

## Capítulo II

### Avances Jurisprudenciales de la Responsabilidad Médica del Estado. “La probatio diabólica”<sup>5</sup>

*“La imposibilidad en que me encuentro de probar que Dios no existe, me prueba su existencia.”*  
**Jean de la Bruyere**

*“El buen juez no ha de torcer las leyes a su condición, sino torcer su condición conforme a las leyes.”*  
**Fray Antonio de Guevara**

La Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico se ha convertido en uno de los temas de mayor trascendencia dentro de la Jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano por su dinámica y constantes innovaciones con relación a la carga de prueba – *onus probandi* –; es así, como desde 1990 se empezó a hablar de la falla presunta del servicio y de la inversión de la carga de la prueba, con providencias

---

<sup>5</sup> El título: **AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica”** ya ha sido publicado en la Revista “Principia IURIS N° 18” con ISSN 0124-2067 como resultado parcial del presente trabajo de investigación, sin embargo, dándole plena aplicación al reglamento de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja se desea realizar un abordaje más riguroso del tema estudiado.

de gran connotación, donde vale la pena resaltar el fallo de 1992 (30 de julio, Rad. 6897) con ponencia del Consejero Dr. Daniel Suárez Hernández, con la presentación de una teoría que alivia al demandante de la obligación de probar la falla médica basados en que:

*“Se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios... resultaría más beneficioso ... si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.”*

Un presupuesto de la responsabilidad del Estado se constituye en que el daño sea imputable jurídicamente a la autoridad demandada, es por ello que a partir de ese postulado se desarrolló el concepto de títulos jurídicos de imputación en el seno del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, cuyo fundamento constitucional es el artículo 90 constitucional, que deben ser entendidos como la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño o las razones jurídicas por las cuales el Estado debe indemnizar, por dicho concepto se observa la importancia que recae sobre el estudio de dichos títulos dentro del marco de la responsabilidad del médica estatal.

No se quiere decir que desde principios de la década de los 90´ s se haya unificado el criterio de la sección tercera del Consejo del Estado en cuanto a los títulos jurídicos de imputación y carga de la prueba, ya que, como se pretende mostrar que ha sido variable el pensamiento en relación a la Responsabilidad médica estatal, lo que genera un cierto grado de incertidumbre por parte de la comunidad jurídica, que sin duda desemboca en un “sabor” a inseguridad –jurídica-, con notables problemas prácticos tanto para los administradores de justicia, como para los abogados litigantes, ya sea que actúen en defensa de las instituciones estatales o como apoderados de los particulares que pretenden una reparación económica.

Mencionando nuevamente el artículo 90 constitucional, que se ha erigido como el fundamento superior de la Responsabilidad del Estado, es necesario referirse a la constitucionalización del derecho administrativo, que ha permitido a la jurisprudencia fundamentar e inclinar sus decisiones en aras de la protección de derechos fundamentales, y si nos ubicamos en materia de la prestación del servicio médico, donde sin duda, se debe hablar del derecho a la salud y en conexidad el de la vida, que son los más cercanos al tema de estudio, y que pueden llegar a ser consolidados o fortalecidos por el principio de confianza legítima, que igualmente ha sido traído a colación en responsabilidad médica por parte del Consejo de Estado, quizá sin una fundamentación y argumentación sólida, pero con influencia a la hora del sentido de la decisión.

En el presente capítulo se plasma un recorrido histórico desde 1990, de las diferentes vicisitudes de la Responsabilidad Médica del Estado, puntualizando en la carga de la prueba, que posiblemente ha sido el tópico más relevante y controversial dentro del tema estudiado, por ende, no entraremos a estudiar la diferenciación de responsabilidad extracontractual y contractual o la responsabilidad de medios y resultados, que igualmente han venido evolucionando con las sentencias administrativas.

Como ya se mencionó en la introducción se planteó un problema a partir del cual se determinaron y seleccionaron sentencias del H. Consejo de Estado de las cuales se fijan dos tesis; lo anterior con el objeto de determinar la evolución que se ha presentado con respecto a los Títulos Jurídicos de Imputación en materia de Responsabilidad Médica del Estado desde el año 1990.

Se tuvo como problema el siguiente: *¿A quién le corresponde la obligación procesal-probatoria de acreditar la falla del servicio, en materia de Responsabilidad del Estado, por la prestación del servicio médico?*, por ende, se determinaron y seleccionaron sentencias del H. Consejo de Estado de las cuales se fijan dos tesis –sin desconocer otras posturas “intermedias” que se explicaran más adelante-:

1. **FALLA PRESUNTA:** *“La Falla Médica se debe presumir por la posibilidad en que se encuentran los Médicos –en general los profesionales de la salud-, dado su conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos”,* por lo anterior, el demandante NO debe asumir ninguna carga probatoria al respecto.
2. **FALLA PROBADA:** se debe aplicar en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo. Demandante debe probar la falla del servicio.

