e instituye la carga dinámica de las pruebas cuya aplicación si bien no tiene sustento legal, se puede decir que tiene asidero en las normas constitucionales que relevan el principio de equidad lo que permite inaplicar el artículo 177 del C.P.C. El dinamismo de las cargas probatorias se fundamenta en que que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión. Esta carga dinámica de las pruebas fue duramente criticada dado que generaba más injusticias que las que pretendía corregir. En efecto una falencia notoria era que necesariamente y en atención a la técnica procesal, la distribución probatoria según los hechos relevantes que debía probar cada parte debía establecerse en el auto de apertura a pruebas pero en realidad sólo era posible determinarlo por el juzgador, con justa equidad en la sentencia, viéndose las partes sorprendidos por señalamientos de deberes probatorios de los que no tenían conocimiento y respecto de los cuales ya no podrían ejercer derecho de defensa. Posteriormente

el Consejo de Estado decanta el régimen probatorio que rige en la actualidad con sentencia de 13 de Agosto de 2006 retomando la falla del servicio probada, con ciertas particularidades probatorias a favor del demandante. Así, si bien el actor nuevamente le incumbe la prueba de la falla del servicio médico asistencial, el juzgador le dará especial estudio a medios de prueba de que puede echar mano el paciente demandante como son: las pruebas indiciarias, las reglas de la experiencia y las presunciones de hombre que pueda construir el juez con base en la conducta de la entidad demandada y demás pruebas obrantes en el expediente. De igual manera, se empieza a acoger con especial atención la aplicación de teorías novedosas que propenden por ayudar en el esfuerzo probatorio de los distintos elementos estructurantes de la responsabilidad médica del Estado por parte del accionante, como lo son las teorías de la *res ipsa loquitur*, la probabilidad suficiente (o preponderante), etc.

- No obstante la subjetividad que a manera general rige la responsabilidad médica del Estado, hay casos especiales donde la responsabilidad se rige bajo parámetros objetivos como serían los eventos de óblito quirúrgico y obstetricia. Huelga recalcar que esta objetividad no se da en razón de aplicar la imputación por daño antijurídico sino con fundamento en la negligencia manifiesta o riesgo del acto médico practicado y causante del daño. En el caso de la obstetricia se exige un resultado respecto del neonato el cual debe nacer vivo y en perfectas condiciones siempre que el parto haya sido precedido por un embarazo certificado médicamente como normal.

- La responsabilidad del Estado por actos médicos defectuosos de su agentes es directa respecto del administrado, sin perjuicio de la responsabilidad personal que le pudiere caber al agente frente a la administración por su actuar doloso o gravemente culposo. La importancia de la distinción de la responsabilidad directa del Estado y la personal del agente radica en que tienden a confundirse en una sola actuación: el actuar del agente es el actuar de la administración. En efecto la actividad desplegada por el agente estatal compromete la responsabilidad de la administración de manera directa pues la responsabilidad estatal, conforme al artículo 90 Constitucional, es anónima institucional y directa, dando por superado de esta manera la responsabilidad personal del agente frente al administrado, de manera que no se concibe una acción de reparación directa contra el agente estatal cuya conducta causó un daño antijurídico. No obstante lo dicho, el agente estatal es responsable a título personal frente al estado, el cual podrá iniciar una acción de repetición contra el médico que incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa con el fin de que este pague la totalidad o un porcentaje de la indemnización pagada por la administración.

- El establecimiento de la “cláusula de responsabilidad estatal” contenida en el artículo 90 constitucional, si bien trae elementos claros y concretos en los que se debe fundamentar la responsabilidad estatal, no supuso un avance en claridad y uniformidad sobre el régimen de responsabilidad aplicable al Estado, toda vez que a pesar de pretender construir una nuevo sistema de responsabilidad de corte objetivista basado en el daño antijurídico, los desarrollos jurisprudenciales de

este concepto no contribuyen a que constituya un sistema novedoso propiamente dicho, ya que el único mérito que tiene la novedosa institución del daño antijurídico a la luz de su desarrollo jurisprudencial es acoger dentro de sí tanto los antiguos títulos de imputación (falla del servicio, daño especial, etc), como los sistemas de responsabilidad (objetivo y subjetivo), apartándose de la idea de responsabilidad objetiva basada en la ilicitud del daño ocasionado por la actuación de la administración, tal como lo tenía previsto el constituyente del 91 inspirado a su vez en el artículo 106 de la Constitución española de 1978.

