

¿Cuáles han sido los elementos de la responsabilidad tenidos en cuenta por parte del Consejo de Estado para declarar la responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano en asuntos relacionados con la prestación de servicios de salud?

Juan Camilo Charry Uribe

Universidad Santo Tomas

¿Cuáles han sido los elementos de la responsabilidad tenidos en cuenta por parte del Consejo de Estado para declarar la responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano en asuntos relacionados con la prestación de servicios de salud?

El sistema de salud en Colombia, visto desde la concepción de la Constitución de 1991, cambió a un nuevo modelo de Estado moderno: coordinador, regulador, supervisor y vigilante frente a la prestación de los servicios públicos, renunciando parcialmente a su prestación directa, a través de la tercerización de los más comunes: comunicaciones, servicios de aseo, alumbrado público, mantenimiento de vías, etc. Entre los que encontramos también la seguridad social integral; el cubrimiento de los servicios de salud y la protección a los riesgos pensionales pasaron a la administración y conducción de los privados con la supervisión del Estado ejercida por la Superintendencia de Salud y de los Ministerios de Trabajo y Salud.

El Estado deja de ser un Estado benefactor y de gran tamaño que se dedica casi exclusivamente a la prestación directa de los servicios públicos, especialmente los denominados esenciales, lo que ocasiono una crisis fiscal, ya que para el caso del servicio de salud ofertado bajo el principio de beneficencia pública sin prever la sostenibilidad financiera del sistema, el Estado no diseño las políticas públicas necesarias para promover el empleo y generar la participación de un porcentaje importante de la población, lo que significaba mayores ingresos al sistema. Una de las razones que conllevaron al cambio en la estructura del estado, no sólo en Colombia sino en todo el continente, Fue lo que se llamó en la OEA como los Estados Fallidos por su exagerado tamaño, el inmenso déficit fiscal, el bajo nivel de ingresos per cápita, los altos índices de pobreza y poca capacidad de pago de sus obligaciones crediticias contraídas con los organismos internacionales. Las sugerencias de este organismo se dirigieron a una reingeniería del Estado latinoamericano, influenciado por el neoliberalismo, las tendencias reduccionistas

del tamaño del Estado y de su intervención en el mercado, abriendo la puerta a los particulares para conformar nuevos modelos de negocio bajo su regulación.

Motivado en los antecedentes descritos el Congreso de Colombia expide la Ley 100 de 1993, reorganizando así los riesgos de salud, pensiones y riesgos profesionales hoy llamados laborales dentro de un nuevo sistema de seguridad social integral, los cuales son ofertados por entidades promotoras de salud privadas y fondos privados de pensiones y riesgos laborales a escogencia del usuario o “cliente” técnicamente llamado cotizante, definido como un servicio público esencial que busca el bienestar individual y la integración de la comunidad, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación y como derecho irrenunciable que debe garantizar el Estado.

A pesar de estar administrado por privados, la implementación del sistema integral de seguridad social no ha logrado, cumplir sus objetivos de cobertura (universalidad) ni ha reducido el deficiente acceso al sistema debido a las imposiciones económicas como por ejemplo los copagos y las cuotas moderadoras. Adicionalmente, producto de un nuevo modelo de Estado de corte neoliberal donde la salud es un servicio más que se oferta en el mercado, debe ser rentable para el particular que lo administra, superando las eventualidades que se puedan presentar, como lo son las mediocres políticas sociales del Gobierno y la realidad económica de un sistema que debe ser financieramente sostenible porque no cuenta con recursos públicos.

La Constitución de 1991 también concibió el principio de descentralización y autonomía de los entes territoriales para que pudieran ser prestadores de servicios públicos, dentro del modelo enmarcado y regulado por la cláusula constitucional de un Estado Social de Derecho.

De tal manera que el Estado continúa prestando servicios de salud por medio de los hospitales públicos que fueron convertidas mediante la ley en empresas sociales del Estado, ESES. Los recursos del Sistema General de Participaciones, SGP, destinados a la salud, tienen como destino a los municipios y departamentos que deben ejecutar el Plan de Atención Básica, PAB, las ESES, funcionan también como prestadores del servicio de diagnóstico y tratamiento de enfermedades, pues son Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, contratadas por las Secretarías de Salud y las EPS y ARS o Administradoras del Régimen Subsidiado, a pesar de que en gran proporción el servicio de salud está manos de los particulares, éstos, como aseguradores, a su vez contratan la infraestructura de servicios de salud incluso con los hospitales públicos (ESES), escenarios en los que se presentan los casos de responsabilidad médica por los que se siguen imputando al Estado las acciones, omisiones y retardos cometidos al respecto.

