

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA A
PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

MARÍA ESTHER MARTÍNEZ VELANDIA
LIZABETH REINEL ÁNGEL

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
TRABAJO DE GRADO

Resumen:

Con el presente trabajo pretendemos determinar el alcance de la responsabilidad médica según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, analizada desde la Constitución Política de 1991 hasta nuestros días, entendida como una dualidad entre obligación y derecho para los sujetos que intervienen en la prestación del servicio médico. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien quienes se encargan de ejecutar dicha prestación deben responder por la impericia, negligencia o indolencia profesional en el ejercicio de dicha actividad, no están obligados a garantizar la salud del enfermo. En lo que atañe a los usuarios, tal relación dual conllevaría de una parte el derecho a recibir la atención médica que requieren, de manera idónea, adecuada, eficaz e integral, y de otra, la responsabilidad de asumir los riesgos que implica la práctica de tales procedimientos.

Palabras clave:

Responsabilidad médica, daño antijurídico, falla presunta, falla probada, carga dinámica de la prueba, imputabilidad jurídica.

Tabla de contenido:

Introducción.....	p.2.
Problema de la investigación.....	p.3.
Objetivos.....	p.3.
Objetivo general.....	p.3.
Objetivos específicos.....	p.3.
Factibilidad.....	p.3.
Justificación.....	p.3.
Metodología.....	p.4.
Marco teórico.....	p.4.
Estado del arte.....	p.4.
Discusión.....	p.9
La doctrina frente al tema de la responsabilidad médica en Colombia....	p.20
Postura de la Corte Constitucional frente al tema de la responsabilidad médica en Colombia	p.20

Ámbito de responsabilidad del paciente al prestar su consentimiento para la práctica del consentimiento médicop.27

De la imputabilidad jurídica que le asiste a las entidades públicas por la actividad de sus contratistas médicos, respecto de los daños que llegaren a causar con ocasión de su ejercicio profesional.....p.32

Conclusiones.....p.33

Referencias.....p.34

0. Introducción:

La responsabilidad patrimonial del Estado por falla en la prestación del servicio médico asistencial es un tema que cada día cobra más vigencia. Por tal razón, la Corte Constitucional y específicamente el Consejo de Estado han desarrollado amplia jurisprudencia encaminada a dilucidar la problemática que genera esta situación y a darle una solución justa y equitativa, acorde con los parámetros que rigen nuestra Constitución Política y demás normas que regulan todo lo concerniente en materia de salud.

Cabe recordar que la medicina, como cualquier actividad humana, no es infalible, es decir no está exenta de caer en error. Sin embargo, tal posibilidad de equivocación conlleva una responsabilidad que, en tratándose de entidades públicas, el Estado debe asumir cuando se cumplen determinados requisitos, y en esa directriz, el personal médico que efectuó la mala práctica.

Téngase en cuenta además que el ejercicio de la medicina se encuentra a cargo de profesionales expertos en esa ciencia, quienes, en virtud del principio de la buena fe, deben actuar con el profesionalismo, cuidado, pericia, habilidad y disposición que requiere el ejercicio de una actividad dedicada a proteger la vida del ser humano.

Tampoco se puede perder de vista que la relación médico–paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido a realizar todos los esfuerzos que estén a su alcance para lograr la mejoría del paciente. Si bien la responsabilidad en el ejercicio de la medicina, en principio es de medio, el cuidado del enfermo se convierte para la institución estatal en una verdadera obligación de resultado, que exige del personal médico y en general de todas las personas que intervienen en la prestación del servicio a la salud, el máximo esfuerzo, con el fin de asegurar que el mismo se preste con una calidad máxima, como deber social del Estado.

En aras de dicha garantía, el Estado deberá propender porque, una vez demostrado que el daño sufrido por el paciente se debió a un acto médico predicable de la entidad estatal, y que ésta no obró con el cuidado, pericia y diligencia debidos, el afectado y/o sus parientes sean resarcidos económicamente a manera de contraprestación, sin perjuicio de la facultad de repetir contra el galeno que con su negligente actuar ocasionó el daño para que le restituya lo que debió pagar por su actuar culposos o doloso.

1. Problema de la investigación:

¿Cuál es el alcance de la responsabilidad médica en Colombia según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir de la Constitución de 1991?

2. Objetivos:

2.1 Objetivo general:

Determinar el alcance de la responsabilidad médica en Colombia desde la óptica de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir de la Constitución de 1991.