- El concepto de daño antijurídico ha sido objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial a falta de desarrollo normativo. Hay consenso en conceptualizar el daño antijurídico como aquel daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar. No hay duda de que el daño antijurídico como título de imputación en la responsabilidad estatal refiere a una modalidad de responsabilidad objetiva que tiene como característica el que la antijuricidad del daño no se mide, no se valora en la conducta de la administración causante del daños sino en el patrimonio de la víctima, en las consecuencias que esa conducta –que puede ser perfectamente lícita- causa en el patrimonio del administrado.

- En lo que respecta a la responsabilidad médica estatal se ha decantado por vía jurisprudencial que, dada la particularidad de este tipo de responsabilidad, su régimen debe seguir siendo el de la responsabilidad subjetiva por falla probada; es decir, se debe verificar la antijuridicidad del daño causado a la víctima y la imputabilidad de éste a la conducta activa u omisiva, pero siempre culposa de la

administración para que irrumpa el deber resarcitorio. De esta manera, la responsabilidad del Estado con corte objetivista basada exclusivamente en el daño antijurídico no tiene cabida en los contenciosos de responsabilidad médica.

- Hoy en día en consonancia con la novedosa doctrina foránea sobre imputación objetiva, el Consejo de Estado hace un esfuerzo por decantarla en nuestro acervo jurisprudencial acogiendo la imputación objetiva no sólo como una manera de corregir y terminar la exclusividad de la causalidad meramente material sino como un sistema donde ofrece mayor prevalencia el análisis de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados en los actos médicos desplegados por los agentes estatales.

- En la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana se advierte una tendencia que tiene como finalidad aliviar la carga de la prueba de la culpa (falla del servicio) y de la relación de causalidad en los asuntos de responsabilidad médica del Estado. En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha recurrido a diversas teorías que llevan distintos nombres según el país de que se trate. Así, por ejemplo, en España se ha recurrido a la tesis de la prueba *prima facie* o por primera impresión, en Francia a la llamada *faute virtuelle*, en Italia a la máxima *id quod plerunque accedit*, en los países del *common law* a la regla del *res ipsa loquitur*, en la Argentina, así como en Colombia a la prueba de presunciones y a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, etc. No obstante la finalidad loable de ese nuevo sistema de prueba de la culpa médica y de la relación causal, hay voces muy autorizadas en la doctrina que advierten las

injusticias que puedan generarse para los profesionales de la medicina de adoptarse tales métodos como reglas generales de pruebas. En este sentido, se sugiere que cualquiera de las teorías que se utilicen para facilitar la prueba de la culpa médica debe ser interpretada y aplicada con un riguroso criterio de excepción³⁵².

- La jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido generosa en prohijar la aplicación de teorías que propenden por aliviar la carga probatoria tanto de la falla médica como del nexo causal. En lo que respecta a la culpa médica (falla del servicio) podemos encontrar la aplicación de las reglas de prueba *res ipsa loquitur* y la *culpa virtual* tratadas de manera indistinta por el consejo de Estado colombiano, aunque sin olvidar que la doctrina foránea si bien algunos doctrinantes las consideran iguales en su configuración y alcance, hay otros que se empeñan en diferenciarlas estableciendo la *res ipsa loquitur* como una auténtica regla probatoria que acredita la culpa frente a un daño anormal y desproporcionado; en tanto que la *culpa virtual* genera es una “presunción de culpa” desvirtuable por el demandado probando diligencia y cuidado o una causa extraña.

- La regla de prueba *res ipsa loquitur* es una frase latina que traduce “las cosas hablan por sí mismas”, es decir, se trata de una forma de evidencia circunstancial que crea una inferencia de negligencia. La culpa surge clara de los hechos probados. La doctrina, especialmente la norteamericana y cuyo criterio

³⁵² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y prejuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. Pág. 133-134

ha sido acogido por la doctrina y jurisprudencia colombiana roj8lobom ha fijado tres condiciones necesarias para la aplicación de este principio, a saber:

- a) El accidente debe ser de tal naturaleza que ordinariamente no ocurra en ausencia de negligencia de parte de alguna persona.
- b) Debe ser causado por una agencia o instrumento dentro del control exclusivo del demandado.
- c) No puede haber sucedido debido a acción voluntaria alguna o negligencia del demandante.