Aunque sean evidentes los avances tecnológicos en el campo de la medicina para mejorar los procedimientos y procurar que la labor del médico y de su equipo sea más acertada, los eventos dañosos que siguen presentándose en los hospitales y centros de salud del Estado denuncian otra realidad: escasez de insumos, deficiencia de personal, inestabilidad laboral, reducción de honorarios, impericia en los procedimientos, descuidos y negligencia en la atención, carencia de recursos para modernización y mantenimiento, sobreoferta profesional y limitación en los niveles de complejidad para la prestación de servicios médicos, entre otros.

Circunstancias que traen como consecuencia que sigan presentándose casos en los que pacientes se agravan en su estado de salud, e incluso fallecen en una sala de urgencias o de espera, sin ser atendidos o trasladados a un centro de mejores condiciones para solucionar la causa de su problema de salud; pacientes que luego de una cirugía presentan secuelas que no

fueron advertidas o que no son consecuencia necesaria del procedimiento sino de otras patologías no diagnosticadas a tiempo, pacientes que luego de ser intervenidos presentan síntomas y daños funcionales por el abandono de instrumentación quirúrgica dentro de su cuerpo, pacientes con tratamiento ineficaz o nocivo para su salud por un diagnóstico errado o un tratamiento mal suministrado por el personal asistencial hospitalario.

El Estado sigue siendo un garante del servicio de salud como servicio esencial y como derecho irrenunciable enunciado así por la Carta Política, pues aunque el neoliberalismo corra por las venas del Estado Colombiano, no se despoja de su posición de garante, presente en cada una de sus actividades; según los mandatos de la nueva Constitución, la carta Magna también definió al Estado colombiano como un Estado social de Derecho garante no sólo de la legalidad sino de los derechos individuales y colectivos y prestador de servicios públicos bajo los principios de continuidad y solidaridad porque garantizan el acceso al servicio en condiciones de equidad.

Uno de los aspectos más críticos tiene que ver con el recurso humano que opera los servicios de salud en el país, pues se establece la necesidad de concertación entre la demanda, las condiciones epidemiológicas y las necesidades del servicio junto con la formación educativa del personal asistencial. Hay un auge de instituciones y programas de salud sin control acerca de su calidad o de su eficacia para el mercado laboral en salud; existen también debilidades en la formación en gerencia en salud, sistemas de información, sistemas de emergencias, monitoreo y control de gestión, esto conlleva no sólo en fallas médicas sino hospitalarias, especialmente de las IPS públicas llamadas a responder por la vía contencioso administrativa. Pese a la implementación de normas técnicas de calidad para el establecimiento de unos requisitos esenciales, un planes de mejoramiento y auditorías médicas de las instituciones de

salud, éstas no son más que rituales al no existir un sistema de monitoreo para medir el desempeño de los procesos. Por último en lo que tiene que ver con la descripción del contexto de la problemática a tratar, encuentro que la sostenibilidad financiera del sistema se ve amenazada por la crisis económica del país, la evasión al sistema, los hechos de corrupción y demás malas prácticas que atentan contra una buena prestación del servicio de salud, en donde juegan las tres ramas del poder haciéndolo un sistema inviable.

Todo lo relatado, ha generado un volumen altísimo de demandas al estado, trayendo una congestión judicial en lo contencioso administrativo y por ende la aparición de múltiples teorías de responsabilidad e imputación para resolver las controversias judiciales que se suscitan de la mala prestación del servicio de salud por parte del Estado, la variedad de criterios usados por el Consejo de Estado como Juez de cierre en lo contencioso administrativo, amerita un análisis sobre ¿Cuáles han sido los elementos de la responsabilidad tenidos en cuenta por parte del Consejo de Estado para declarar la responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano en asuntos relacionados con la prestación de servicios de salud?