2.2 Objetivos específicos:

2.2.1. Analizar cuál ha sido la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica, desde la Constitución de 1991 hasta nuestros días.

2.2.2. Fijar cuál ha sido la postura de la Corte Constitucional frente al tema, dentro del mismo marco temporal.

2.2.3. Determinar el ámbito de responsabilidad del paciente al prestar su consentimiento para la práctica del procedimiento médico.

2.2.4. Examinar de qué forma opera la carga probatoria en materia de responsabilidad médica.

2.2.5. Establecer la imputabilidad jurídica que le asiste a las entidades públicas por la actividad de sus contratistas médicos, respecto de los daños que llegaren a causar con ocasión de su ejercicio profesional.

3. Factibilidad:

Consideramos que contamos con amplia bibliografía, atendiendo a que el Máximo Tribunal Administrativo ha proferido un considerable número de pronunciamientos relacionados con la responsabilidad médica, a los cuales tenemos fácil acceso. Así mismo, disponemos de los recursos y el tiempo necesario para investigar sobre el tema.

4. Justificación:

El presente trabajo nos permitirá efectuar una reflexión analítica y crítica sobre la responsabilidad médica en nuestro país desde la óptica señalada, con miras a adoptar una postura propia frente al tema.

5. Metodología:

La metodología que utilizaremos será de corte comparativo, analítico, reflexivo y socio-jurídico.

6. Marco teórico:

Dado que el objetivo principal de nuestro análisis gira básicamente en torno a abordar el alcance de la responsabilidad médica desde la Constitución de 1991, consideramos necesario definir algunos parámetros que servirán de ejes conceptuales sobre los cuales se apoyará el contenido de nuestra investigación.

En primer lugar, se entiende por responsabilidad médica, la obligación –en principio contractual- que tiene el médico, el personal paramédico y/o las entidades encargadas de prestar el servicio de salud, de cuidar la integridad corporal del enfermo.

Dicha relación implica un pacto entre las partes, que genera derechos y obligaciones recíprocas. En el caso de los profesionales de la salud, responderán por su actuar negligente, imperito e indolente en el ejercicio de la profesión. Así mismo, y como en esencia su obligación es de medio, no estarían en principio obligados a garantizar la salud del enfermo, pero sí a realizar todo lo que esté a su alcance en procura de su mejoría. En el caso de los pacientes, su derecho a recibir una atención médica, pronta, adecuada, idónea a integral no los exime de los riesgos que conlleva cualquier práctica médica.

En lo que atañe a la responsabilidad estatal, el artículo 90 de la Constitución Nacional establece una cláusula general, según la cual aquella se deriva del daño antijurídico producto de la acción o la omisión de las autoridades públicas. De lo anterior se desprende que para declarar dicha responsabilidad se requiere de dos presupuestos: 1) la existencia de un daño antijurídico; 2) Que el daño antijurídico –entendido como el provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar- le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad, como por ejemplo la falla del servicio, el riesgo excepcional, el daño especial, etc.

7. Estado del arte:

El desarrollo jurisprudencial surtido en el Consejo de Estado respecto de la responsabilidad médica del Estado, ha posibilitado la distinción de diferentes tesis que finalmente han desembocado en un reconocimiento del rigor científico, el cual conlleva incluso desproveer a los demandantes de la prueba de un nexo causal, cuando éste puede ser inferido con certeza por el Juez, de manera tal que pueda bastarle con alta probabilidad su existencia.

Vale anotar que, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico Colombiano una norma que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. Dicha responsabilidad se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial, a partir de la Jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con fundamento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema en el ámbito del derecho privado. Siendo precisamente a partir de dicha Constitución que se llenó el vacío normativo en ese punto, consagrándose en el artículo 90 del aludido compendio normativo que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

Con ese abrebocas, procederemos a continuación a explicar las tesis jurisprudenciales más relevantes, no sin antes aclarar que la declaratoria de responsabilidad médica a cargo del Estado se enmarcó durante mucho tiempo en un régimen subjetivo de responsabilidad, es decir en la falla del servicio en la cual predomina el elemento de la culpa y cuyo presupuesto necesario es que el ejercicio de la medicina conlleva pericia, cuidado, responsabilidad, probidad y un esfuerzo profesional limitado por la *lex artis*. En otras palabras, el galeno deberá hacer uso de todos sus recursos académicos, éticos y científicos con el fin de lograr el mejor resultado sin que pueda garantizarlo en tanto se trata de una obligación de medios y no de resultados. Por contera, la sola existencia del daño no lleva a presumir la falla del servicio.