➤ En lo referente al nexo causal, el Consejo de Estado en las sentencias más recientes y que constituyen la doctrina actual en la responsabilidad médica del estado en el tema ha enfatizado de manera tajante en la prohibición de presumir el nexo causal como quiera que se trata de un elemento estructurante de la responsabilidad médica cuya configuración debe estar fuera de toda duda. Con todo, el máximo tribunal contencioso administrativo no soslaya la ocurrencia de eventos en el ámbito médico donde la prueba de la causalidad se torna más gravosa de lo normal; para estos casos permite la posibilidad de, se repite, acreditar el nexo causal mediante la prueba indiciaria o a través de la probabilidad preponderante, esta última con especial aplicación en los casos de responsabilidad médica en el área de obstetricia.

➤ Si bien la responsabilidad médica del estado es en principio culpabilista (falla del servicio), el Consejo de Estado ha reconocido eventos donde se aplica la responsabilidad objetiva y son los que corresponden al oblitio quirúrgico cuando

se demanda el resarcimiento de los daños derivados u ocasionados por la peligrosidad del oblitio o en conjunto con el perjuicio constitutivo del oblitio en si mismo considerado. De demandarse resarcimiento únicamente por el perjuicio que constituye el oblitio quirúrgico en si mismo se aplica la regla *res ipsa loquitur* para tener como acreditada la falla médica. Como puede verse, la responsabilidad objetiva en el ámbito médico del Estado deriva no de la aplicación de la antijuricidad del daño sino de la peligrosidad que genera el cuerpo extraño en la salud y vida del paciente.

- En la jurisprudencia del Consejo de Estado podemos encontrar una tendencia novedosa que prohíja la ampliación de los tipos de daños antijurídicos que se pueden cometer con ocasión de una falla del servicio médico. Esta extensión de los tipos de daños ocasionados se deben en gran parte a la especial protección de los derechos de los pacientes en cuanto a pacientes y en cuanto a personas. Así, ya no se habla solamente de daños físicos y psicológicos sino también de daños que se materializan cuando se vulneran derechos fundamentales 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 no se materialicen o, inclusive, aún cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente. En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia derivando en una vulneración del derecho a ser atendido

de manera oportuna y eficiente; 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, pero se oponen a sus propias opciones vitales también conocido como los daños derivados de la omisión del deber de informar los riesgos del acto médico, consistentes en pérdida de oportunidad del paciente a elegir el tratamiento o sistema de curación que más se ajustara a sus condiciones y la consecuente privación a elegir continuar en el estado en que se encontraba (no agravación).

- El alea terapéutica es un sistema novedoso de responsabilidad que si bien no está contemplado normativamente en nuestro sistema jurídico es necesario motivar un debate académico en torno a su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médica estatal. Motivos de justicia, equidad y equilibrio entre el derecho de la víctima a ser indemnizado y la necesidad de que los eventos de alea terapéutica queden por fuera del ámbito de responsabilidad de los profesionales de la medicina deben alentar un debate propositivo tanto en los foros académicos como legislativos teniendo siempre en cuenta los fundamentos fácticos, jurídicos e indemnizatorios que soportan la teoría del alea terapéutica decantada por la jurisprudencia francesa, y que la han erigido como una nueva forma de indemnización sin falta o, en mejores términos, una no responsabilidad indemnizable a cargo de un Fondo solidario y de Garantía manejado por el Estado. En Colombia, la conyuntura económica, social y política actual no hace viable la creación de un fondo de solidaridad que asuma las indemnizaciones de

los eventos adversos graves e impredecibles que se materialicen en serios daños en la salud del paciente y con ocasión de actos médicos realizados por entidades de salud del Estado.

- El alea terapéutica como teoría novedosa de indemnización (que no de responsabilidad) sin falta no ha sido aplicada hasta el momento por el Consejo de Estado Colombiano. Sin embargo, la doctora Mónica Lucía Fernández considera que en el caso decidido en la sentencia de 24 de Enero de 2002, radicado 12706, el Consejo de Estado se imputó a título de responsabilidad un evento que dada la imprevisibilidad del evento adverso y las particularidades del daño ocasionado a la víctima (los cuales fueron resarcidos) bien podría haber constituido un evento de alea terapéutica, que como tal, debió generar un fallo absolutorio a la entidad de salud demandada (Hospital Militar Central).