En materia de responsabilidad civil estatal es necesario, para imputar daños a la administración, la demostración de los siguientes elementos:

1) La existencia de un deber jurídico de actuar (hacer), es decir, la obligación constitucional, legal o reglamentaria a cargo de la entidad de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por el ordenamiento jurídico o en un tiempo estimado; acción con la cual se habrían evitado los daños antijurídicos ocasionados; 2) el incumplimiento de esa obligación; 3) un daño antijurídico, materializado en la lesión real avaluable en dinero o de un bien jurídico protegido a la víctima o a un grupo de ellas que no están en el deber jurídico

de soportar; y 4) la relación de causalidad entre la prestación del servicio (el actuar o la negligencia) y el daño ocasionado.

Precisamente, sobre este último aspecto (la relación o nexo de causalidad) es donde se presentan controversias, tanto jurídicas como conceptuales en los diferentes ámbitos de la ciencia del derecho, en mayor medida en los que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente artículo científico enunciare los elementos de la responsabilidad que ha tenido que desarrollar el Consejo de Estado como Juez de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo para justificar los casos en que deba absolver o condenar a la Administración por la prestación de servicios médicos.

El Consejo de Estado ha pasado de una presunción de falla de la Administración, a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba y posteriormente exigir del demandante la prueba del nexo causal, hasta terminar con el uso de la prueba indiciaria y la teoría de las probabilidades para demostrar o no la existencia de un nexo de causal. La subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado se inclina por la teoría de la imputación objetiva.

Esto debido a que se empezó admitir la dificultad de probar el nexo causal en algunos eventos, tanto por los abogados litigantes como por los falladores, lo que conllevó a la aparición de las teorías del grado suficiente de probabilidad (disminución del estándar de prueba), las flexibilizaciones probatorias y la prueba indiciaria.

Haré una descripción lo más objetiva posible de la jurisprudencia citada. Lo que no impide que exponga en algunos acápites una visión crítica, cuando se demuestra la dificultad y

las incoherencias por parte del Consejo de Estado (cuando frente a hechos similares, se emiten pronunciamientos diferentes, en dirección contraria), para absolver o condenar a la nación por la demostración o no de una relación de causalidad o de otro elemento de la responsabilidad.

Para la realización de este trabajo se hizo un estudio de seis sentencias, de las cuales es notorio su grado de complejidad respecto al nexo de causalidad. Inclusive, en muchas de ellas resulta tan difícil demostrar la existencia causal, que el Consejo de Estado prefirió evitar su estudio.

Es relevante entonces advertir que mi artículo no pretende elaborar una línea jurisprudencial o el precedente elaborado por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica estatal. El que se haga una relación de providencias judiciales no significa que sea el objetivo de este escrito. El objetivo versa en demostrar las dificultades e incongruencias que ha tenido el Consejo de Estado para aplicar las teorías que tratan de fundamentar la existencia de los elementos de la responsabilidad por falla médica del Estado.

El desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad médica estatal en Colombia, ha permitido la distinción de diferentes tesis y teorías que actualmente son un reconocimiento al rigor científico que implica desistir de la prueba de un nexo causal a cargo del accionante cuando éste pueda ser inferido con certeza por el fallador, así las cosas, que pueda bastarle la probabilidad de su existencia.

La jurisdicción contencioso administrativa ha procurado en múltiples intentos para que en las controversias se establezca la verdad judicial y se indemnicen los daños ocasionados por las entidades del Estado prestadoras del servicio de salud.

La responsabilidad por el servicio médico a cargo del Estado se ha enmarcado siempre en el régimen subjetivo de responsabilidad, ósea el régimen de la falla del servicio donde el elemento de la culpa es el fundamento. Presupuesto necesario de esta tesis es que el ejercicio de la medicina exige, pericia, cuidado, responsabilidad y un esfuerzo profesional limitado por la *lex artis*, lo que significa hacer uso de todos los factores cognitivos, éticos y científicos para encontrar el mejor resultado, aunque el médico no pueda garantizarlo, pues su oficio es de medios y no de resultados (en la mayoría de los procedimientos médicos), por lo cual la mera existencia del daño no genera la presunción de la falla del servicio.

Dicho régimen establece tres elementos esenciales: 1) el daño antijurídico sufrido por el afectado, 2) la falla del servicio en cumplimiento de la prestación de servicios médicos, ya sea porque se no se practicó dentro de los cánones exigidos dentro de los estándares de calidad, o porque no se hizo en debido tiempo y por último, 3) una relación de causalidad entre los dos primeros elementos enunciados.