No obstante la postura anterior comenzó a cuestionarse en algunos fallos, hasta llegar a la unificación de criterios con la sentencia de fecha 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, en la cual se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a la entidad pública demandada la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad. Así mismo, se conservó la exigencia al demandante de probar la falla hospitalaria por errores en la prestación del servicio y los daños derivados de tales irregularidades. En esa primera etapa el Consejo de Estado consideró oportuno aclarar que la responsabilidad civil que se demandaba de los entes hospitalarios públicos era de índole extracontractual, con fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política que define el servicio de salud como un servicio público a cargo del Estado, sea que este lo preste de forma directa o bajo su supervisión y control. Posteriormente, señaló que tanto la responsabilidad de los

médicos de las entidades públicas como las instituciones que tenían a su cargo la prestación del servicio de salud, sería de índole civil extracontractual frente al paciente.

En segundo lugar y no obstante seguir siendo la falla el elemento esencial de la responsabilidad estatal por la prestación del servicio médico, surgió la tesis de la falla inferida, la cual admitió que la falla del servicio fuera probada a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, y que permitieran al juez deducir la falla.

Posteriormente, surgió el régimen de la falla presunta, en el cual se invirtió la carga de la prueba en cabeza de la entidad demandada, bajo la presunción de un rigor científico en la prueba de la prestación médica que solamente el ente asistencial a través de sus médicos, podía explicar en juicio, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes que pudieran surgir en contra de sus procedimientos.

Tiempo después, el Consejo de Estado cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y determinó, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

Vale resaltar que las dificultades que afrontaron los demandantes en los eventos de responsabilidad médica y que a la postre motivaron la elaboración de los criterios jurisprudenciales y doctrinales tendientes a morigerar dicha carga, no solamente se manifestaron en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a este último tópico, se estableció que cuando resultara imposible arribar a la certeza o exactitud en esa materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la dificultad de acceder a los elementos probatorios que acreditaran dicha situación, bastaba con que el juez, a partir de los elementos de juicio suministrados por el interesado, llegara a un grado suficiente de probabilidad.

Debe advertirse además, que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño. Basta con establecer que la falla del servicio privó al paciente de la oportunidad de sobrevivir o de curarse, situación que ha sido definida por la doctrina como la “pérdida de una oportunidad”.

En la actualidad, la postura del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal médica es de naturaleza subjetiva. Esto es, que es la falla probada del servicio el

título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.

Recientemente el Consejo de Estado definió como criterios a tener en cuenta en materia de responsabilidad médica: 1. Que corresponde al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en que le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo. 2. El demandante deberá aportar la prueba de la relación de causalidad la cual podrá acreditar a través de indicios en las eventualidades ya indicadas. 3. En la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; 4. La valoración de tales indicios deberá ser muy cuidadosa, en la medida en que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan afectaciones en su estado de salud; y 5. El análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio.

A tono con lo expuesto, vale traer a colación la reciente postura consolidada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva. Es decir que el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria es la falla probada del servicio, de manera tal que el demandante deberá acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En tal sentido, advirtió la Corporación que para que pueda predicarse la existencia de una falla en materia médica, es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con los estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica vigente para el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Así mismo, que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.

Por su parte la Corte Constitucional, como órgano de cierre, ha proferido una amplia gama de sentencias encaminadas a establecer los eventos en que el derecho a la salud debe primar, y la ocurrencia de la falla del servicio por la no prestación a cargo de las entidades del Estado. Es así que la Alta Corporación a partir de la sentencia T-845 de 2006 estableció el derecho a la salud como un derecho fundamental tutelable de manera directa, en virtud del cual la prestación de dicho servicio cobra relevancia Estatal, en tanto que se trata de una de las actividades que tiene a cargo y de la cual depende la garantía de la vida e integridad de los ciudadanos.

Específicamente el Estado cuenta con una red de hospitales e instituciones de carácter público, a través de los cuales asume los costos de la prestación del servicio de salud. En ese orden de ideas, las fallas que se presentan en el suministro de medicamentos, procedimientos y servicios médicos no sólo tienen incidencia a nivel constitucional sino que también acarrearán la posibilidad de generar un perjuicio susceptible de indemnización dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

De manera concreta, y atendiendo justamente a lo previsto tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, es plausible que en el desarrollo del deber prestacional que recae en cabeza del Estado se presenten demoras o inconsistencias por manejo deficiente, tardío o simplemente ausencia de prestación del servicio, y en consecuencia se configure el daño antijurídico de que trata el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Tomaremos una muestra de sentencias de la Corte Constitucional que abordan el tema de la responsabilidad médica extracontractual a cargo del Estado dado que nuestra propuesta investigativa se centra básicamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, por tanto se analizará lo que atañe al derecho del paciente en punto al diagnóstico como parte del contenido de su derecho a la salud, así como de la autonomía del mismo en torno a la práctica de procedimientos médicos, para luego abordar el consentimiento del cual es imperativo que sea previo, libre e informado.