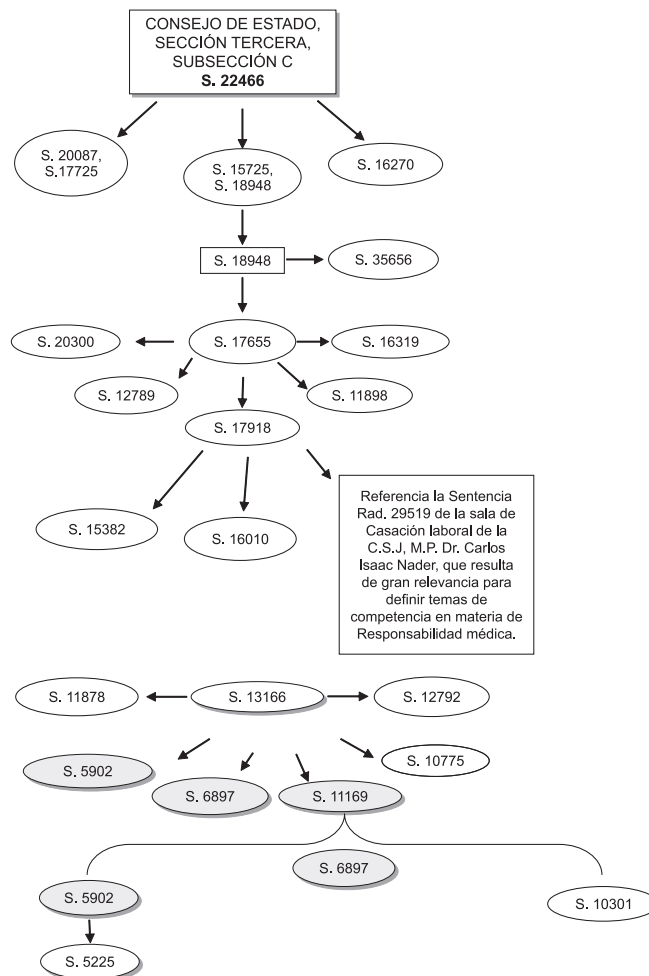
Dentro de las posturas intermedias se realizará el estudio relativo sobre la Carga dinámica de la Prueba, la Falla inferida (FALLA POR INFERENCIA), la teoría del *Res ipsa loquitur*, la Prueba prima facie y la Falta virtual.

## 2.1 Ingeniería de Reversa

Las sentencias referenciadas en la presente ingeniería de reversa corresponden en su totalidad a la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano, y se relaciona únicamente su

número interno, es así como sin mayor dificultad pueden ser consultadas todas las providencias en el siguiente enlace:  
<http://190.24.134.67/pce/consultaavanzada.asp>

*Figura: Ingeniería de reversa,*



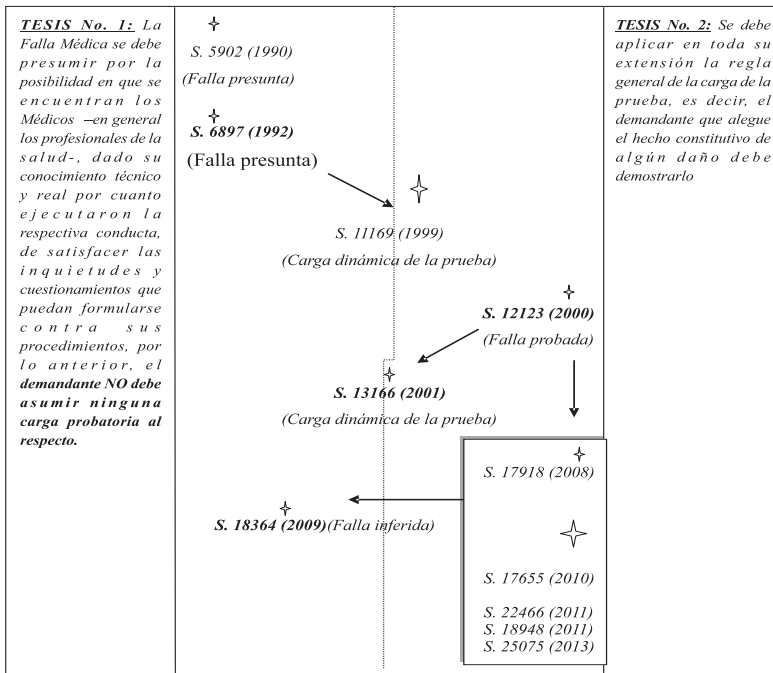
*Fuente: el Autor*

**Nota:** Dentro del Estudio realizado se han encontrado sentencias proferidas por el Consejo de Estado, que si bien, no se han referenciado dentro de la ingeniería de reversa cobran gran

importancia para la resolución del problema jurídico planteado, como lo son las sentencias de **radicado 12123** y **18364** (*esta última cita dentro de su parte motiva la sentencia 6897*).

Las sentencias referenciadas en la siguiente ingeniería de reversa corresponden en su totalidad a la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano, y se relaciona únicamente su número interno<sup>6</sup>, es así como la metodología de la investigación (análisis dinámico de jurisprudencia) se resume en el siguiente gráfico:

**Tabla No. 1**  
**¿A Quién Le Corresponde La Obligación Procesal-¿Probatoria de Acreditar La Falla del Servicio, en Materia de Responsabilidad del Estado, por la Prestación del Servicio Médico?**



Fuente: autor

<sup>6</sup> Sin mayor dificultad pueden ser consultadas todas las providencias en el siguiente enlace: <http://190.24.134.67/pce/consultaavanzada.asp>

Del anterior análisis dinámico se retoma el estudio de la jurisprudencia estudiada dando como resultado lo siguiente:

## **2.2 La Evolución de la Responsabilidad Médica Estatal**

Partiendo del análisis dinámico de jurisprudencia, se puede decir que los avances jurisprudenciales en materia de Responsabilidad Médica, dentro de las providencias del Consejo de Estado son palmarios, en todo caso, el desarrollo ha sido muy dinámico y controversial, es por ello, que dentro de las relaciones entre el Estado y los administrados, concretamente en fallos por la prestación del servicio médico-asistencial, nos enfrentamos a un atareado estudio de sentencias del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa; de esa manera se pretende realizar un esquema histórico de la evolución de la temática objeto de la disertación, ya que sin lugar a duda, el rigor técnico y científico de la medicina es innegable y ha conducido a que en ocasiones los administradores de justicia inviertan la carga de la prueba, e inclusive a que apliquen “sistemas” de aligeramiento probatorio que permiten resolver el fondo del asunto contentándose con la probabilidad de la existencia de la falla del servicio.

Vale recordar que el recorrido histórico se realiza con referencia exclusivamente a las diversas posturas del Consejo de Estado en relación a la carga de la prueba en casos de responsabilidad médica estatal con fundamento en la jurisprudencia y en la doctrina nacional, sin profundizar, en temas como lo son la diferenciación de responsabilidad extracontractual y contractual o la responsabilidad de medios y resultados, que igualmente han venido evolucionando con las sentencias administrativas.