El Consejo de Estado estableció que la responsabilidad civil que se demanda de los entes hospitalarios públicos es una responsabilidad civil extracontractual, de conformidad con lo consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política que define el servicio de salud como un servicio público a cargo del Estado, sin importar si lo presta de forma directa o indirecta bajo su supervisión y control, con el paso del tiempo luego que de que entrara en vigencia la nueva constitución, se señaló por parte de la jurisprudencia y la doctrina que tanto la responsabilidad de los médicos de entidades públicas como de las mismas instituciones que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud se enfrentan a una responsabilidad civil extracontractual frente al paciente. Sin importar que la falla es el elemento esencial de la responsabilidad estatal por la prestación del servicio médico, nacería la tesis de la falla inferida, lo que permitió que surgiera

el régimen de la falla presunta, que invierte la carga probatoria en cabeza de la entidad demandada, exigiendo un rigor científico en la prueba del servicio médico que sólo el ente asistencial accionado a través de sus profesionales médicos puede explicar dentro del proceso judicial, debiendo acreditar el demandante el daño y el nexo causal y el demandado que actuó con la mayor pericia y diligencia en los procedimientos suministrados al paciente.

Una tesis posterior opta por estudiar los casos de falla médica bajo el principio procesal de las cargas dinámicas de la prueba, dependiendo de cada controversia litigiosa, y en cuál de las partes está en mejor posibilidad de demostrar la falla en el servicio, todo esto ha sido utilizado por el Consejo de Estado para reconocer que en efecto hay casos en que se admite la inversión de la carga de la prueba en el personal médico asistencial y presumirse la falla y habrá eventos en que las partes estarán en posibilidad de probar los hechos materia del litigio como resultado de la prueba indiciaria a partir de hechos ya probados dentro del proceso judicial.

El primer asomo de cambio de tendencia jurisprudencial fue la adopción de la teoría de la pérdida de la oportunidad, la cual permite no tener en cuenta la prueba de la relación de causalidad. El Consejo de Estado toma la decisión injusta con la entidad demandada, de condenarla por la totalidad del daño sufrido por el actor, así admita que no exista prueba del nexo de causalidad, sino la simple pérdida de la oportunidad (Colombia, Consejo de Estado, Mayo 03 de 1999):

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 esté 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 ‘un grado suficiente de probabilidad’”.

Hay una contradicción que radica en dar por cierto el nexo causal a partir de una probabilidad muy alta, y en afirmar que el nexo causal no está probado, pero que en razón de la teoría de la pérdida de la oportunidad, la víctima tiene derecho a una indemnización.

Por otra parte en distinta providencia del Consejo de Estado, esta Corporación, niega la responsabilidad del demandado porque el demandante no demostró el nexo causal, prueba que según la sentencia siempre le corresponde al accionante (contrario a los fallos precedentes), aunque las circunstancias probatorias fueran semejantes a las relacionadas en fallos previos y lo lógico por seguridad jurídica y unificación de jurisprudencia sería que se aplicara la misma medida; no obstante, ello no ocurrió, pues la inferencia de la existencia o no de un nexo de causalidad para cada caso en particular, se realiza por la aplicación de indicios, desconociendo la carga dinámica de la prueba (Colombia, Consejo de Estado, Febrero 10 de 2000).

Vale la pena decir que el uso de la prueba indiciaria conlleva la aplicación de las reglas de la sana crítica, situación que configura un ambiente de subjetividad, para luego hablar de probabilidad de la existencia del nexo causal, más no de certeza (Colombia, Consejo de Estado, Junio 15 de 2000): [...]

Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión —ni siquiera eventual— del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil —si no imposible— para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanecen oculta, aun para los propios médicos. [...] Por último —y no obstante que el análisis sobre la existencia de una fuerza mayor, o de un hecho de la víctima o de un tercero sólo es pertinente cuando se ha demostrado que la entidad demandada causó el daño, a fin de establecer si el nexo inicialmente establecido resulta apenas aparente—, la Sala considera necesario advertir que, en el caso planteado, está probada la intervención de causas

extrañas en la producción del perjuicio cuya indemnización se reclama en el proceso. [...] Se concluye, entonces, que la práctica tardía de la cirugía filtrante, cuyo objetivo era tratar el glaucoma que presentaba el paciente, tuvo importante injerencia en la producción del daño definitivo sufrido por éste. Y si bien no puede establecerse con certeza que la tardanza sea imputable a la víctima, o al hecho de terceras personas, es claro que en ello no tuvo participación alguna la entidad demandada. [...] Con fundamento en todo lo anterior, se tiene que no está demostrada la responsabilidad de la entidad demandada, situación que impide el análisis de la posible responsabilidad del médico llamado en garantía. Se confirmará, en consecuencia, el fallo apelado.

