

Responsabilidad del Estado por falla médica*

YOLANDA M. GUERRA GARCÍA

Introducción

Actualmente, la actividad médica en Colombia se caracteriza por ser más eficiente, dinámica y precisa, claro está, todo ello gracias a la evolución científica y tecnológica que se ha venido implementando en los hospitales y de las clínicas privadas en el sector de la salud, en cumplimiento con la normativa nacional e internacional, para así cumplir de forma íntegra con una función de gran impacto en la sociedad, como la cura de las contingencias en salud de los asociados que acuden a los centros médicos. En ese entendido, la ciencia médica les hace un sinnúmero de exigencias a los profesionales de la medicina en ejercicio de su conocimiento y pericia, en especial respecto de la diligencia y puesta en marcha de todos los conceptos científicos que se necesiten para aliviar, sanar o calmar los dolores de sus pacientes, todo esto poniendo en cada uno de los procedimientos realizados la *lex artis* como presupuesto fundante de su actuación, por cuanto sobre el servicio de salud y consecuente con él el derecho fundamental que lo cobija se reclaman derechos y prestaciones estrictas, entre ellas, la vida y la integridad de las personas.

* Este capítulo es derivado del proyecto de investigación “Responsabilidad del Estado por falla médica”, en cuya construcción contribuyó Nair Velandia, y el cual pertenece al grupo de investigación de Derecho Público Francisco de Vitoria de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia.

De acuerdo con lo anterior, y en el entendido de que el derecho a la salud está en cabeza del Estado como su protector y garantizador, este creó las empresas sociales del Estado instituidas como figuras hospitalarias, con el fin de brindar alivio y solventar las contingencias de los ciudadanos colombianos, ideadas como empresas que pertenecen al Estado, con autonomía propia y personería jurídica. De esta manera, y basados en los principios de la responsabilidad jurídica con los cuales todo aquel que genera un daño debe compensarlo, el Consejo de Estado, como órgano juzgador supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha asumido conocimiento respecto de los casos de responsabilidad médica que ocurren en los hospitales del Estado, entre otros.

Según ello, por norma universal, la responsabilidad del galeno no se puede circunscribir sino al ámbito de la culpa, entendida exactamente en razón de la profesión que profesa, la cual le asigna obligaciones de acción específicas basadas en lo predicho por la *lex artis*, mandatos, parámetros, guías y protocolos de atención médica, elementos proyectados por científicos, médicos expertos, que son desarrollados de acuerdo con el estado real de la ciencia, el conocimiento científico y la aplicación de reglas de la experiencia, y así generar un compendio de normas por las cuales debe ceñirse el actuar galénico para brindar calma, estabilidad o mejoría en la salud de las personas.

Así las cosas, en este capítulo, se realiza un análisis interpretativo respecto de los temas centrales que se tratan en torno a la responsabilidad del Estado por falla médica y el actuar del galeno.

Fundamentos teóricos de la *lex artis*, acto médico, empresas sociales del Estado y derecho fundamental a la salud

Lex artis

La expresión *lex artis* viene del latín y significa “ley del arte” o “criterio técnico de labor”, que aplica para todas las profesiones. No obstante, desde el inicio de los tiempos, se ha recurrido a este término para simbolizar si el trabajo ejercido por un experto se dio en debida

forma o no; para que el mismo pueda darse, deben existir lineamientos anteriores, los cuales se regirán por el postulado denominado “lo que debió hacerse” (Hernández, 1999).

Ahora bien, respecto de la ciencia médica, en el Estado español se ha argumentado que la *lex artis* proviene de la formalización de leyes concretas y su aplicación en la medicina en casos idénticos o análogos en relación con la debida actuación y el cuidado del paciente. De acuerdo con ello, la *lex artis* no se puede aplicar cuando se trate de casos nuevos que no hayan sido estudiados, más bien *stricto sensu* la condición *erga omnes* para acudir a la *lex artis* está ligada directamente a la actuación que el médico tratante debe desplegar de acuerdo con lo que cualquier galeno en una condición fáctica similar o igual desarrollaría (De las Heras, 2005).

Asimismo, otros tratadistas han precisado el significado de la *lex artis*, como Montaña (1986), quien ha determinado acerca de este término lo siguiente: “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” (p. 43).

En conclusión, el galeno, “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” (Valencia, 2001, p. 21). Si lo descrito no se realiza en la forma prevista, se podría forjar un peligro injustificado, que podría generar con el paso del tiempo afectaciones directas y contingencias en la salud o patologías del paciente o en disímiles eventos en la muerte. Es inevitable destacar que en una acepción deontológica la ley del arte o *lex artis* circunscribe, además, la modernización y actualización de los saberes profesionales para que con ellos el médico despliegue el conocimiento en debida forma y brinde soluciones idóneas frente a los diferentes incidentes que se presenten en la práctica profesional.

Acto médico

Al verificar el entramado legislativo que del tema se encuentra en Colombia, se halló que no preexiste una definición de acto médico; sin embargo, en el sistema legislativo de Perú, específicamente en el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (2007), se menciona una de las definiciones del acto médico así:

Artículo 12. El acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico 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 estos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico. (p. 12)

Así pues, en el continente europeo, la Asociación Europea de Médicos Especialistas se refirió al acto médico como “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” (De las Heras, 2008, p. 76).