Antes de analizar la evolución precitada, debemos recordar un aspecto en cuanto a la carga de la prueba se refiere, que

es establecido por el Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

*"ARTICULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)"*

El anterior precepto es concordante con el artículo 1757 del Código Civil el cual reza:

*"PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".*

Lo relatado se constituye como la regla general, cobrando relevancia en la presente exposición, dadas las circunstancias particulares con respecto a la Responsabilidad Médica Estatal.

Vista la regla general, con relación a sujeto procesal obligado a aportar la prueba, se hablará de la probatio diabólica, definición dada por el Consejo de Estado (2009) que enseña:

*"Esta dificultad viene promovida por diversos motivos, lo que la constituye en una prueba diabólica. Una de las primeras dificultades con las que se encuentra el paciente o sus herederos -en caso de muerte de aquél- es que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a los que mayormente resulta extraño y no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes a dictaminar en contra de los intereses de un colega...Por lo general, el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas o estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de las mismas, incluso muchas veces hasta desconoce su diagnóstico. A esto se suma la práctica actual de la medicina en nuestro país, la que no escapa a los procesos de masificación despersonalizando las relaciones médico-paciente. Allí donde antes existía el médico de familia o cabecera, al que uno libremente elegía y con el cual normalmente entablaba un diálogo profundo, hoy ha sido suplantado por el especialista -*

*que muchas veces viene impuesto por la obra social– al que hay que ir a ver al consultorio para una visita que dura pocos minutos y al cabo de la cual el enfermo sale con una colección de recetas, pero tal vez desconociendo el mal que lo aqueja”.*

Partiendo del entendimiento de lo que constituiría una prueba diabólica, al sentir del máximo órgano de la jurisdicción administrativa, se continua el análisis y recorrido histórico de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica estatal, por ende, en primera medida se analizará el régimen de la falla probada con aplicación exclusiva de la regla general contemplada en los artículos 177 y 1757 del C.P.C y del C.C. respectivamente, luego se verá la aplicación de la falla presunta del servicio, de la carga dinámica de la prueba, de la falla inferida –así denominada por la doctrina y la jurisprudencia- y finalmente se estudiarán fallos muy recientes para determinar las actuales posturas y el esquemas de imputación de responsabilidad estatal.

En ese orden de ideas, se encuentra:

### **2.2.1 Falla Probada<sup>7</sup>**

Un presupuesto de la responsabilidad del Estado se constituye en que el daño sea imputable jurídicamente a la autoridad demandada, es por ello que, se ha dicho que:

*“A partir de lo anterior se desarrolla el concepto de títulos jurídicos de imputación en cuyo fundamento se justifica la pervivencia -continuidad- bajo el artículo 90 de la constitución política, de los distintos regímenes de responsabilidad (...) título*

<sup>7</sup> Al respecto el Consejo de Estado (2013) en sentencias recientes de la siguiente manera **“ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO - Supuestos de existencia y configuración** *“En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance”*

*jurídico, entendido como la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño. Las razones por las cuales el Estado debe indemnizar, que es lo que la jurisprudencia denomina títulos de imputación, comprenden los regímenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia” (Vidal Perdomo, 2005)*

En la definición se observa la importancia que recae sobre dichos títulos dentro del marco de la responsabilidad del Estado, partiendo del análisis de la falla probada que, como título Jurídico de Imputación, se basa en que:

*“se aplica en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo (...) frente al régimen comentado la aptitud probatoria de la administración o de la autoridad demandada se encamina a demostrar que obró con prudencia y diligencia en el servicio que se encontraba prestando, es decir que obró con ausencia de falla” (RIVADENERIA BERMÚDEZ, 2008)*

Igualmente, la administración en aras de su defensa puede invocar la causa extraña; con lo anterior, es preciso afirmar que antes de 1990 era la falla probada el título jurídico de imputación bajo el cual se fundamentaban las sentencias administrativas, es decir, (Consejo de Estado, 2001) en un primer momento en la evolución jurisprudencial, en el seno de la jurisdicción contenciosa sobre la responsabilidad médica, se le exigía al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

En este primer momento de la evolución, no se tenía como referencia las dificultades en materia probatoria en que en ocasiones se ve inmiscuida la parte demandante, es decir, el Consejo de Estado aplicaba en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, sin traer a colación ningún tipo de concepto que se buscara apartarse de la probatio diabólica, o que al menos tuviera argumentos normativos que le permitieran hacerlo.

Luego, siguiendo con el recorrido histórico y el análisis jurisprudencial, entre los años 1990 y 1992 –ya influidos por la nueva Constitución de 1991-, nos encontramos con sentencias que invierten la carga de la prueba dentro de procesos de reparación directa por la prestación del servicio médico-asistencial, desembocando en la denominada:

### 2.2.2 Falla presunta del servicio

Con la falla presunta, se logra una inversión de la carga de la prueba –*onus probandi*-, aliviando a la parte actora, con referencia a la aportación de la prueba que determina la falla del servicio, sin que se llegue a establecer per se un régimen objetivo de responsabilidad, en la medida que el daño antijurídico y la relación de causalidad debía ser acreditada por quién pretendía un resarcimiento a través de la demanda, es por ello, que se ha dicho:

*“Al hablar de presunción de falla se está indicando que el demandante no tiene que acreditar la deficiencia del demandado en la causación del daño. Esto es, el actor queda relevado de la actividad de probar que la autoridad demandada no actuó, actuó irregularmente, o lo hizo bien pero de manera tardía, sin que ello quiera decir que no debe alegarlo (...) la presunción tiene que ver con un aspecto procedimental que surge para el damnificado de probar la falla frente a ciertas actividades que han venido complicándose por las circunstancias o por la ciencia que implican, razón por la cual la jurisprudencia razonablemente la presume, no porque normalmente se espere que ocurra la responsabilidad, sino porque la prueba está más próxima al demandado, a quién le corresponderá entonces demostrar que dicha falla no existió” (Rivadeneria Bermudez, 2008).*

Las entidades demandadas deben valerse de todos los mecanismos de defensa. -vg. Demostrar la idónea prestación del servicio o alegar Causa Extraña-. ya que se entendió que son ellas las que están en la cercanía de las pruebas.