En esta sentencia termino siendo más importante demostrar la no certeza del nexo causal que el daño en sí mismo. El Consejo de Estado establece la existencia de un perjuicio, pero en su razonamiento no se comprobó la relación de causalidad, a pesar de que la misma Corporación establece en este fallo que no es necesaria la prueba del nexo causal por parte de la entidad demandada para reforzar su defensa.

De manera distinta sucedió en un fallo posterior, el Consejo de Estado no práctico el mismo análisis, por ende no obró de la igual forma. Basándose en la teoría de la pérdida de la oportunidad. El nexo de causalidad no se puede presumir nunca, pero que cuando aparece que la falla del servicio es una causa probable, el juez debe darlo por probado. Al respecto, dicho fallo establece (Colombia, Consejo de Estado, Agosto 15 de 2002): [...]

Se ha considerado necesario presentar previamente estas reflexiones (sic) serán tenidas en cuenta para valorar la prueba obrante en el proceso a fin de establecer si está demostrada, en este caso, la responsabilidad de la entidad demandada. Sólo resta advertir como también lo hizo la Sala en el fallo que acaba de citarse que, el análisis de la causalidad debe proceder siempre al de la existencia de la falla del servicio, en los casos en que ésta se requiere para estructurar la responsabilidad de la entidad demandada. En efecto, sólo aquellas fallas a las que pueda atribuirse la producción del daño tendrán relevancia para la demostración de dicha responsabilidad, de manera que la inversión del orden en el estudio de los elementos citados puede dar lugar a que la falla inicialmente probada resulta inocua, o a valorar indebidamente los resultados del examen de la conducta, teniendo por demostrado que no lo está. [...]

No puede descartarse, entonces, que una de estas circunstancias se hubiera presentado en el caso de la demandante, sobre todo si se tiene en cuenta que los otros factores asociados al riesgo de esa complicación se refieren a condiciones particulares del paciente, cuya existencia, en el caso de la demandante, no ha sido demostrada.

En estas condiciones, se concluye que existen elementos suficientes para considerar probado que el daño sufrido por la señora Jaimes de Mendoza puede ser imputado a una falla del ISS, en la prestación del servicio médico asistencial a su cargo.

Adicionalmente, conforme a la doctrina citada, puede agregarse que, por no haberse demostrado la existencia de condiciones particulares en la paciente que la expusieran de manera especial a dicho riesgo, es probable que su realización estuviera asociada a la impericia del anestesista o a la utilización de una aguja muy larga, por no conocerse suficientemente la biometría del globo ocular, aspecto cuya relevancia reconoce uno de los médicos declarantes.

Por lo demás, si las conclusiones anteriores no pudieran considerarse suficientes, no le cabe duda a la Sala de que el caso concreto es uno de aquéllos en los que la demostración de los hechos que estructuran la falla, salvo en cuanto se refiere a la aplicación de la anestesia no indicada, resulta prácticamente imposible para la víctima, dado que se trata de acreditar la impericia en la práctica de un procedimiento que no fue realizado en presencia de otros profesionales distintos al directamente encargado del mismo, y sobre el cual no fue posible obtener mayor información en virtud de la falta de voluntad de la entidad demandada para aportar al proceso las pruebas respectivas. Sería procedente, en estas condiciones, con fundamento en la equidad, como criterio auxiliar de la actividad judicial, acudir, de manera excepcional, a la inversión del deber probatorio de dicho elemento de la responsabilidad, inaplicando el artículo 177 del C. de P. C., conforme a lo explicado en la primera parte de estas consideraciones, y presumir, entonces, que la administración de la anestesia local a la señora Jaimes de Mendoza se hizo con negligencia

e impericia, por parte del anesthesiólogo del ISS que tuvo a su cargo el procedimiento.”