Así mismo analizaremos la facultad que tiene el Juez Contencioso Administrativo en cuanto al establecimiento de la carga y valoración probatoria, y de la eficacia de los indicios como medios de prueba dentro de un proceso. En materia doctrinal, la responsabilidad médica sigue siendo considerada de medio y no de resultado, es decir que al médico no le asiste la obligación de garantizar la salud del enfermo, lo cual no lo releva del deber de brindarle toda la ayuda médica y el apoyo que el mismo requiera, en aras de la estabilización y/o recuperación de su salud. Dicha regla general, afirman los tratadistas, tiene particularidades en los casos de cirugía estética y plástica.

De la misma manera han coincidido en la trascendencia del consentimiento informado del paciente, sustentada en el respeto por la autonomía del individuo y la dignidad humana.

De otra parte, han recalcado que, en virtud del vínculo médico-paciente, las instituciones de salud deben actuar de manera cautelosa y brindar al usuario la atención y cuidados médicos que su estado de salud demanda, sin limitación alguna bajo la excusa de que su responsabilidad es de medio. En esa directriz, insisten en que el trasfondo de la

obligación de las entidades prestadoras de salud es de resultado, como también en que las instituciones deben ofrecer a sus usuarios un resarcimiento económico acorde al daño causado, señalando en lo tocante con las entidades estatales que éstas deben responder por el daños que sus médicos le irroguen a los pacientes, caso en el cual podrán repetir contra el funcionario público responsable de la mala práctica médica para que devuelva lo que pagó por su negligente, imperito o indolente actuar.

7. Discusión:

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico Colombiano una norma que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, en la Constitución que le antecedió - 1886- tan sólo vislumbraba una obligación genérica del Estado, de proteger a las personas residentes en el territorio Colombiano en su vida, honra y bienes. Dicha responsabilidad se concebía como una institución de origen netamente jurisprudencial, a partir de las sentencias desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con fundamento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema en el ámbito del derecho privado.

No obstante, a partir de dicha Constitución se llenó el vacío normativo, al definirse en su artículo 90 un principio general de responsabilidad estatal según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Responsabilidad que se proyectó indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

En lo que respecta a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, inicialmente se manejó dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad denominado falla del servicio (no presunta), en el cual se exigía al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de su pretensión, en el entendido de que el ejercicio de la actividad médica conllevaba pericia, cuidado, responsabilidad, probidad y un esfuerzo profesional limitado por la *lex artis*.

En ese orden de ideas, la sola existencia del daño no llevaba a presumir la falla del servicio por cuanto la actividad médica comportaba una obligación de medio y no de resultado. Por consiguiente, la parte actora tenía la carga de demostrar: i) Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente porque no se prestó en condiciones óptimas, no solamente en infraestructura, sino en cuanto a personal médico y paramédico;

ii) Que la conducta irregular ocasionó daño al usuario y en ese medida comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y iii) La existencia de nexo causal entre los eventos señalados. A su turno, el galeno debería hacer uso de todos sus recursos académicos, éticos y científicos con el fin de lograr el mejor resultado, sin que pudiera garantizarlo por cuanto se estaba frente a una obligación de medios y no de resultados.

Dicha concepción comenzó a cuestionarse en algunos fallos tales como la Sentencia del Consejo de Estado proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo el 24 de octubre de 1990, dentro del expediente 5902, siendo Magistrado Ponente el doctor GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, en la cual se inició el viraje hacia la tesis de la falla presunta:

“... Aplicando los principios generales atrás expuestos por la Sala, debe decirse que si a la paciente no se le practicó aquel examen previo y si no se aprobó que se tomaron las precauciones previas y concomitantes indicadas por el mismo fabricante de la droga y por tratadistas en la materia y si tampoco se demostró cuál fue la dosis administrada, en principio y salvo prueba en contrario, que debe suministrar el deudor (la parte demandada), no pudo ser sino precisamente por falta de la diligencia y cuidados debidos o por fuerza mayor. En ausencia de la demostración sobre ésta, la conclusión a que hay que llegar no puede ser sino lo de que hubo falta de diligencia y cuidado, por parte de los agentes de la administración y concomitantemente, que se presentó una falla de servicio.