Del significado expresado por la Asociación Europea de Médicos Especialistas, se puede concluir que el acto médico se funda en una relación binaria de dos extremos plenamente identificados (paciente-médico); en ese entendido, el acto médico se basa en sistemas y técnicas que inician con la valoración inicial por medio de la cual el galeno examina el estado de salud general del paciente para delimitar la contingencia que padece, etapa que es comúnmente denominada diagnóstico. En definitiva, cualquier acto médico persigue un fin posterior que se cimienta en lograr el aliento y la restitución de la salud del paciente, poniendo en el acto médico el cúmulo de conocimientos y los procedimientos terapéuticos o quirúrgicos dispuestos por la ciencia médica, las guías y los protocolos médicos, todo lo anterior propendiendo por la independencia, el respeto a los derechos y la autonomía del paciente (Guerra, 2015).

Características del acto médico

Gisbert (2004) señala que el acto médico es cualquier acción legal, permitida y autorizada, que se realiza por un profesional en medicina, el cual está debidamente preparado, y que tiene el fin de curar una patología o la prevención y promoción de la salud integral de los ciudadanos. De esta definición se pueden extraer los elementos principales y característicos que rigen un acto médico, como son:

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).
2. Por consenso. El acto médico es un acto personal y bilateral, tiene que haber consentimiento del paciente para que sea estrictamente lícito.
3. Ajustado a la *lex artis*. Aunque clásico, ha ganado últimamente gran relevancia jurídica, pues en las sentencias judiciales se hace continua alusión a este concepto y se determina como 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.

II. Actividad legítima

La legitimidad, para el acto médico, nace de la ley, que protege esta actividad y les 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 él 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 solo 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. (2004, pp. 12-14)

De lo anterior se logra concluir que para que un acto médico tenga plena validez debe perseguir los siguientes requisitos: 1) un fin curativo o paliativo, 2) el consentimiento del paciente, 3) concordancia con los protocolos y las guías de manejo y atención médica, y 4) la legitimidad del galeno, es decir, que él mismo tenga los conocimientos afines y los estudios y grados necesarios para poder realizar el acto en sí.

Acto médico complejo

Al desarrollar el examen jurídico del acto médico, la jurisdicción contencioso-administrativa creó una extensión de la expresión al referirse a ella en los siguientes términos:

La responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no solo 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. (Sentencia 19101/2010, de 23 de junio)

En virtud de lo anterior, refiriéndose al acto médico complejo, el Consejo de Estado ha implementado la argumentación que la doctrina ha realizado, y la ha plasmado de la siguiente manera:

- (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 este; 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 extra médicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. Y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física (Bueres, 1994, p. 154-156) de los pacientes. (Correa, 2011, p. 75)

Siendo así, cuando un proceso de responsabilidad médica del Estado nace, y por poseer la praxis médica la característica de ser un acto complejo, se erige la necesidad para el juez de efectuar una evaluación universal del transcurso y de las etapas de la atención médica prestada y de la cual emanó el daño cuya compensación se exige. Sobre este tema se ha expresado la jurisdicción contencioso-administrativa de la siguiente manera:

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 diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre-quirúrgica, la atención post-quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención). Expediente 20371/2011, de 26 de mayo

Empresas sociales del Estado

Las empresas sociales del Estado germinaron en el Decreto 1876/1994, de 3 de agosto, que las concretó como entidades públicas de calidad especial. Su modelo rector sería la descentralización administrativa, que les dio el atributo de la personería jurídica, el patrimonio propio y la autonomía administrativa, e instituyó que su primordial objetivo sería prestar servicios de salud a la población, el cual se concebiría como un servicio público a cargo de la *res publica* y de acuerdo con ello estaría integrado como un fragmento inherente dentro del sistema de seguridad social en salud (Gaviria, 1994).

Derecho fundamental a la salud

Del compendio de leyes creadas por el órgano legislativo en Colombia, el derecho a la salud fue dispuesto por este como un servicio público, del cual se encargará el Estado en sus etapas de promoción y prevención (Serrano, 2000). Asimismo, se establece como un derecho de raigambre esencial autónomo que goza de estabilidad constitucional (Sentencia C-355/2006, de 10 de mayo), en virtud de que la Corte Constitucional fomentó una evolución en relación con sus providencias, por lo cual se aisló de la petición inicial de tutelar el derecho a la salud en conexidad con la vida, para emprender la salvaguardia del derecho fundamental a la salud.

Siendo así, el órgano constitucional sentó un cambio orgánico por medio del cual el derecho a la salud cambió de sentir etimológico y pasó de ser un servicio público a cargo del Estado a un derecho autónomo, fundamental y amparado por la Carta Magna, por tanto, se encargó a la *res publica* el deber específico de garantizar la prestación del derecho fundamental a la salud en forma idónea, guareciendo y protegiendo la integridad y vida de los asociados (Expediente 18524/2010, de 18 de febrero) en los eventos en los que padezcan fatalidades coligadas a su salud.

Por otro lado, mediante sentencia emitida el 18 de febrero de 2010 el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa (Expediente 18524/2010, de 18 de febrero), definió de forma explícita las características que delimitan el derecho fundamental a la salud en Colombia. Lo anterior en consonancia con lo ya señalado por la jurisprudencia expuesta por el órgano constitucional:

Debe ser integral: [en cursiva en el original]

[...] 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 paciente (Sentencia T-136/2004, 19 de febrero) 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 (Sentencia T-062/2006, de 2 de febrero). (Sentencia T-1059/2006, 7 de diciembre)

De conformidad con lo anterior cabe afirmar que el señor [...] 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 hubiera practicado algunos de los exámenes ordenados y que se le hubiere 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 o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas” (Sentencia T-760/2008, de 31 de julio).