Ubicados en 1990 y 1992, se presentó una carga argumentativa disímil dentro del Consejo de Estado, pero con una respuesta equivalente, con relación al sujeto procesal obligado a probar la falla del servicio, por ello, en primera medida:

*"En sentencia de octubre 24 de 1990, la Sala consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica" (Consejo de Estado, 2001)*

Basados en dicha norma civil que consagra que *"la prueba de diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*, por ende, se logra la inversión de la carga de la prueba fundamentados en el derecho común (Consejo de Estado, 1990).

Luego, la presunción de falla en la prestación del servicio médico que se acogió en 1990, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992 con Ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, pero con una fundamentación jurídica diferente, que hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales –galenos y expertos de la medicina en general-, dado su *"conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta"*, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos, en la presente providencia, enseñó el Consejo de Estado (1992) que:

*"se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que*

*por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios... resultaría más beneficioso ... si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan."*

Sin embargo, vale la pena reiterar, que no se puede creer que falla presunta es equivalente a un régimen objetivo, porque es necesario aclarar que la aplicación de dicho título jurídico de imputación a un caso, no nos ubica necesariamente en dicho régimen, sino que aún en el régimen subjetivo es el accionado quién debe probar la diligencia y cuidado debidos, ya que existe la urgencia de hallar o descartar en un defecto de conducta del ente estatal, igualmente, la falla presunta debe ser considerada como un verdadera razón jurídica, que busca alejar a la responsabilidad médica de la probatio diabólica.

Al acercarnos un poco a nuestros días, nos encontraremos con la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, que sin ser un verdadero título jurídico de imputación se convirtió en un mecanismo procesal idóneo al sentir del Consejo de Estado para resolver el complejo dilema con respecto a la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica.

### **2.2.3 Carga dinámica de la Prueba**

La Constitución Política de 1991 establece dentro de los deberes y obligaciones lo siguiente: "ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta

Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; (...)”, es así, como el anterior precepto constitucional, es el sustento de la aplicación de la Carga dinámica de la prueba, teoría que sirve como sustento para:

*“casos en los cuales se alega una falla del servicio con ocasión de la actividad médica, se tiene, por regla general, en cuanto a la carga de la prueba, que al actor le incumbe demostrar la falla médica a menos que, por las especialidades características del paciente o del servicio, ello resulte extraordinariamente difícil para él, caso en el cual, a manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en que la regla que consagra resulta contraria al principio de equidad previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, como criterio auxiliar de la actividad judicial”. (Velásquez Gil y Velásquez Gómez, 2006)*

En muchos eventos el demandante podía ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, (Consejo de Estado, 2001) en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. En otras circunstancias no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia.

Debe resaltarse el carácter excepcional para la aplicación de la carga dinámica de la prueba, ya que, depende de cada

caso concreto y del sabio entender del juez o magistrado para determinar el sujeto procesal que está en mejores posibilidades para demostrar la eventual falla del servicio.

Sin embargo, con respecto a la carga dinámica de la prueba se encuentra que el momento en el cual se adjudica la obligación probatoria –carga de la prueba- es precisamente cuando el juez entra a proferir sentencia, es decir, el administrador de justicia define la obligación u *onus probandi* hasta el final del proceso, determinando igualmente quién estaba en mejores circunstancias para probar la falla en el servicio, se considera entonces, que el dinamismo probatorio puede ser violatorio del debido proceso que preceptúa la Constitución Política de 1991, ya que sería una “sorpresa” para un demandante que en la providencia que da fin al proceso contencioso administrativo, -ya sea en primera o segunda instancia-, se le informe que era él quien estaba obligado a probar la falla del servicio; quizá una opción que garantizaría mayor seguridad jurídica, aplicando la carga dinámica de la prueba, sería que en el auto de apertura de la etapa probatoria sea el juez contencioso quién indique desde ése preciso momento sobre quién recae la carga probatoria y no esperar hasta el fallo, pero nos encontraríamos con serias dificultades, porque hablaríamos del carácter rogado de la jurisdicción contenciosa y la intervención activa del juez en dicha etapa no sería posible.

El Consejo de Estado en (Consejo de Estado, 2011) pregona en “*diversas oportunidades –a partir del año 2006– un supuesto abandono de la teoría de las cargas probatorias dinámicas y de la falla presunta del servicio-*” es de resaltarse el supuesto abandono, con lo que se evidencia la forma como viene “vacilando” o “fluctuando” el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa en materia de la carga de la prueba, lo cual se ratifica con la aplicación de la denominada:

## 2.3 Falla inferida (FALLA POR INFERENCIA)

El concepto de falla inferida, es una postura igualmente nacida en el Consejo de Estado, que pretende considerar como aceptable (Ruiz Orejuela, 2010) la prueba de la falla del servicio a través condiciones que encierran la situación fáctica, es así como nos encontramos en una etapa que quizá no está muy definida temporalmente, dado que la jurisprudencia contenciosa aplica indistintamente las diferentes teorías, -podría, sin embargo, ubicarse en el año 2004 -, es así como:

*“el primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas)”. (Consejo de Estado, 2004)*

La falla por Inferencia, reviste grandes particularidades y se fundamenta, en instituciones de Derecho foráneo , tanto de tradición *civil law* como de tradición *common law*, encontrando aplicación a reglas como *res ipsa loquitur* del sistema anglosajón; prueba *prima facie* de origen alemán; falta virtual (*faute virtuelle*) del derecho de Salud en Francia; presunciones judiciales del Derecho italiano y del Derecho español; e inclusive, la misma jurisprudencia se ha referido al *Discovery Rule* igualmente del sistema anglosajón que es similar al *Auskunftspruch* alemán, a los cuales nos referiremos grosso modo por su relevancia dentro del estudio de la evolución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica.