Es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que pueda ocasionar un daño que deberá soportar el paciente pues de ellos nos puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento. Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para cada caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo la falla un daño deba interferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento...”. (Consejo de Estado, 1990, Expediente 5902)

De manera consonante se pronunció la Corporación en la sentencia proferida el 24 de agosto de 1992, dentro del expediente 6754:

“... Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración sino sólo el daño antijurídico, produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad. La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende. En los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado. En estos eventos se mira más el daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial...”. (Consejo de Estado, 1993, Expediente 6754).

No obstante, la postura anterior comenzó a cuestionarse en algunos fallos, hasta llegar a la unificación de criterios con la sentencia de fecha 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, en la cual se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a la entidad pública demandada la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad. Así mismo, se conservó la exigencia al demandante de probar la falla hospitalaria por errores en la prestación del servicio y los daños derivados de tales irregularidades. En esa primera etapa el Consejo de Estado consideró oportuno aclarar que la responsabilidad civil que se demandaba de los entes hospitalarios públicos era de índole extracontractual, con fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política que define el servicio de salud como un servicio público a cargo del Estado, sea que este lo preste de forma directa o bajo su supervisión y control. Dijo la Sala en esa oportunidad:

“...Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar

aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula... contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general..., si en lugar de someter al paciente... a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren 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.

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento...”. (Consejo de Estado, 1992, Expediente 6897).

De acuerdo con el planteamiento anterior, se entendió que en los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiera a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad.

Tiempo después el Consejo de Estado cuestionó la aplicación de la presunción de la falla del servicio y determinó, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

Como ejemplo de dicha posición, se trae a colación la sentencia proferida el 10 de febrero de 2000, dentro del expediente radicado bajo el número 11.878, cuyo acápite pertinente se transcribe a continuación:

“... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio...”. (Consejo de Estado, 2000, Expediente 11.878).

En igual sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2004, dentro del expediente 14.421, se pronunció de la siguiente manera:

“... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”. (Consejo de Estado, 2004, Expediente 14.421).

En esa oportunidad la Colegiatura hizo una excepción atinente a que, cuando la carga probatoria atribuida al demandante resultara excesivamente difícil o prácticamente imposible y por consiguiente se tornara excesiva, se invertiría la carga probatoria previa inaplicación del artículo 177 C.P.C. -que obliga a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado- por resultar el mandato allí contenido contrario a la equidad, prevista en el artículo 230 de la C.N., como criterio auxiliar de la actividad judicial.

Cabe anotar que la Corporación, en sentencia proferida el 22 de abril de 2004, dentro del expediente radicado bajo el número 14.212, precisó los siguientes criterios en materia de responsabilidad:

“(i) Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio...”. (Consejo de Estado, 2004, Expediente 14.212).

En el año 2006 se abandonó el criterio de la carga dinámica de la prueba, y se retornó a la falla probada del servicio. Las razones que dieron lugar a ese cambio se sintetizaron en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 31 de agosto de 2006, dentro del expediente 15.772, con ponencia de la doctora Ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO:

“... Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa...” (Consejo de Estado, 2006, Expediente 15.772).

Lo trascendental de esta sentencia radicó en que el Consejo de Estado señaló la necesidad de acudir a los medios probatorios existentes con el fin de demostrar la falla en la prestación del servicio público. Particularmente resaltó la importancia de los indicios en aquellos casos en que dichos medios indiquen que un procedimiento médico arrojó resultados contrarios a los que se esperaban, o cuando el ente demandado se niegue a aportar elementos probatorios cruciales en la determinación de la falla del servicio, o cuando de los mismos dictámenes se evidencie irregularidad en el servicio médico.

En la misma anualidad la Magistratura, a través de las sentencias del 11 de mayo (Exp. 14.400) y del 26 de marzo (expedientes 14.400 y 16.085) admitió la posibilidad de

demostrar la relación de causalidad entre el daño y la presunta falla del servicio por medio de indicios, aclarando que por tratarse estos de una prueba indirecta, éstos debían ceder en importancia ante la prueba directa como por ejemplo un dictamen pericial en el que se acredite que la muerte de un paciente se debió a causas naturales y no al procedimiento médico cuestionado.