Debe ser oportuno: [en cursiva en el original]

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 esta (Cepeda Espinosa, 2001). 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 un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico” (Tafur Galvis, 2006).

En el caso concreto 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 este 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 estos trámites se surtieron lentamente, mientras el paciente soportaba los dolores propios de su enfermedad y el aislamiento derivado de su hospitalización. (Expediente 35.656/2009, de 7 de octubre)

De acuerdo con lo expuesto por la Corte, el derecho a la salud exhibe una concepción reforzada, puesto que, en primer lugar, se erige como un derecho fundamental independiente, y en segundo lugar como un servicio cuyo deber de prestación quedó encargado a la *res publica* (Serrano, 2000).

Dicho esto, y como se denota en sinnúmero de circunstancias, el servicio público de salud que se presta a la población colombiana es insuficiente, por no decir que deficiente, asimismo, se brinda de forma incorrecta, no oportuna y en extremo no se presta.

Así las cosas, existen múltiples faltas cometidas en la experiencia hospitalaria, por lo cual se ve la necesidad de desarrollar un estudio acerca de los títulos de imputación que la jurisdicción contencioso-administrativa ha fundado a lo largo de la historia mediante sus providencias.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente capítulo se concretarán definiciones acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado para luego realizar un análisis de las diferentes formas de responsabilidad médica del Estado, elementos que generan a la *res publica* (empresa social del Estado) la obligación de resarcir los perjuicios antijurídicos originados por el ejercicio o con ocasión de la prestación del servicio de salud.

Fundamentos teóricos acerca de la responsabilidad del Estado en Colombia

Definición de responsabilidad

El término *responsabilidad* se define como el deber que tiene un individuo de sobrellevar las consecuencias de sus actos, apropiándose de los hechos dañinos que ocurran cuando se causa un perjuicio a otro. En ese entendido, el significado más escueto de este término se cimienta en que toda persona jurídica o natural que genera un perjuicio a otro debe compensarlo o indemnizarlo; sin embargo, *a contrario sensu*, concurren pocas excepciones en las que el deterioro causado posee un pretexto. De acuerdo con ello, la responsabilidad, en términos legales, se configura como toda obligación del generador de un daño a responder por los actos perjudiciales que produce (De Fuentes, 2009).

El supremo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa mediante sus providencias ha definido de forma concreta que con la “constitucionalización” de la responsabilidad patrimonial del Estado, forjada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, la responsabilidad del Estado se transmuta como un privilegio para salvaguarda de los derechos e intereses de los asociados, no obedeciendo su contexto.

En ese sentido, Mir (2012) ha determinado:

La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; (Santofimio Gamboa, Expediente 18948, 2011) 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. (pp. 120-121)

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado:

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. (Sentencia C-333/1996, de 1 de agosto)

Asimismo, el Consejo de Estado precisó de manera universal en qué espacios puede concebirse la responsabilidad patrimonial del Estado con causa de una acción médica imperfecta por parte de sus agentes:

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, aun cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente. (Expediente 17725/2010, de 28 de abril)

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, aun en eventos en los que estas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales.

Así las cosas, lo anterior logra delimitar algunas acciones galeno-hospitalarias disfuncionales que, cuando se desarrollan por una empresa social del Estado, forjan un apremiante y aleatorio perjuicio antijurídico, perjuicio tal que puede envolver la responsabilidad patrimonial del Estado. Además, se logra denotar cómo concurren en la actividad médica conductas manifiestamente delimitadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, las cuales generan responsabilidad patrimonial del agente (empresa social del Estado) que las concibió. Se puede mencionar entre ellas la no atención pertinente, la no petición del consentimiento informado, la improcedente acción médica que es contradictoria a lo dispuesto en la *lex artis*. Igualmente, coexisten más conductas que por sus características no tienen la singularidad de imperfección, pero que también consiguen concebir responsabilidad patrimonial del Estado, entre ellas las prestaciones médico-asistenciales referidas al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz.

Culpa o negligencia médica

Con el paso del tiempo, se han mostrado diferentes designaciones de la culpa o negligencia médica, empero es necesario mencionar a Mazeaud y Mazeaud (1997), quienes definen la 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”. Siendo así, la culpa se genera cuando una acción es discordante de la que un médico realizaría encontrándose en un mismo contexto y en la situación particular del caso en concreto, además de las aptitudes expertas que se tomaron y realizaron de acuerdo con la enfermedad valorada; se identifica por ser una gestión que se descarría de las leyes y de los protocolos esquemáticos y técnicos por ignorancia, impericia, negligencia o por otra situación semejante.

Conforme a lo previsto, la falta médica (culpa médica) se puede concretar como un traspiés concebido por desidia, abandono, ineptitud o desestimación de los pactos y de la doctrina que gobierna la profesión galénica (*lex artis*), que se asientan en saberes relacionados con la experiencia y el tratamiento realizado por expertos en casos similares o equivalentes, y el tratamiento dado por el médico y que son de forzosa obediencia de acuerdo con la contingencia médico-hospitalaria que sea afrontada por el galeno dentro del desarrollo de su actuación profesional.