Las reglas de Derecho extranjero, han sido consideradas por la doctrina (Parra Guzmán, 2004) una: *“verdadera aplicación de la responsabilidad objetiva, en la cual se facilita, por no decir se presume, en algunas situaciones el nexo causalidad”*. Sin embargo, nos apartamos de la anterior postura, ya que como se ha reiterado la presunción no nos lleva a ubicar a la

responsabilidad médica en el régimen objetivo, en la medida que en todo caso se habla de una falla del servicio, y la inversión de cargas o la presunción obedece exclusivamente a la complejidad del recaudo probatorio; por lo anterior, vale la pena estudiar los diferentes sistemas de "aligeramiento probatorio"; éstas reglas, son referenciadas tanto en la doctrina (Parra Guzmán, 2004) como en la jurisprudencia (Consejo de Estado, 2001) haciendo una remisión al libro "El régimen de la Prueba en la Responsabilidad civil médica" del profesor Calixto Díaz Regañon-García-Alcalá, es así como se encuentra:

### 2.3.1 Res ipsa loquitur

Las cosas hablan por sí mismas o los hechos hablan por sí mismos; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia, procede de los ordenamientos de *common law*; el demandante sólo tiene que probar el daño sufrido quedando a cargo del médico demandado la carga de probar no haber violado aquel; el hecho habla por sí como prueba de la culpa. No será necesario demostrar la negligencia del médico o de la entidad. (Consejo de Estado, 2011)

El *res ipsa loquitur* ha sido aplicado por el Consejo de Estado, y vale la pena, resaltar un caso (Consejo de Estado, 2009) en el cual La señora "Mónica" de 17 años de edad estaba embarazada y se puso al cuidado del I.S.S, en los exámenes se desconocía el tiempo de gestación, se ordenaron dos ecografías pero nunca se practicaron, la gestante entró en angustia porque aumentó bastante de peso, los médicos consideraron que el nasciturus se encontraba en postura atravesada, y ordenaron remisión para su cesárea, al practicar dicha intervención los galenos se llevaron la sorpresa que se trataba de unas trillizas en estado prematuro -24 a 25 semanas- que a pesar de ello nacieron con vida, pero su deceso se produjo el mismo día, por ello, el alto

tribunal aplicó esta regla del sistema anglosajón, por considerar que los hechos hablan por sí mismos.

### 2.3.2 Prueba prima facie

La teoría tiene su origen en Alemania y consiste en que (Parra Guzmán, 2004) *“el convencimiento del juez se trae de la máxima experiencia común”*, para el Consejo de Estado es otra forma de expresión para llegar a la afirmación de la culpa, es decir, consiste en una presunción judicial. (Consejo de Estado, 2011).

### 2.3.3 Falta virtual

La teoría francesa de *faute virtuelle*, (Consejo de Estado, 2011) se asimila a la presunción de culpa y algunos eventos se le suma la presunción de causa, porque cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal se está en presencia de un modo de prueba elíptico conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa. Ha sido admitida su aplicación en (Consejo de Estado, 2009) *“aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada”*.

Dentro de la falla inferida o por inferencia, tanto en España como en Italia se ha venido hablando de las presunciones judiciales cualificadas:

*“suavizando los criterios mediante los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que han adquirido inclusive rango legal y que se maneja en términos generales como una presunción judicial”*. (Luna Yerga, 2004)

Con relación al *Discovery Rule (Auskunftsanspruch)*, consiste en permitirle al demandante elevar una pretensión mediante la cual le solicite al demandado que aporte las pruebas con relación al

procedimiento o circunstancias que han materializado el daño, es decir:

“se trata de reconocer una posibilidad en cabeza del demandante de deprecar del demandado, la obligación de allegar al proceso todos y cada uno de los elementos que sirvan de ilustración al juez para que se tenga toda la información necesaria a efectos de establecer si existió o no responsabilidad en el caso concreto.”  
(Consejo de Estado, 2011)

Vistas las diferentes reglas de Derecho foráneo se puede concluir que son muy cercanas al sistema de falla presunta que se aplicó desde 1990 y 1992, es decir, buscan sin lugar a dudas, combatir la probatio diabólica, y aproximar el sistema a una verdadera presunción que alivie a la parte actora del recaudo de “pruebas de casi imposible obtención”, dado el carácter científico y técnico que reviste a la medicina, es así, como la doctrina y la jurisprudencia han buscado diferentes reglas que materialicen la igualdad con relación al onus probandi, en materia de responsabilidad médica estatal. Sin embargo, el Consejo de Estado no ha fijado de manera clara una postura en relación a procesos de reparación directa propios de su jurisdicción, en ese orden de ideas, es preciso observar los:

### **2.3.4 Fallos recientes y los elementos de la Responsabilidad del Estado**

Con relación a la evolución de la Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, es necesario analizar los elementos de responsabilidad extracontractual en sentido general, es así como se encuentra clásicamente un división tripartida a saberse: daño, nexo causal y falla del servicio; por ende, y ubicándonos en un fallo del 7 de febrero de 2011 con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio, en el cual se exige al demandante acreditar los tres elementos, con notable aplicación la falla probada del servicio (Consejo de Estado, 2011), a pesar

de lo anterior, el Dr. Enrique Gil Botero<sup>8</sup> y la Dra. Olga Melida Valle de la Hoz aclararon su voto, ya que consideraron que:

*“es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado - en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación – entendida esta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.”.*

Por otro lado, en la misma aclaración los consejeros se apartan de la ponencia en relación al aparente “sistema estático de falla probada” concluyendo de manera contundente, que en concordancia *“a este específico tópico toda vez que estamos convencido que la Sala debería retornar a un sistema de falla presunta, en garantía del extremo de la relación jurídica que no posee conocimientos doctos sobre los aspectos científicos que involucra la ciencia médica”.* Según esos argumentos se genera retorno a la falla presunta del servicio, se enfrentaría presuntamente la *probatio* diabólica, y se llegaría a un sistema de responsabilidad médica estable y con reglas claras que permitirían una atribución jurídica conforme a las exigencias de principios como el de legalidad y la seguridad jurídica propia de un Estado Social de Derecho.