- **Pérdida de oportunidad.** La pérdida de la oportunidad o pérdida de chances responde más a una noción de daño resarcible que a una regla de prueba de los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado. En efecto la pérdida de la oportunidad no es una teoría a aplicar en los casos donde haya dificultado probatoria del nexo causal, pues este debe quedar acreditado por los distintos medios probatorios que permite la jurisprudencia y la legislación procesal civil destacándose entre ellas la prueba indiciaria y la teoría de la probabilidad preponderante. Además, en los eventos de pérdida de oportunidad siempre debe tenerse en cuenta que es la magnitud de la oportunidad perdida por la víctima con ocasión de la actividad medica defectuosa del Estado lo que debe ser

indemnizado por la administración. Sobre este último punto el Consejo de Estado reconoce la dificultad que supone la determinación del *quantum* indemnizable, ya que siempre y en todo caso para efectos de determinar la indemnización debe determinarse de manera científica cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar la salud o preservar su vida y que esa expectativa real haya sido frustrada por acciones u omisiones culposas del médico tratante. La cuantificación de esa oportunidad perdida sigue siendo hasta el momento una labor de apreciación judicial que puede ser soportada por peritajes que ayuden a determinar la magnitud de esa oportunidad perdida.

- **Historia clínica.** La importancia de la historia clínica como documento probatorio estriba a que, frente a una medicina documentada como la de hoy en día, es un documento absolutamente necesario que recoge por escrito los sucesos clínicos que acaecen en la atención del paciente a lo largo de las fases en que se desarrolla el contrato de servicios médicos, proporcionando de esta manera una mayor seriedad y seguridad científica y evitando, a su vez, posibles negligencias de acción u omisión³⁵³. En consecuencia, bien se ha dicho que el carácter completo y permanente de la historia clínica es en la medicina moderna una condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa³⁵⁴.

³⁵³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Ob.Cit.*, p. 260

³⁵⁴ Ryckmans-Meert Van de Put, *Le droits et les obligations des médecins*, p. 175. Citado por: VÁZQUEZ FERREYRA. *Ibidem*, p. 260.

- Historia clínica es documento público. A pesar de que para el Consejo de Estado colombiano la historia clínica es un documento público, nuestro sentir es totalmente opuesto; es decir, consideramos la historia clínica como un documento privado y sujeto a reserva acogiendo la postura del departamento de derecho penal de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación – SCARE- .

- En la jurisprudencia de lo contencioso administrativo podemos encontrar varias hipótesis de responsabilidad médica de las entidades de salud públicas de las cuales vale la pena resaltar aquellas que refieren a los errores en el diagnóstico, la responsabilidad interinstitucional, la responsabilidad por conductas omisivas o negligentes que vulneren el derecho del paciente a recibir una atención oportuna o eficaz, la responsabilidad que le cabe a las entidades públicas de vigilancia y control por infecciones de VIH cuando quiera que incurran en fallas en su función de control sobre entidades que tengan como función el examen, acreditación y registro de hemoderivados.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

- BADOSA COLL, Ferrán. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Real Colegio de España: 1987, p. 802 y ss.
- BUERES, Alberto. *La responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 1ª Reimpresión de la segunda edición, 1994.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad Civil por Actos Médicos. Problemas de prueba*. Madrid: Editorial Civitas, 1999.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid:Editorial Civitas S.A., 1995
- DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. Pamplona: Thomson Reuters, 2009
- DE LAS HERAS GARCÍA. Manuel Ángel. *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Madrid: Dykinson, 2006. Volumen 2.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*. Medellín: Diké. 10ª edición. 1994. Tomo II.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002)*. Madrid: Editorial Lex Nova, 2007
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis, 2004
- GALLEGO RIESTRA, Sergio. *Últimas tendencias de la responsabilidad profesional médica con especial atención a la intimidad*. Barcelona: Editorial Ars Médica, 2006.
- GHERSI, CARLOS ALBERTO. *Responsabilidad profesional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. Tomo 2.

- GISBERT CALABUIG, Juan Antonio y VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique. *Medicina legal y toxicología*. Madrid: Masson. 2004, 6ta Edición
- HERAZO ACUÑA, Benjamín. *Consentimiento informado: para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud*. Bogotá: ECOE Ediciones
- HOYOS DUQUE, Ricardo. *Responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Bogotá: TEMIS, 1984,
- JARAMILLO JARAMILLO. Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Bogotá: Colección ensayos. Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio y ALMAGRO NOSETE, José. *La responsabilidad Civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson, 2007
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Edición Homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires: Ediciones UNL, 2005
- PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. *CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004
- RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Caracas: 1984, traducción de la 9ª edición.
- RODRÍGUEZ JOUVENCEL, Miguel. *Manual del perito médico. Fundamentos técnicos y jurídicos*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2002.
- SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000,
- SUESCUN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Bogotá: Editorial Legis, 2da Edición, 2003. Tomo I.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Editorial Temis, 1997
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica*. Medellín: Diké, 2003.

- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires: Hammurabi, 2da Edición, 2002
- ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 3ª Edición, 2005

II. Revistas Especializadas

- ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo. “La Responsabilidad Objetiva de la administración Pública en Colombia”. En: *La responsabilidad de la administración pública*. Universidad Externado de Colombia, 1986.
- SCARE, Departamento Derecho Penal. “Alterar, ocultar o destruir la historia clínica es delito”. En: Revista Médico-Legal. Año 12, No. 2, Abril-Junio de 2006.
- FERNANDEZ DE SEVILLA, Miguel. “Las Reclamaciones de Responsabilidad Extracontractual. Consultoría Normativa. En: MEDICAL ECONOMICS. Edición Española. 14 de Octubre de 2005,
- GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto. “El Acto Médico. Análisis jurídico”. En: Sociedad Peruana de Derecho Médico. Artículo publicado en la web: http://sodeme.org/art_6_acto_medico_analisis_juridico.htm
- HERNÁNDEZ ENRÍQUZ, Alier Eduardo. “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado”. En: Revista *Derechos y Valores*, No. 8. Universidad Militar Nueva Granada, 2001.
- HERNANDEZ, Nelson. *De la responsabilidad jurídica del médico*. Editorial Ateproca, 1999. Citado por VALENCIA PINZÓN, Giovanni. “La Lex Artis”. En: Revista Médico-Legal. Septiembre-Diciembre 2001, Año 7, No. 3
- MEZA, María de los Ángeles y CUBIDES MORENO, Olga Janneth. “La violación al deber objetivo de cuidado en el acto ginecobstétrico”. En: Médico-Legal. Bogotá. Año XIV, No. 2, 2008.
- VALENCIA PINZÓN Giovanni. “La Lex Artis”. En: Médico-Legal. Septiembre-Diciembre 2001, Año 7, No. 3.
- YEPES RESTREPO, Sergio. “La nueva ley francesa de derecho médico”. En: Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Revista No. 17,

- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos). En Congreso constituyente de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros, p. 185

III. Tesis Académicas.

- IRISARRI BOADA, Catalina. “El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano”. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público. Bogotá: 2000

IV. Seminarios

- SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel. Mesa Redonda, en el Seminario “*Reflexiones sobre la Responsabilidad en los Servicios de Salud*”. Medellín: Junio de 1993.
- HENAO, Juan Carlos. “La responsabilidad extracontractual del Estado Colombia”. En: Seminario internacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. México D.F. 4 y 5 de Octubre de 1999.

V. Jurisprudencia Consultada

Sentencias del Consejo de Estado

- Sección Tercera. Sentencia de 28 de Abril de 1967. M.P.Dr. Carlos Portocarrero Mutis.
- Sección Tercera. Sentencia de 30 de Marzo de 1990. M.P: Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.
- Sección tercera. Sentencia del 24 de Octubre de 1990. Exp.5902. M.P: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.
- Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 1992, expediente No. 6897 M.P:Dr. Daniel Suárez Hernández

- Sección tercera. Sentencia del 13 de Agosto de 1992, expediente 7274, M.P: Daniel Suárez Hernández
- Sección tercera. Sentencia del 24 de Agosto de 1992, expediente 6754, M.P: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.
- Sección tercera. Sentencia del 3 de Noviembre de 1992, radicado 7336. M.P: Dr. Daniel Suarez Hernández.
- Sección tercera. Sentencia de Mayo 22 de 1996. Exp. 11301. MP: Dr. Jesús María Jaramillo Ballesteros.
- Sección tercera. Sentencia de 22 de Mayo de 1996. Exp. 1996. MP: Dr. Jesús María Jaramillo Ballesteros
- Sección tercera. Sentencia del 8 de Mayo de 1997. Exp. 11220. M.P: Dr. Carlos Betancur Jaramillo
- Sección tercera. Sentencia de Febrero 5 de 1998, exp 13337. M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.
- Sección Tercera. Sentencia del 7 de Octubre de 1999. Exp. 12655. MP. María Elena Giraldo Gómez
- Sección Tercera . Sentencia de 11 de Noviembre de 1999, exp. 11499. M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Henríquez.
- Sección Tercera. Sentencia del 10 de Febrero de 2000. Exp.11878. M.P: Dr. Alier Hernando Hernández Enríquez.
- Sección Tercera. Sentencia de 17 de Agosto de 2000, exp. 12.123.
- Sección tercera. Sentencia del 18 de Octubre de 2000, exp: 11.948. M.P: Dra. María Elena Giraldo Gómez.
- Sección tercera. Sentencia de 24 de Enero de 2002, exp: 12.706. M.P: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Sección tercera. Sentencia de 10 de Junio de 2004, exp. 25416. MP: Dr. Ricardo Hoyos Duque.
- Sección tercera. Sentencia de 28 de Abril de 2005, exp. 14.786.