En el año 2008, La Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 26 de marzo de dos mil ocho (2008), expediente 16.085, determinó que el régimen de responsabilidad aplicable esencialmente radicaba en que la parte demandada debía probar el daño, la falla y el nexo causal. Aclaraba, no obstante, la admisibilidad de presentar indicios para demostrar tales presupuestos. Específicamente señaló:

“... a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos...”. (Consejo de Estado, 2008, Expediente 16085).

En el año 2009, específicamente en sentencia del 13 de mayo, dentro del expediente 15.033, la Sección Tercera de la Corporación corroboró el criterio anterior en cuanto al juicio sobre la demostración de los elementos de responsabilidad. Dijo en esa oportunidad:

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

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual si bien para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, en la mayoría de los casos resulta idónea la prueba directa, esto es, el dictamen de expertos, también es posible en muchos eventos llegar a la certeza sobre la existencia de dicha relación a través de indicios, para cuya construcción es necesaria la aplicación de reglas de experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico.” (Consejo de Estado, 2009, Expediente 15033).

La interpretación anterior fue reiterada por el Consejo de Estado en sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20.157, señalando que la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal corresponde exclusivamente al demandante, exigencia que se atenúa con la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos, a través de indicios.

Manifestó la Corporación en esa oportunidad:

“... La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado no original).

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad

o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, 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 probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”³⁴, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”³⁵, que permitían tenerla por establecida.

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

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso”. (Consejo de Estado, 2013, Expediente 20.157)

El 27 de abril de 2011, la Sección Tercera de la aludida magistratura profirió un fallo en el expediente 20.502, con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, declaró la responsabilidad médica del Estado por omisión en la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud requerido por un paciente, de tal suerte que el esquema de responsabilidad entendido como la verificación de un daño antijurídico y la comprobación de causalidad entre éste y la actuación de la entidad estatal no tuvieron ninguna relevancia.

Cabe advertir que los criterios jurisprudenciales orientados a moderar la carga de la prueba para los demandantes, también se manifestaron no solamente se manifestaron respecto de la relación de causalidad, determinándose que cuando fuera muy difícil o imposible arribar a la certeza en la responsabilidad, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la dificultad de acceder a los elementos probatorios que acreditaran dicha situación, bastaba con que el juez, a partir de los elementos de juicio suministrados por el interesado, llegara a un grado suficiente de probabilidad.

Probabilidad que el autor RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ en su obra “Algunas reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid. Ed. Civitas S.A. 1995. pág. 42, definió de la siguiente manera:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante” (Yagüez, 1995, p. 78,79).

El razonamiento expuesto se vio reflejado en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de febrero de 2011, dentro del expediente 34387, siendo Consejero Ponente el doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA:

“... En cuanto a la relación de causalidad. La Sala en sus precedentes viene sosteniendo que la regla general es que el demandante debe cumplir con la carga de probar le nexos causal, pero esta exigencia se flexibiliza, modera o morigera aceptándose la prueba indirecta, de manera que cuando la complejidad de los hechos, la dificultad de la aprehensión de los elementos de conocimiento y la capacidad para ofrecer el material probatorio lo evidencien, se permitirá acreditar la causa a partir de una probabilidad determinante...”. (Consejo de Estado, 2011, Expediente 34387).

En la actualidad, la postura del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal médica es la falla probada, aclarándose que ésta no solamente se estructura cuando se desconocen los postulados de la *lex artis* por descuido o negligencia del personal encargado de prestar el servicio médico, sino también, en algunos casos, cuando dicha actividad se ejerce en condiciones normales o adecuadas. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 22 de 2012, rad. 23132, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En cuanto a la responsabilidad de la carga de la prueba propuesta como uno de los objetivos a resolver en el presente trabajo, la misma es de índole subjetiva, siendo el demandante quien debe acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En tal sentido y para efectos de predicar la existencia de una falla médica, deberá acreditar por cualquier medio probatorio que la atención no cumplió con los estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica vigente para el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Igualmente, que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, es decir con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance. En el evento en que la carga de probar le resulte excesivamente difícil o prácticamente imposible, el funcionario encargado de resolver el caso acudirá necesariamente a la prueba indiciaria, sin perjuicio de que en un momento dado conceda de manera razonable preminencia a un medio probatorio que ofrezca una mayor contundencia en el esclarecimiento de los hechos que originaron el daño.