No obstante, como alude Yzquierdo (2017) a la falta profesional, “no todo error profesional es causa de responsabilidad, sino solo aquel que es efecto de la imprudencia o patente ignorancia”. Por lo mismo, el elemento integrante de la culpa constantemente debe estar vigente para que de esta forma se acomode la falta que funde responsabilidad.

Así es como sucede la reconvención por responsabilidad de forma continua en la profesión médica, la cual nace por un componente similar en el que se confrontan conductas (la desarrollada por el médico tratante versus la que se debía ejecutar según los manuales, los protocolos y las guías de atención médica), definiendo de esta forma si lo efectuado por el médico tratante al que se le intenta imputar responsabilidad coincidió o no con una acción que le era reprochable de acuerdo con su experticia, labor y conocimientos, además del contenido fáctico del escenario preciso en el cual se desarrolló el perjuicio antijurídico. Tal cual como lo concreta el artículo 63 del Código Civil, en el cual se define el patrón ideal de conducta como el actuar de un buen padre de familia.

Ahora bien, el término *negligencia médica* se especifica como la acción profesional por medio de la cual el médico tratante conociendo el procedimiento que debía realizar lo evade, no lo desarrolla pudiéndolo hacer, ejerciendo en contra de sus conocimientos, su experiencia y el íntegro procedimiento para el caso en concreto, basándose en la contingencia que oprime al paciente.

Respecto de la impericia médica, esta se genera cuando el médico ejecuta su conducta profesional sin poseer la habilidad o la capacidad profesional requerida para realizar un tratamiento o intervención adecuada aunado al conocimiento que para el procedimiento médico

se necesita. La pericia en el ámbito médico se conforma de dos partes: el aspecto de destreza y el de conocimiento. De acuerdo con ello, es necesario resaltar que en el ámbito médico el título profesional hace presumir la técnica, pero referida al espacio-tiempo en el cual la universidad lo confirma como profesional. Siendo así, al ser la medicina un campo del conocimiento que se caracteriza por ser dinámico y evolutivo en cuanto a componentes de prescripciones, elementos terapéuticos, etc., el médico debe estar presto a la actualización académica constante, mediante cursos, seminarios, especializaciones y subespecializaciones, conocimientos que se erigen como prueba de la idoneidad médica, y que en eventos dados, si estos no se llevan a cabo por el galeno, logran entrever la impericia profesional.

Según ello, y revisando la doctrina médica, Serrano (2000) define la impericia del médico como “aquel 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’” (Serrano, 2000, pp. 15-16), con lo cual se forja la impericia como una especie de culpa inexcusable o un “no saber lo que se debe saber, imperdonable en un profesional” (De las Heras, 2006, p. 98).

Obligación de medios del galeno

Normalmente, y en general, se escucha que las obligaciones de los médicos son de medios, no de resultados. No obstante, y como se observa, la tecnología en todos sus niveles ha avanzado a pasos agigantados. En ese entendido, los avances referentes a la medicina son significativos, por lo cual no es de recibo aseverar que todas las obligaciones que se generan en el acto médico respecto de su paciente son rigurosamente de diligencia, pues, como ya se sabe, dentro de la prestación médica existen obligaciones de seguridad, entre otras, las cuales son, sin generar controversia, de resultado. En este sentido, la obligación que debe ser tratada en estricto sentido como obligación de medio se refiere intrínsecamente a la obligación de propender por el alivio del paciente o cura de su patología (Sentencia de 5 de marzo de 1940).

Es importante no desconocer que la actividad médica se caracteriza por ser impredecible, en ese entendido existen elementos endógenos

y exógenos al paciente y el acto médico, los cuales inciden de alguna forma en el buen o mal desarrollo de su contingencia. Existen factores de medio, ambientales y contextos fisiológicos o genéticos del paciente, los cuales pueden determinar no siempre de forma predecible el desarrollo de la patología. Factores que en muchos casos concluyen en desenlaces fatales, no obstante el tratamiento y los cuidados clínicos se hayan realizado de acuerdo con lo predispuesto por la *lex artis*; en virtud de ello, siempre existen riesgos latentes e incertidumbres, los cuales no permiten al galeno acoger en todos los eventos compromisos de resultado con su paciente.

En ese efecto, tanto los doctrinantes del derecho como la jurisprudencia nacional y extranjera han debatido de forma amplia sobre este tema. De acuerdo con ello, en la jurisprudencia podemos encontrar la génesis de esta teoría aplicada a la responsabilidad médica: la obligación profesional del médico no es por regla general de resultado sino de medio, es decir, 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.

Ahora bien, en pronunciamiento posterior, la Corte Suprema de Justicia aseguró:

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. (Sentencia de 3 de noviembre de 1977)

Por otro lado, el Consejo de Estado, al debatir el tema, decidió seguir el trazado jurisprudencial realizado por la Corte Suprema de Justicia expresando lo siguiente:

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, porque este depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente. (Sentencia 12123/2000, de 17 de agosto)

De acuerdo con lo explicado, se logra evidenciar la importancia de instituir compromisos de los galenos como de medios, lo cual redundaría en el régimen verificador que se aplicara a efectos de establecer la responsabilidad del médico cuya actitud profesional quedó en censura. En ese orden de ideas, reflejar o comprobar la falta es una carga demostrativa que le corresponde al paciente al que se le generó el daño, el cual pretende su correspondiente resarcimiento. Referente a ello doctrinantes como Zannoni (1984) expresan:

En las obligaciones de medios —o de prudencia y diligencia— el incumplimiento no se califica solo por la no obtención del resultado, pues este 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 este 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. (p. 89)

Responsabilidad inmediata del Estado y del agente

Solo se requiere que el Estado ponga en funcionamiento un servicio y que a favor de él funcionarios debidamente posesionados actúen en representación de la *res publica* (agentes) para que surja el inconveniente de conocer “quién el agente, o el servicio del cual este hace parte deberá responder por los daños causados a los particulares” (Saavedra, 2011, p. 88). No obstante, en un comienzo el error en la prestación del servicio público o la culpa personal del funcionario eran excluyentes

y, por ende, generaban iniquidades a las víctimas, las cuales no eran indemnizadas por cuanto el funcionario argüía o acudía a la figura de la insolvencia, por cuanto la falla era de carácter subjetivo e *intuitu personae*, en la actualidad los órganos legisladores han creado ordenamientos jurídicos sobre la responsabilidad directa de la Administración.

Para el Estado colombiano, la sentencia del 15 de octubre de 2008 ha referido que

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 Constitución Política la responsabilidad del Estado es anónima, institucional y directa frente a los sujetos administrados de manera tal que no se concibe precedente adelantarse una acción de reparación directa contra el agente estatal o contra este y el Estado. Se ha considerado además 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.

Por estas razones, el órgano supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa halló necesario

demandar a la entidad pública y al agente, en el entendido de que la responsabilidad de este último solo 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 este 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 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. (Sentencia de 15 de octubre de 2008)

Se puede llegar a la conclusión de que la responsabilidad médica patrimonial del Estado en casos ocurridos debido a la actuación de funcionarios en particular será constantemente en relación con el ciudadano una responsabilidad directa. Asimismo, la responsabilidad personal del funcionario estará basada persistentemente frente a la *res publica* y que para que esta se establezca se debe probar como condición *sine qua non* para cualquier caso la culpa grave o dolo del agente. Esta división de responsabilidades podrá ser endilgada de forma simultánea por parte de la Administración y el demandante, de acuerdo con lo dispuesto por el principio de economía procesal, para así definir la ocasional responsabilidad del Estado frente a la víctima, y en otro lugar la posible responsabilidad por dolo o culpa grave del funcionario.

Elementos de la responsabilidad médica del Estado

Los elementos constitutivos tradicionales de toda responsabilidad patrimonial, tanto en su fase contractual como extracontractual, se estructuran así: 1) título de imputación, 2) nexo causal y 3) daño. En ese sentido, lo ha expresado la Sentencia 13337/1998, del 5 de febrero, al enunciar:

El Consejo de Estado ha 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.

Siendo así, la responsabilidad fundamentada en la falla del servicio se basa en una obligación resarcitoria por parte del Estado cuando, como consecuencia de un acto médico imperfecto materializado y realizado por un agente de carácter administrativo o una entidad prestadora del servicio de salud de carácter público, se ha concretado. No obstante, este

solo se puede dar cuando se cumplen los elementos que lo componen, como son:

- Una falla del servicio médico de salud o de la Administración pública, que se puede dar a título de irregularidad, ineficiencia, retardo, omisión o ausencia de prestación del servicio, lo que subsume que la Administración pública ha actuado o no lo ha hecho, caso en el que se exceptúan los actos del galeno, que son extraños al servicio, ejecutados como simple ciudadano.
- Un daño que implica perturbación o lesión de un bien, el cual es protegido por el derecho, siempre y cuando cumpla con los elementos esenciales del derecho privado para que sea de carácter resarcitorio, que debe ser cierto, determinado o determinable.
- Una relación de causalidad entre la falla presentada por la Administración pública y el daño, sin que se demuestre el nexo de causalidad, por lo que no habrá lugar a indemnización así la falla hubiese ocurrido (Aldana, 1986).

Títulos de imputación de la responsabilidad médica del Estado

El daño antijurídico

Concepto y alcance jurisprudencial del daño antijurídico

Al presente, la estructura de la responsabilidad objetiva del Estado tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, por lo que, conforme a lo estipulado en él, para que exista responsabilidad objetiva del Estado, se requiere que exista un daño antijurídico y el reproche o la imputación de este por la acción u omisión de la *res publica*. Ahora bien, García (2009) refirió acerca del tema:

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 y de acuerdo con ello la sección tercera del Consejo de Estado entiende de manera breve qué es la lesión patrimonial o extra patrimonial de un interés legítimo sea en el ámbito contractual. O extracontractual que la víctima no está en el deber de soportar (p. 8) (Montes Hernández, Sentencia de mayo 8, Expediente 8118, 1995). Dicha definición se encuentra en consonancia con lo expuesto por Hoyos Duque (1984) quien 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”. (p. 28)

Asimismo, “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”, así, “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” (Sentencia C-333/1996, de 1 de agosto).

En ese orden de ideas, la apreciación de antijuricidad del daño se logra “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’” (sentencia de 11 de noviembre de 1999). Esta división de las causales de justificación en el nacimiento del daño se representa como antijurídico y se genera 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 este 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 conducta del agente del Estado causante del daño haya sido dolosa o culposa. (Sentencia 8118/1995, de 8 de mayo)

En conclusión, la responsabilidad patrimonial del Estado forjada en el daño antijurídico no crea un nuevo método de responsabilidad, más bien, de forma coercitiva, se crea el “daño antijurídico” como un componente que debe introducir los disímiles títulos de imputación para endilgar responsabilidad al Estado, los cuales han sido aprendidos previamente por la jurisprudencia, en primer lugar, por órgano

superior de la jurisdicción constitucional, y en segundo lugar, por el Consejo de Estado.