En fallo postrero (Colombia, Consejo de Estado, Abril 20 de 2005), se condenó a la entidad demandada por no haber hecho lo necesario para que la víctima hubiera tenido una oportuna atención médica. No está probado que esta haya sido la causa de la muerte (pudieron ser los golpes que le propinaron en la establecimiento de reclusión o tal vez una enfermedad que poseía tiempo atrás de ser recluido), considera la Corporación, que el no haber remitido al interno a un centro de salud de forma rápida, provocó que se presentara el proceso infeccioso que ocasionó el deceso. Igual que en el fallo anterior, el Consejo de Estado concluye que la causa cierta radica en la negligencia de la entidad estatal demandada, y no en la relación que debe existir entre el hecho generador o falla y el daño.

[...] La doctrina ha señalado que la causa eficiente es lo que se considera como fundamento u origen de algo; basta la verificación de la relación antecedente consecuente para que pueda sostenerse que un hecho es productor y otro el producido, uno el engendrante y otro el engendrado. No interesa en la consideración meramente física si el encadenamiento es próximo o remoto, cercano o alejado en el tiempo o en el espacio: basta que ocurra, que exista, que se dé. “Cualquier suceso natural o hecho humano es susceptible de generar repercusiones que se expanden por todo el ámbito social al entrelazarse con otros hechos o acontecimientos que son, a su vez, consecuencia de sucesos anteriores. Esta expansión en el espacio y en el tiempo ocurre en círculos concéntricos, parecidos a los que produce una piedra al caer en el agua tranquila de un

estanque; cuanto más alejados están del lugar del impacto, más débiles o imperceptibles se tornan por lo regular tales efectos.

El Consejo de Estado expone una tesis que refuta su propia doctrina al establecer que no es aprobado presumir la relación de causalidad cuando de responsabilidad médica se trata. De igual modo, en la sentencia anterior, los demandantes solo demostraron una inadecuada atención de la entidad demandada y la demora por parte de esta en remitir al interno a un centro médico especializado. La Corporación no condena al estado aunque se probó que la afectación se debió a causa de la enfermedad previa con origen laboral, La sala determino que esta relación no fue demostrada por los demandantes. La Sentencia judicial en cuestión sostiene (Colombia, Consejo de Estado, Junio 04 de 2008):

[...] En enfermedades autoinmunes, el sistema inmunológico, que normalmente protege el cuerpo contra organismos extraños, ataca por error a los propios tejidos del cuerpo causando inflamación y, en algunos casos, daños a la mielina de la médula espinal”.

No obstante lo anterior, la Sala echa de menos la relación de causalidad entre este daño, sufrido por los demandantes a raíz del estado de salud del joven URIEL DAVID CARRASCAL LIZCANO y la actividad de la entidad demandada, puesto que no se acreditó en parte alguna que el estado de incapacidad actual del paciente así como las secuelas que sufre en su salud, hayan sido ocasionados por alguna acción u omisión de las autoridades médicas y sanitarias que lo atendieron, puesto que no basta con acreditar que hubo un contacto físico, entre el servicio médico y el

paciente, para poder deducir la existencia de ese nexo causal necesario para poderle imputar responsabilidad a la entidad demandada, como tampoco resulta suficiente la afirmación de que la remisión del paciente al Hospital Militar Central fue tardía e inoportuna, convirtiéndose en la causa del daño.

Si bien en materia de responsabilidad médica de las entidades estatales la jurisprudencia de la Sala ha llegado a admitir la posibilidad de presumir la falla del servicio, en vista de la dificultad probatoria que en algunos eventos puede surgir para la parte actora respecto de circunstancias que escapan a su control en los tratamientos médicos, quirúrgicos y asistenciales, lo que sí no se ha admitido en ningún momento, es la presunción de este otro elemento, consistente en la acreditación de la relación causal entre el servicio y el daño sufrido.