- Sección tercera. Sentencia de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.
- Sección tercera. Sentencia del 10 de Agosto de 2005, exp: 15.178. M.P: Dra. María Elena Giraldo Gómez
- Sección tercera. Sentencia de 31 de Agosto de 2006. Exp. 15.772. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sección tercera. Sentencia de 3 de Mayo de 2007, exp: 16.098. M.P: Dr. Enrique Gil Botero.
- Sección tercera. Sentencia 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sección tercera. Sentencia del 15 de Octubre de 2008, exp: 16.350 M.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.
- Sección tercera. Sentencia del 28 de enero de 2009, exp: 16.700. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez
- Sección tercera. Sentencia del 11 de Febrero de 2009, exp: 14.726. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.
- Sección tercera. Sentencia de 12 de Febrero de 2009, exp: 16.147. M.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.
- Sección tercera. Sentencia del 19 de Julio de 2009, exp: 18364 M.P: Enrique Gil Botero
- Sección tercera. Sentencia del 19 de Agosto de 2009
- Sección Tercera sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35656, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Sección Tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp: 18.524. M.P: Enrique Gil Botero
- Sección tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp: 176060. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
- Sección tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp: 18.462. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.
- Sección tercera. Sentencia de 18 de Febrero de 2010, exp: 20.654. M.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

- Sección tercera. Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp. 17725. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sección Tercera. Sentencia de 28 de Abril de 2010, exp (20087)A. M.P: Dr. Mauricio Fajardo Gómez
- Sección tercera. Sentencia de 29 de Abril de 2010, exp: 18574. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sección tercera. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 19.276. M.P: Dra. Ruth stella Correa Palacio.
- Sección tercera. Sentencia de 9 de Junio de 2010, exp: 20797. M.P: Gladys Agudelo de Ordóñez.
- Sección tercera. Sentencia de 23 de Junio de 2010, exp:18348. M.P: Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.
- Sección tercera. Sentencia de 23 de Junio de 2010, exp: 19.101. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sección Tercera. Sentencia del 21 de Febrero de 2011, exp 20371, M.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
- Sección tercera. Sentencia de 28 de Febrero de 2011, exp: 181515.
- Sección tercera. Sentencia de 23 de Marzo de 2011, exp: 19.797. M.P: Dra. Ruth Stella Palacio Correa.
- Sección tercera. Sentencia del 7 de Abril de 2011, exp: 19801
- Sección tercera. Sentencia de 13 de Abril de 2011, exp: 20.480. M.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Sección tercera. Sentencia de 17 de Abril de 2011, exp: 19.846. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sección tercera. Sentencia del 27 de Abril de 2011, exp: 20.666. M.P: Dra. Stella conto Díaz del Castillo

Sentencias de la Corte Constitucional

- Sentencia C- 333 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T- 635 de 2001. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia T- 136 de 2004. MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia C- 669 de 2005.
- Sentencia T- 1059 de 2006. MP. Dra Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008
- Sentencia T- 1016 de 2006. MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis
- Sentencia C-285 de 2002.
- Sentencia C-533 de 1996. MP: Dr.Marco Gerardo Monroy Cabra
- Sentencia T- 452 de 2010. M.P: Dr. Humberto Sierra Porto.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de Marzo de 1940
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de Noviembre de 1977

VI. Normas consultadas.

Normas Nacionales

- Ley 23 de 1981
- Constitución Política de Colombia de 1991. Editorial Leyer, 2011

Normas Extranjeras

- Código de Etica 2006. Colegio Médico de Chile A.G.

VII. Páginas web.

- Caracol Radio. 7 de Junio de 2011.
<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1485157>
- Noticias Caracol.
<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1480240>

- Neumología en Colombia.

<http://www.encolombia.com/medicina/neumologia/neum141-02tema-hist.htm>