Formas de imputación del daño antijurídico en la responsabilidad patrimonial por falla médica del Estado

Como bien es sabido, el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado es hoy (y desde la Constitución Política de 1991) nada más que el daño antijurídico, en virtud de ello sería legal señalar que la responsabilidad médica estatal sería consistente con el mandato constitucional del artículo 90 y, por tanto, se debería aplicar la estricta imputación por daño antijurídico. Sin embargo, las tesis jurídicas que fundamentan las *ratio decidendi* de las providencias que resuelven asuntos de responsabilidad médica patrimonial del Estado, aunque en su tenor textual hablan acerca del daño antijurídico como título de imputación, este no obtiene el lugar que le corresponde, puesto que en los casos de responsabilidad médica del Estado, de una u otra forma, el análisis de imputabilidad que realiza el juzgador administrativo finalizará basándose en la acción desplegada por la entidad pública demandada, lo anterior fundado en la falla del servicio como componente subjetivo del actuar de la Administración.

Falla del servicio

De Fuentes (2009, p. 121) expone la falla del servicio como la falla en virtud de la cual se reconoce la responsabilidad de la Administración, pero únicamente cuando se generan daños por acciones en contravía de la ley y por culpa de las autoridades o los funcionarios. No obstante, Zannoni (1984, p. 123) define que es la ilicitud del acto que generó el daño el pedestal de la responsabilidad de la Administración; de acuerdo con ello, la Administración entraría a responder por la existencia del ejercicio ilegal del poder. Por su parte, Alessi predica que “la administración solo 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 funcionario” (citado por De Fuentes, 2009, p. 123). En ese efecto, se concluye que la Administración deberá responder por el indebido funcionamiento, el funcionamiento tardío, o el no funcionamiento.

Ahora bien, Rivero (1984) expone acerca de la falla del servicio:

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 la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (periodos 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. (pp. 304-305)

De lo anotado se puede entrever un elemento fundante de la falla del servicio erigido como título de imputación. En ese entendido, la relatividad de la acción desplegada por la Administración se convierte en pilar fundamental, y por ello el funcionario judicial en el momento de realizar un juicio tiene que examinar, para cada caso en particular, condiciones de tiempo, modo, lugar, medios, personal e infraestructura del servicio prestado por la entidad pública de salud.

En este contexto, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de abril de 1967, esgrimió:

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, se 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.

De igual forma, y en complemento de lo dicho, la sentencia del 30 de octubre de 1990 expresó:

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

Referente a lo expresado se puede concluir que la falla del servicio se establecía cuando el Estado en cumplimiento de sus funciones quebranta los contenidos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano (Serrano, 2000, p. 169). Esta situación denota que la falla del servicio supone una culpa que incluye en su esencia el anonimato (sentencia de 28 de septiembre de 2000) del funcionario que generó el daño, anonimato que implica que respecto de los procesos de responsabilidad del Estado en que el título de imputación sea la falla del servicio no es necesario definir de forma concreta el autor del daño de cual se solicita su indemnización. No obstante, en muchos casos, dicho autor es plenamente identificado, y en ese caso puede ser llamado por la Administración a través del medio de control de repetición cuando el hecho generado haya sido ocasionado por falta o culpa grave con ocasión de sus funciones o en ejercicio de estas.

Evolución jurisprudencial de la falla del servicio como título de imputación subjetiva de la responsabilidad patrimonial médica del Estado

Falla probada del servicio

Inicialmente la jurisdicción contencioso-administrativa, amparando posturas desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia (Suescún, 2003)

sobre el tema de responsabilidad médica, se resguardó en la postura que mencionaba que el paciente perjudicado por un error médico

debía sustentar y comprobar la falla del servicio, esto es, demostrar la desidia del Estado en las conductas desplegadas por él, la cual se formalizaba en la conducta desarrollada por el médico o por la entidad prestadora de servicios de salud públicos correspondiente, y para ello se basaban en el supuesto de que las obligaciones que devenían de la praxis médica eran de medio y no de resultado, subsumiendo así que con la sola demostración del daño no había lugar a presunciones acerca de la falla del servicio. (p. 369)

De acuerdo con lo anterior se tenía que “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 este” (Suescún, 2003, p. 369).

Ahora bien, Tamayo (1997) se ha referido respecto del tema aduciendo 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 alea de la intervención médica impide imponerle al médico una obligación de resultado. (p. 154)

Así las cosas, lo dicho erigió la primera etapa de jurisprudencia emanada por el Consejo de Estado acerca de la responsabilidad médica, fundada bajo el precepto de la carga de la prueba y, por ende, en la imposición realizada al paciente de demostrar la negligencia que configuraba la falla del servicio, demostrando cualquiera de los siguientes supuestos: mal funcionamiento del servicio, que la praxis médica fue mal desarrollada o en su defecto omitida por parte del galeno y el vínculo existente entre el daño y cualquiera de los supuestos. Sin el cumplimiento de los tres, no se podía endilgar responsabilidad a la Administración

por la inadecuada, faltante o mala prestación del servicio de salud en entidades públicas del Estado.