Finalmente, quiere advertir la Sala que, si bien los documentos aportados por la apelante con su recurso no pueden ser legalmente valorados por cuanto su aportación fue inoportuna, el contenido de los mismos tampoco habría llevado a la Sala a tomar una decisión diferente, puesto que, contrario a lo afirmado por la parte actora, no se encuentra allí una prueba plena e irrefutable de la responsabilidad que le atribuye a la parte demandada, en la medida en que se trata de oficios del Ejército Nacional, en los que se le informa que no se ha encontrado ninguna historia clínica del cadete URIEL DAVID CARRASCAL LIZCANO, relacionada con su atención durante los días 10 a 19 de julio de 1994 en el Dispensario de la

Escuela de Cadetes, y a cambio se le entrega la relación de los pacientes que estuvieron hospitalizados en el mismo, dentro de los cuales se halla el demandante; pero observa la Sala, que el hecho de su atención y permanencia en el referido dispensario, no fue negado por la parte demandada, ni constituye prueba de una falla del servicio o de un nexo causal entre éste y el daño sufrido por los demandantes, de modo que absolutamente en nada cambiaría el sentido de la presente decisión, la valoración de dicho material documental.

En las condiciones anotadas, imposible resulta deducir la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, razón por la cual, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Resulta extraño que en otros fallos no se prueba el nexo causal, y se termina condenando al Estado por no prestar el servicio, a diferencia de distintas decisiones, donde la atención al paciente no es causal suficiente para declarar la responsabilidad del estado.

A modo de conclusión las teorías empleadas por el Consejo de Estado en relación con los elementos de la responsabilidad, pasando de la falla presunta, para luego aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba (principio procesal fortalecido por el nuevo código general del proceso). Se hizo uso de la teoría ecléctica, que consiste en asumir la falla probada como regla general y permitir en casos especiales la carga dinámica de la prueba o algún tipo de flexibilización probatoria, lo que evidencia la vacilación conceptual del Consejo de Estado para tratar de argumentar la existencia del nexo causal como elemento necesario para declarar la responsabilidad del Estado.

Un elemento conceptual clave del que hace uso frecuentemente el máximo tribunal de lo contencioso administrativo es el indicio.

Todo lo expuesto con anterioridad, manifiesta una inseguridad jurídica, ya que no se sabe a ciencia cierta cuales son los criterios que maneja el Consejo de Estado, dependerá entonces del caso en concreto la teoría a aplicar tanto en su problema jurídico a resolver como de los medios de prueba necesarios o eficientes, lo cual conlleva, la imposibilidad de aplicar el precedente judicial, según lo establecido en el código de procedimiento de lo contencioso administrativo, razón por la cual exhorto al Honorable Consejo de Estado desde mi posición de estudiante de la materia a que expida una sentencia de Unificación para dictar los parámetros con respecto a los conceptos desarrollados a lo largo de este artículo.

Los elementos tenidos en cuenta por el Consejo de estado siguen siendo los mismos, lo que pasa es que ahora se dificulta la prueba, en gran medida para los abogados que defienden al estado, por cuenta de la teoría de la imputación objetiva, se aceleran los análisis probatorios a favor del demandante, tan es así que la culpa pasa a un segundo plano y aún la prueba del deber (obligación de hacer) ya que el Consejo de Estado Presume una prestación del servicio con base en el mandato constitucional y del régimen de la responsabilidad estatal enmarcada en el artículo 90 de la carta magna.

Las razones por las cuales el Consejo de Estado no cumple con sus funciones de órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa de armonizar los conceptos, conciliar las posiciones y marcar la línea jurisprudencial para el resto de la jurisdicción no se pueden conocer y por ende entender con la lectura detenida de los fallos, lo que si es cierto es que los constantes cambios de aplicación de teorías resultan siendo nocivas para la seguridad jurídica

sobre todo en lo que se refiere al elemento del nexo causal, ya que es el elemento que por su naturaleza es la sustancia misma del actuar del estado dentro de un clausulado constitucional que lo enmarca dentro de la legalidad y el compromiso de bienestar social (estado social de derecho).

Referencias bibliográficas

1. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).
Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 11169.
 2. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del diez (10) de febrero de dos mil (2000).
Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 11878.
 3. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000).
Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 12548.
 4. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del quince (15) de agosto de dos mil dos (2002).
Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 11605.
 5. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005).
Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 14699.
 6. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del cuatro (04) de junio de dos mil ocho (2008).
Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 16646.
 7. Colombia, Constitución Política de Colombia.
 8. Colombia, Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.
 9. Colombia, Código general del Proceso.
 10. Colombia, Código de Procedimiento Civil.
 11. Yong, Samuel (2009). Introducción a la responsabilidad pública y privada, Bogotá: Universidad Santo Tomás.
 12. Colombia, Ley 100 de 1993
- http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_1_la_responsabilidad_del_estado_y_regmenes_de_responsabilidades.html