7.1. La doctrina frente al tema de la responsabilidad médica en Colombia:

Doctrinariamente, la responsabilidad médica es una obligación de medio y no de resultado. Por consiguiente, el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del paciente, pero sí de agotar todos los recursos científicos y humanos a su alcance, en procura de obtener su mejoría o en el peor de los casos, el alivio de su sintomatología, con el fin de hacerle más llevadera su crítica situación. Excepcionalmente la obligación es de resultado en el caso de las cirugías estéticas o las prótesis, en las que el médico efectivamente deberá obtener el fin a que se comprometió con su paciente. (Ruiz, 2003).

7.2. Postura de la Corte Constitucional frente al tema de la responsabilidad médica en Colombia:

La Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 90 la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de sus agentes, quienes con su actuación pueden generar responsabilidad de orden precontractual, contractual y extracontractual surgiendo por ende la obligación de resarcir el daño.

Dicha responsabilidad patrimonial del Estado se configura bajo la concurrencia de tres condiciones: el daño antijurídico o lesión, el cual se representa en un perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos, sin que tenga el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando el ente estatal no cumple con sus obligaciones bajo circunstancias de modo, tiempo y lugar previstas; y una relación de causalidad.

En ese orden de ideas la Constitución Política de Colombia en su preámbulo y en los artículos 1° y 2°, cimenta los postulados del Estado Social de Derecho mediante los cuales se le da especial relevancia a derechos como la vida y la dignidad humana y en ese entendido, las autoridades de la República están creadas para proteger los derechos de las personas y garantizar el goce efectivo de los mismos, así como para cumplir con los deberes sociales del Estado.

Es así como la Corte Constitucional, actuando en calidad de órgano de cierre encargado de la guarda de nuestra Carta Superior, se ha pronunciado en aras de velar por la protección de la salud, como un derecho fundamental tutelable de manera directa, en

virtud del cual la prestación de dicho servicio cobra relevancia Estatal, en tanto que se trata de una de las actividades que tiene a cargo y de la cual depende la garantía de la vida e integridad de los ciudadanos.

Sobre este particular la Judicatura señaló lo siguiente:

“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’ (Corte Constitucional, 2006, Sentencia T-845). Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.” (Corte Constitucional, 2004, Sentencia T- 736).

“Y en el entendido de que el derecho a la salud es autónomo, resulta procedente considerar también la autonomía del daño que se configura cuando se produce la lesión de alguna de las facultades que emanan del citado derecho, aun cuando no se demuestre la lesión del derecho a la vida y/o a la integridad personal, como ocurre en el caso concreto. “Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda... “(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud” (Corte Constitucional, 2006, Sentencia T- 845).

Y en otro pronunciamiento sostuvo:

“En definitiva, el Sistema de Seguridad Social en Salud, está diseñado de tal manera que en desarrollo de los principios, valores, derechos fundamentales y los deberes del Estado y de la sociedad, tengan acceso al mismo, no solamente las

personas que tienen capacidad de pago, sino aquellas que no la tengan, pero que igualmente se les debe garantizar el ejercicio de sus derechos, sin que el hecho de no contar con recursos económicos o que debido a su precaria situación económica se convierta en un obstáculo o en un elemento de discriminación a tal punto que por tal motivo se impida el acceso a la salud y con ella el pleno goce del derecho a la vida en condiciones de dignidad” (Corte constitucional, 2006, Sentencia T-845).

Es decir que, entratándose de la prestación del servicio público médico-hospitalario, el estado asume una carga especialísima de protección, encaminada a que todas las personas tengan acceso al mismo en condiciones óptimas, por cuenta de personas con los conocimientos y calidades profesionales, científicas y técnicas que brinden soluciones efectivas a las situaciones que se presenten relacionadas con el tema de la salud.

Con el fin de garantizar la protección de esos derechos, el Estado pone en marcha el engranaje del Sistema de Seguridad Social, para lo cual hace uso de una gran red de hospitales e instituciones de carácter público, a través de los cuales asume los costos de la prestación del servicio de salud tanto para las personas que pertenecen al régimen contributivo, como para las que por contar con escasos recursos económicos se encuentran adscritos al régimen subsidiado.