<sup>8</sup> Al respecto puede leerse: FLEXIBILIZACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL: UNA REALIDAD NO ADMITIDA. Guzmán (2014) quien manifiesta que “Enrique Gil Botero, magistrado del CE, ha sido vehemente y crítico de la posición acogida mayoritariamente por la corporación. En varios salvamentos de voto (Consejo de Estado, 24 de enero y 7 de febrero de 2011), el magistrado ha dejado sentado que el análisis de la carga de la prueba en RME no puede partir de postulados inflexibles, y que se requiere conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio, para que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación. Ha sido enfático en demostrar la necesidad de línea jurisprudencial coherente sobre la carga de la prueba en materia de RME (Gil Botero, 2011, pág. 497).”

La dinámica de la sección tercera es innegable, pero es agradable encontrar en el mismo año 2011 (24 de marzo) un nuevo fallo, igualmente con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio (Consejo de Estado, 2011), ya con un esquema nuevo de responsabilidad del Estado, esto es, dejar atrás el esquema del daño, nexo causal y falla del servicio, para motivar las providencias con relación al daño antijurídico e imputación de conformidad al artículo 90 de la Constitución –siguiendo la aclaración de voto antes referenciada-, pero sin referirse en ningún momento al título jurídico a utilizarse, es decir, queda en el limbo lo relacionado con la carga de la prueba.

Enseña entonces el fallo (Consejo de Estado, 2011) que con la Constitución de 1991:

*“se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés”. También que con el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento el daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. “Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado”.*

### 2.3.5 Sentencia de Unificación en materia de responsabilidad médica

Una de las mayores establecidas por el CPACA es justamente los criterios de unificación mediante sentencias proferidas por parte del Consejo de Estado, es así como:

*“[...] de conformidad con el artículo 102 del C.P.A.C.A. «Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. (...)». De lo dispuesto en los artículos 270 y 271 del C.P.A.C.A. se establecen cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, así: - Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia. - Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios. - Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996. Respecto de las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del C.P.A.C.A. prevé que las puede proferir: (i) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. (ii) Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso. En el asunto objeto de estudio, este Despacho observa que las sentencias respecto de las cuales se solicita la extensión de sus efectos no cumplen los presupuestos legales antes indicados para que proceda el trámite y estudio de la solicitud” (Consejo de Estado, 2013).*

Dándole pleno cumplimiento a los objetivos específicos del presente trabajo, se hace necesario observar el análisis de

Sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por el H. Consejo de Estado con expediente. 28804, M.P. Stella Díaz del Castillo, que tuvo como circunstancias relevantes las siguientes:

1. El día 13 de julio de 1999, la señora Amparo de Jesús, sufrió de intensos dolores de parto, como resultado de nueve meses de embarazo.
2. Como consecuencia de ello, junto con su compañero permanente se dirigieron a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Lorica
3. En un primer diagnóstico se manifestó que la paciente no había entrado en trabajo de parto, sin que para tal afirmación se hubiere practicado examen alguno. El médico que atendió a la paciente ordeno que volviera a casa y que volviera nuevamente al día siguiente a las 8:00 a.m.
4. Al siguiente día, la paciente junto con su compañero se dirigió nuevamente al Hospital a las 6:30 a.m.
5. La entidad se negó a remitir a la paciente a la sala de partos y tampoco la remitió con un especialista; y en consecuencia ella y su compañero se vieron en la necesidad de acudir a urgencias por sus propios medios donde la paciente fue atendida por un médico general.
6. El mismo día siendo las 7:15 a.m. el médico general le informó que estaba dilatando.
7. Sobre las 7:30 a.m. el compañero de la paciente atendió el llamado que ella le hacía y al ingresar a la habitación observo un charco de sangre producto de la hemorragia que se había desatado en la paciente.
8. El compañero de la paciente salió en busca de ayuda; el médico de turno se limitó a manifestar que "esa hemorragia era normal".

9. Posteriormente y ante la insistencia y desesperación del compañero de la paciente, el médico de turno accedió a visitar la habitación donde ella se encontraba, y un minuto después ordenó la hospitalización en la pieza de maternidad.
10. Una vez hospitalizada, la paciente fue nuevamente abandonada a su suerte.
11. A las 4:50 p.m. del mismo día, la paciente se dirigió a la enfermera de maternidad y le pidió ayuda manifestando que no sentía a la criatura y que adicionalmente la hemorragia no cesaba.
12. La enfermera acudió a la doctora Mercedes Mangonez Rodríguez, quien después de examinar a la paciente infirió que posiblemente la criatura estaba muerta e inmediatamente buscó la intervención de un cirujano.
13. Como resultado de la operación practicada a la paciente, se salvó la vida de la misma, pero infortunadamente se extrajo el bebé sin vida.

Vista la anterior situación fáctica, el Consejo de Estado UNIFICÓ criterios en materia de Responsabilidad Médica en cuanto a aspectos relacionados con el derecho a la salud que tendrán incidencia directa en aspecto probatorios, en ese orden encontramos:

### I. Daño a la Salud como daño inmaterial

Para el H. Consejo de Estado y, como primera apreciación respecto del "(...) **daño inmaterial** derivado de la alteración de la salud psíquico física es una **categoría jurídica autónoma (...)**" como quiera que en su entender esta no puede ser subsumible dentro del concepto de *vida en relación*. (Subrayado y negrilla fuera del texto) (Consejo de Estado, 2014)

## II. Concepto de Salud a la luz de la Unificación Jurisprudencial

Respecto del concepto de Salud, para la sala resulta evidente el desarrollo jurisprudencial que ha significado el abandono del criterio limitado de la mera funcionalidad orgánica, para adoptar un concepto integral de salud definido por la Organización Mundial de la Salud como:

*“estado completo de **bienestar físico, psíquico, y social**, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”, definición que de contera implica un cambio de “concepción primordialmente **cuantitativa** en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción **cuantitativa** del daño objetivo (...)” que tiene implicaciones prácticas como la libertad probatoria (apertura definitiva del espectro probatorio) a la hora de determinar la gravedad de la alteración psicofísica. (Subrayado y negrilla fuera del texto) (Consejo de Estado, 2014)*

Este cambio de paradigma, en donde se le otorga una visión más amplia al daño a la salud, se debe entender como un concepto netamente cualitativo y de esa manera se permite que:

*“circunstancias de afectación a (sic) la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad” como el daño estético que muy difícilmente se considera constitutivo de incapacidad pueda ser considerado daño objetivo indemnizable. (Consejo de Estado, 2014)*

## III. Daño Temporal

No es de recibo para la Sala, considerar el *carácter permanente* del daño como requisito *sine qua non* para acceder al reconocimiento del perjuicio, como quiera que ello implicaría *“(...) que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible”* (Consejo de Estado, 2014). En concordancia con esta postura,

se abandona en igual medida la procedencia de indemnización únicamente en los casos que revistan una *gravedad suficiente* de las condiciones de existencia del afectado.

En adición se pone de manifiesto que la duración del daño resulta ser factor de especial importancia para la tasación del mismo.

#### IV. Intervenciones Quirúrgicas: Antijuridicidad

Debe entenderse que toda actividad quirúrgica además de suponer una alteración del cuerpo humano, genera una convalecencia que de forma concomitante implica limitación a la capacidad de realizar determinadas actividades.

Al respecto la H. Sala, aceptó como *jurídicos* los daños o afectaciones a la salud derivados de intervenciones quirúrgicas cuando “(i) son necesarios para evitar un mal mayor y (ii) son conocidos y aceptados por el paciente”. En igual sentido sostuvo, que la falta de necesidad o la necesidad derivada de causa imputable al prestador del servicio médico, *muta la naturaleza del acto quirúrgico*. (Consejo de Estado, 2014)

Reitera igualmente el máximo órgano de la jurisdicción Contencioso Administrativa que en adición el carácter indemnizable de los daños temporales derivados de la actividad quirúrgica en conjunto con aquellos de carácter permanente.

#### V. Literatura Científica: Criterio Hermenéutico del Material Probatorio

La apertura del espectro probatorio implica *per se* la acreditación de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello permita inferir su *naturaleza, intensidad y/o duración*; razón por la que se ha aceptado por la jurisdicción contenciosa la posibilidad del operador jurídico de “*acudir a la literatura científica para*

*complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso". Valoración conjunta que permite el conocimiento admisible del daño con base en el cual se calculará la indemnización del mismo. (Consejo de Estado, 2014)*

## **VI. Sobre el Daño a otros Bienes Constitucionales Protegidos y Medidas de Reparación Integral**

Se reiteró y se unifica por parte del Consejo de Estado estableciendo la *"posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos". (Consejo de Estado, 2014)*

Igual al respeto, el Consejo de Estado (2014) dijo que podrán ser reconocidas de manera oficiosa, siempre que se acredite dentro del proceso la afectación o vulneración de estos derechos especialmente amparados y podrán hacerse extensivas no solo a la víctima sino a su núcleo familiar más cercano (en atención a la relación familiar biológica, relación civil derivada de la adopción y de "crianza"). Estas medidas de reparación integral tienen como propósito:

*"reconocer la **dignidad** de las víctimas, **reprobar** las violaciones de los derechos humanos y concretar la garantía de **verdad, justicia, reparación, no repetición** y demás definidas por el derecho internacional". (Subrayado y negrilla fuera del texto) (Consejo de Estado, 2014)*

Finalmente, dentro de ésta unificación se plantean parámetros relacionados con la liquidación de perjuicios, es así como se obtiene mayor claridad en materia médica respecto a perjuicios inmateriales.

## VII. Liquidación de Perjuicios

### - Perjuicios morales

Como quiera que el daño moral resulta imposible de cuantificar por ser este de carácter inmaterial, se acude a la facultad discrecional del operador jurídico para su tasación, en atención a los parámetros fijados por la jurisprudencia de la corporación:

*“i) la indemnización se hace a título de **compensación**, mas no de restitución ni de reparación; ii) la tasación debe realizarse con aplicación del **principio de equidad** previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) la determinación del monto debe estar **sustentada en los medios probatorios** que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio y iv) debe estar fundamentada, cuando sea el caso, en otras providencias para garantizar el **principio de igualdad**”.* (Negrilla fuera del texto) (Consejo de Estado, 2014)

### - Daño a la salud y su indemnización

Al respecto, la sección reitera los criterios para tasar el monto de la indemnización en los siguientes términos, **i)** la indemnización *no* podrá (por regla general) exceder 100 S.M.L.M.V., en atención a la gravedad de la lesión y sujeta a lo probado dentro del proceso, **ii)** en casos excepcionales y solo cuando se pruebe mayor **intensidad y gravedad** del daño, podrá otorgarse una indemnización mayor que no podrá superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V.; evento en el cual el juez deberá motivar el quantum.

Tabla 2.

REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD		
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	INDEMNIZACIÓN – REGLA GENERAL (S.M.L.M.V)	INDEMNIZACIÓN - EXCEPCIÓN (S.M.L.M.V)
Igual o superior al 50%	100	Hasta 400 S.M.L.M.V
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	Hasta 400 S.M.L.M.V
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	Hasta 400 S.M.L.M.V
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	Hasta 400 S.M.L.M.V
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	Hasta 400 S.M.L.M.V
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	Hasta 400 S.M.L.M.V

Fuente: Consejo de Estado, 2014

La gráfica evidencia una preocupación del Consejo de Estado respecto al monto de la indemnización del perjuicio inmaterial a la salud, sin embargo, es cuestionable que se pretenda tasar de esta manera cuantitativa los perjuicios aún más cuando dentro de la misma providencia relatada se unificó un criterio amplio del daño a la salud en donde se deben involucrar necesariamente perjuicios de orden físico, psíquico, y social, que en el caso de estos dos últimos resultan siendo cualitativos y la gravedad de lesión no puede valorarse en términos porcentuales como lo pretende el Consejo de Estado, ya que contradice igualmente el sentido de su sentencia de unificación.