Falla presunta del servicio

Como se observó, cuando a un paciente se le había generado el daño por parte de una entidad prestadora de servicios de salud públicos, él era quien debía probar los daños ocasionados incluso cuando se trataba de intervenciones quirúrgicas, elementos que fueron considerados como carga exorbitante por parte del Consejo de Estado, imposición que era una disyuntiva que contendía con la idealización de la justicia. Dado lo anterior, en la década de 1990, y mediante sentencia del Honorable Consejero Daniel Suárez Hernández (Suárez Hernández, 1990) se introducen criterios con el propósito de flexibilizar la carga de la prueba de la falla del servicio a cargo del paciente víctima por la vía de la presunción, pero siempre imponiendo el elemento de que dicha falla era el rasero de la responsabilidad de la Administración por la prestación del servicio médico.

De acuerdo con ello, mediante Sentencia 5902/1990, de 24 de octubre, se emprendió la labor de introducir el principio de presunción de falla del servicio médico. De esta forma, se discurre que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, por tanto, la prueba que correspondía al demandado era la de demostrar la diligencia y el cuidado, lo anterior referido a casos de responsabilidad médica (Sentencia 2000-09610/2006, de 31 de agosto).

Luego, la falla de servicio presunta fue insistida mediante Sentencia 6941/1992, de 30 de julio, pero basados en un fundamento jurídico disímil. Esta vez se hacía énfasis en que los profesionales de la medicina tenían mejores posibilidades de demostrar y explicar el tratamiento que se aplicó al paciente, dado sus conocimientos técnicos y directos por cuanto son los que ejecutan los actos médicos, y de esta forma poder satisfacer las preguntas que pudieran formularse acerca de los procedimientos realizados (Suárez Hernández, 1990).

De acuerdo con ello, en este nuevo evento, se distribuye la carga de la prueba de la siguiente forma: si se presenta un evento

de responsabilidad por falla del servicio médico oficial, la falla se presume, lo que quiere decir que el elemento probatorio queda a cargo de la institución de salud pública, y el paciente debe formalizar los otros dos elementos constitutivos de responsabilidad, esto es, el daño causado y la relación de causalidad de este con la falla de la entidad pública. Siendo así, el accionante no debe comprobar la conducta omisiva o irregular de la entidad de salud pública por cuanto esta se presume; él solo debe demostrar los dos supuestos a su cargo: que la institución de salud le prestó un servicio y que como consecuencia sufrió un daño (Suescún, 2005, p. 123).

En ese orden de ideas, sobre el médico existe la obligación de probar su justificación, ya sea porque actuó de forma diligente, de acuerdo con los cuidados y la oportunidad que el caso presupone, ya sea porque, aunque se cometió un error, no fue el causante determinante para la generación del daño que se le imputa respecto de la conducta desplegada por el galeno, o dicho en otros términos, “el resultado adverso obedeció a una evolución endógena de la enfermedad o a los riesgos propios del tratamiento” (Sentencia 11220/1997, de 8 de mayo).

Ahora bien, respecto de los actos quirúrgicos, el tribunal supremo de lo contencioso administrativo (Sentencia 6754/1992, de 24 de agosto) se ha referido de la siguiente forma:

La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al 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 adelante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y elucido [el cuidado] 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 solo 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, *únicamente* [en cursiva en el original] 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, *sí* [en cursiva en el original] 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.

En ese contexto, la Sentencia 7274/1992, de 13 de agosto reiteró dicha línea jurisprudencial mediante la cual se define que en la falla del servicio presunta la institución pública que prestó el servicio de salud está en mejor lugar de aportar la prueba de su diligencia y cuidado (Serrano, 2000, pp. 174-175). Lo planteó así:

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* [en cursiva en el original] 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 [*una parte*], que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico,

y de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este *último* [en cursiva en el original] 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. (Sentencia 7274/1992, de 13 de agosto)

Como se puede observar, el Consejo de Estado tomó la decisión de disminuir la carga probatoria del paciente accionante debido a que el galeno tiene una mejor opción probatoria por cuanto estuvo presente durante los procedimientos terapéuticos ejecutados; aunado a ello, gracias a los conocimientos técnicos y científicos acerca de la medicina, puede y debe contribuir de forma activa con la elucidación de los hechos que se le imponen respecto de su actuar quirúrgico y terapéutico.

Carga dinámica de la prueba

El Consejo de Estado, después de haber pasado por las dos anteriores posturas jurisprudenciales, trató de lograr un equilibrio entre las dos, por lo cual estableció la teoría de la carga dinámica de las pruebas tratando de dar una solución más ecuánime y firme, con el propósito de formalizar los ideales de justicia respecto del procedimiento judicial, por cuanto en estos temas tan disímiles en los cuales prima la técnica y la científicidad de los conocimientos además de cursar por infinidad de variables y complicaciones que inciden para que existan resultados dañosos repetidamente.

Por supuesto, esta teoría del derecho no posee justificación legal, sino que fue creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en atención a la efectividad de nociones y principios rectores superiores como la igualdad, equidad y justicia procesal. No obstante, es en el campo de los casos de responsabilidad médica de las entidades sanitarias de la *res publica* donde toma importancia esta teoría, debido a que, como se observa en el tratamiento, no en todos los casos el médico es quien tiene los medios para probar la realidad fáctica de los hechos ocurridos, en el entendido de que no todos los procesos que tienen que ver con casos de responsabilidad médica del Estado contienen aspectos técnicos y científicos.

Ahora bien, el Consejo de Estado acerca de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba ha expresado lo siguiente:

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 estas 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* [en cursiva en el original] 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. (Sentencia de 11 de noviembre de 1999)

De acuerdo con ello, la teoría de la carga dinámica de la prueba le daba la potestad al juez de definir para cada caso concreto cuál de las partes tenía condiciones más favorables para poder probar la falla.

No obstante, el ánimo de equidad que se pretendió con esta teoría con el paso del tiempo generó más problemas que soluciones.

En ese sentido, Suescún refiere acerca de este tema lo siguiente:

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 este 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 arrebató toda utilidad práctica a la presunción de culpa.

Ahora bien, Domínguez (2007) critica de forma frontal la aplicación de la carga dinámica de la prueba de acuerdo con lo planteado por la jurisprudencia contencioso-administrativa emanada del Consejo de Estado aduciendo 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” (p. 118). Sin embargo, aclara 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” (p. 118).

Ahora bien, los defensores de esta teoría contestaron a tales críticas mediante Sentencia 2000-09610/2006, de 31 de agosto:

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.

Conclusiones

Este capítulo fue solo la introducción al tema para la realización de posteriores estudios que pretendan profundizar aún más en otros asuntos concretos de determinados procedimientos quirúrgicos en lo atinente a la responsabilidad del Estado por falla médica.

Se puede concluir que los órganos de control demandados y las entidades, de acuerdo con el entorno de responsabilidad por omisión, deben ser tratados según los postulados de la responsabilidad directa por la falta de vigilancia y control de un tercero, por lo cual se erige el deber de resarcir los daños dado que la actuación del tercero no es una acción ajena a la entidad accionada y en ese entendido no genera causa extraña que permita su relevación.

Referencias

- Aldana Duque, H. G. (1986). *La responsabilidad objetiva de la Administración pública*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bueres, A. J. (1994). *La responsabilidad civil de los médicos* (2.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Calabuig, G. (2004). *Medicina legal y toxicología*. Madrid, España: Elsevier.
- Castro de Arenas, R. H. (1999). *La revolución genética y sus implicaciones ético-jurídicas*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Cecchetto, S. (2002). Consentimiento informado, antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento. En L. G. Blanco (comp.), *Bioética y bioderecho: cuestiones actuales*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Colegio Médico del Perú (2007). *Código de ética y deontología*. Lima, Perú: Colegio Médico del Perú. Recuperado de http://medicina.unmsm.edu.pe/etica/images/Postgrado/Instituto_Etica/Codigo_etica_cmp_OCT-2007.pdf
- De Las Heras García, M. Á. (2006). *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Tomo 1*. Madrid, España: Dykinson.

- Declaración de Helsinki de la AMM - Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Recuperado de <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/>
- Domínguez Luelmo, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002)*. Madrid, España: Lex Nova.
- Expediente 35.656/2009, de 7 de octubre.
- Expediente 18524/2010, de 18 de febrero.
- García Vásquez, D. F. (2009). *Manual de responsabilidad civil y del Estado*. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional.
- Guerra, Y. (2015). *Dilemas éticos del fin de la vida. Muerte, eutanasia y el más allá*. Bogotá: Ciencia y Derecho.
- Guerrero de Escobar, M. (2009). *Sentencia de 11 de Febrero de 2009, expediente. 14.726*. Bogotá: Consejo de Estado. Sección Tercera.
- Mazeaud, L. y Mazeaud, H. (1997). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo 2*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa.
- Mir Puigpelat, O. (2012). *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid, España: Edisofer.
- Montaño Gómez, P. (1986). *La responsabilidad penal de los médicos*. Montevideo, Uruguay: Amalio M. Fernández.
- Rivero, J. (1984). *Derecho administrativo*. Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela.
- Saavedra Becerra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la Administración*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Sentencia 6754/1992, de 24 de agosto, falla presunta en servicios médicos oficiales.
- Sentencia 8118/1995, de 8 de mayo, responsabilidad del Estado, enriquecimiento sin causa, enriquecimiento ilícito, acción en el enriquecimiento sin causa.
- Sentencia C-333/1996, de 1 de agosto, responsabilidad patrimonial del Estado.
- Sentencia 11220/1997, de 8 de mayo, falla del servicio médico: presunción de la falla y prueba para desvirtuarla.

- Sentencia 13337/1998, de 5 de febrero, para responsabilizar al Estado en la prestación del servicio médico, es necesario la existencia de tres elementos: la falla del servicio, el descuido y la omisión por parte de los médicos, un perjuicio, cierto y determinado.
- Sentencia de 11 de noviembre de 1999.
- Sentencia de 28 de septiembre de 2000.
- Sentencia C-355/ 2006, de 10 de mayo, aborto.
- Serrano Escobar, L. G. (2000). *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Suescún Melo, J. (2003). *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (2.^a ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- Tamayo Jaramillo, J. (1997). *La responsabilidad del Estado: el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Valencia Pinzón, G. (2001). La lex artis. *Revista Médico Legal*, 7(3), 21-25. Recuperado de <http://www.medicolegal.com.co/articulo/subtema/563>
- Vidal, M. (1989). *Bioética: estudios de la bioética racional*. Madrid, España: Tecnos.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2017). La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos. Trabajo presentado en Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Madrid. Recuperado de <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon7.pdf>
- Zannoni, E. (1984). *La obligación: concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria*. Buenos Aires, Argentina: Colegio de Abogados de San Isidro.