## 2.4 Corte Constitucional: El Derecho a la Salud como Derecho Fundamental y su Protección Constitucional

El Derecho a la salud y la responsabilidad médica ha desbordado el ámbito de lo contencioso administrativo y es así como la Corte Constitucional ha establecido criterio novedoso que influyen directamente a la hora del estudio de estas temáticas.

En la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional estableció el ámbito de protección constitucional del derecho a la salud e igualmente ha resaltado como ya lo había venido haciendo la misma, el principio de autonomía del derecho a la salud precisando lo siguiente:

*“En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal. (Corte Constitucional, 2014)”*

Igualmente, de evidencia una preocupación por parte de la Corte Constitucional colombiana que determina el espectro del Derecho a la Salud, lo cual incide de manera evidente dentro de lo contencioso administrativo, en la medida que se reitera el paso de lo cuantitativo a lo cualitativo respecto a los daños a la salud, bajo los siguientes términos:

*“son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’,*

*cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.<sup>13</sup> Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.<sup>14</sup> La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.” (Corte Constitucional, 2014)*

## **2.5 La Salud como concepto integral se compone no solo de Aspectos Físicos sino también Psíquicos, Emocionales y Sociales**

Si bien es sabido y precisado por la Corte Constitucional (2014) que la salud tiene íntimas conexiones con la posibilidad de llevar una vida digna. Igualmente son las entidades prestadoras del servicio de salud quienes tienen el deber de garantizar la protección del paciente en todos sus aspectos, ya sea físico, funcional, psíquico, emocional y social.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-780 de 2012, haciendo una reiteración y explicitando el campo de aplicación y protección del derecho a la salud indicado que:

*“El derecho fundamental a la salud está conformado por varios componentes, dentro de los cuales está la salud mental”, sobre el cual, ha considerado que “la afectación a la salud mental y psicológica de una persona, no compromete solamente el*

*disfrute de sus derechos fundamentales, sino que tiene un impacto directo en la sociedad en general y en su familia.” Y por tanto “que “en los casos de peligro o afectación de la salud mental y psicológica de una persona no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad.” (...) “En este orden de ideas la protección constitucional del derecho a la salud tiene fundamento, principalmente en su inescindible relación con la vida, entendiendo ésta como “la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable.” (Corte Constitucional, 2008)*

Considera igualmente la corporación Constitucional que, atendiendo a los principios constitucionales de la carta jurídico-política de 1991, señalando la imposibilidad de desligar a la persona y dividir su dimensión física, psíquica y social.

Señaló la Corte Constitucional (2014) señalar que la salud guarda estrecha relación el libre desarrollo a la personalidad pues como se señalaba anteriormente la salud va más allá su ámbito meramente físico y se extiende a otras facetas de la persona, que lo vinculan con aspectos esenciales de la dignidad humana que inciden en el desarrollo integral del individuo.

Lo relacionado con el daño a la salud se constituye como un acercamiento entre el derecho administrativo y el derecho constitucional colombiano suponiendo de esa forma la denominada constitucionalización del derecho de daños, que al entender de la doctrina:

*“La constitucionalización del derecho de daños y, por consiguiente, del sistema indemnizatorio de perjuicios –principalmente inmateriales- supone que respecto de esos bienes o garantías esenciales sea pertinente establecer criterios, instrumentos o mecanismos para su valoración y liquidación<sup>9</sup>” (Gil, 2014)*

Vista la anterior evolución relacionada con la carga en materia de Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico-asistencial, es prudente presentar las siguientes:

## 2.6 Disertaciones

Desde 1992 con el fallo del Consejo de Estado Daniel Suárez Hernández la jurisprudencia del Consejo de Estado con relación a la carga de la prueba en materia de Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial ha sido “fluctuante”, sin que se pueda encontrar un criterio unificado dentro de la misma sección tercera, por ello, la aplicación de teorías como la falla probada, la carga dinámica de la prueba, y la falla por inferencia -siendo ésta última muy cercana a la falla presunta- han tenido un desarrollo “casi” paralelo temporalmente hablando; es decir, vienen evolucionando conforme a la postura que tenga el Consejero Ponente.

La falta de un criterio unificado ha generado que el sistema se convierta en una probatio diabólica, con lo cual, se cree que la falla probada del servicio, dentro del esquema de imputación objetiva, conforme a la constitucionalización del Derecho Administrativo, sería la solución procesal-probatoria que brindaría mayor seguridad jurídica tanto para los sujetos en litigio como para el administrador de justicia.

<sup>9</sup> Respecto a la liquidación de la indemnización en Consejo de Estado ya ha fijado mediante unificación jurisprudencial los topes máximos a condenar.

Los fallos del Consejo de Estado son muy vacilantes, con relación a la carga de la prueba, por ello, se han aplicado distintas teorías traídas del derecho foráneo. Sin embargo, a pesar que parte de la doctrina considera que la falla probada en aplicación de la regla general de los artículos 177 y 1757 del C.P.C y del C.C. respectivamente es estática y ajena a los diferentes dificultades relacionados con la recolección de pruebas en materia de responsabilidad médica, pese a ello, dentro del contexto de la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, se abren alternativas probatorias para el sujeto demandante, lo que de contera genera una mayor técnica jurídica y esfuerzo probatorio que consolidan que la falla del servicio debe estar plenamente probada, desvirtuando así la presunción de la misma.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> En aras de continuar con el estudio riguroso en materia de los **AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO "La probatio diabólica"** ya ha sido publicado en la Revista "Principia IURIS N° 18" con ISSN 0124-2067, la presente conclusión parcial fue modificada.