Así las cosas, las fallas que se presentan en el suministro de medicamentos, procedimientos y servicios médicos no sólo tienen incidencia a nivel constitucional sino que también acarrearán la posibilidad de generar un perjuicio susceptible de indemnización dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

No hay que olvidar que la garantía del derecho a la salud y particularmente, la prestación del servicio en condiciones óptimas es reflejo de un Estado Social de Derecho como el nuestro. Así lo planteó la Corte Constitucional al conceder una acción de tutela porque una entidad no suministró la prestación de un servicio médico alegando no tener adscrita a su red prestacional un centro especializado en cardiología intervencionista:

“... Advierte la Sala, que permitir que aflore justificaciones como la esgrimida por la entidad demandada es una forma de desdibujar el concepto de Estado Social de Derecho,

donde cabe la pregunta que la doctrina plantea “¿Ante las transformaciones materiales del mundo es necesario modificar nuestra ideas y presupuestos morales?” (Arango, 1994, p. 63), o en otras palabras, ante la evolución de la sociedad post-moderna, del progreso técnico y científico, del papel del Estado, de la reformulación de las prestaciones debidas, no cabe exigir a la administración pública contar con la capacidad para armonizar y actualizarse progresivamente, de tal manera que no quede limitada su actividad a un rezago del anacronismo, lo que en materia de salud supone simplemente la insuficiencia en los medios, herramientas y preparación de todo el engranaje del servicio de salud como acto complejo.

A lo que se agrega, admitir el argumento de la entidad demandada sería como permitir que opere un argumento contra la justicia distributiva que debe operar en el marco del Estado Social de Derecho, en donde la garantía de los derechos no puede condicionarse a qué regiones o zonas del país cuentan con los centros especializados, o los servicios médicos para la atención de enfermedades, afecciones o dolencias que como las coronarias son de alto riesgo, porque sería condenar a los ciudadanos de las mismas a su suerte, asegurándose un desenlace fatal, como el que se produjo en este caso con la señora Salazar de Agudelo. En ese sentido el precedente de la Corte Constitucional enseña:

“... la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al estado a intervenir – dentro del marco institucional- para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud”.

“Para la Sala, es necesario reforzar el alcance de la obligación de medio que en la actividad médica es exigible, acompañarla o armonizarla a los progresos científicos, técnicos, terapéuticos y médicos, porque de lo contrario sería admitir que dicha obligación comporta para el propio paciente un álea insuperable. En el lenguaje de los derechos, se ha sostenido que aceptar la falta de capacidad en la prestación o la responsabilidad del propio paciente, derivaría en la ocurrencia de un “daño inminente a la persona, consistente en su exclusión de los beneficios del progreso y en la condena a la marginalidad social”. (Corte Constitucional, 2001, Sentencia ST-889).

De manera concreta, y atendiendo justamente lo previsto tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, es posible que en el desarrollo del deber prestacional que recae en cabeza del Estado se presenten demoras o inconsistencias por

manejo deficiente, tardío o simplemente ausencia de prestación del servicio, y en consecuencia se configure el daño antijurídico de que trata el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y como consecuencia surja la responsabilidad médica extracontractual a cargo del Estado.

Dicha responsabilidad médica del Estado se puede presentar incluso en la primera fase de identificación de una enfermedad o cualquier otro estado de salud, es decir, en el diagnóstico mismo como derecho del paciente y parte del contenido de su derecho a la salud, así como de la autonomía del mismo en torno a la práctica de procedimientos médicos.

El diagnóstico entendido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser” (Corte Constitucional, 2009, Sentencia T-717).

Acerca del diagnóstico, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

“Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al diagnóstico otorga a su titular –paciente-la facultad de exigir a su Empresa Promotora de Salud –sea del régimen contributivo o subsidiado-“(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente,(ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”. (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T- 452).

De esa manera, el diagnóstico se encuentra enmarcado en los niveles básicos de protección del derecho a la salud, por cuanto sin un diagnóstico no podrá el paciente iniciar un tratamiento con miras a recuperar o aliviar su estado de salud. En ese entendido es imprescindible que el diagnóstico sea oportuno, completo y de calidad.

En sentido contrario, serán violatorias de este derecho conductas como las que en la misma sentencia se enuncian así:

- “(i) Cuando la Empresa Promotora de Salud o su personal médico rehúsan o demoran la emisión de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente (...)
- (ii) Cuando la Empresa Promotora de Salud, con base en razones financieras – exclusión del POS-, administrativas o de conveniencia, niega al paciente la práctica de un examen o se rehúsa a autorizar la remisión al especialista a pesar de haber sido ordenadas por el médico tratante adscrito a la misma (...).
- (iii) Cuando la Empresa Promotora de Salud se niega a autorizar las prescripciones – exámenes, remisión al especialista, medicamentos o procedimientos médicos- dadas por un médico no adscrito a la misma, precisamente por no haber sido emitidas por personal médico propio...” (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T- 452).

No obstante y dada la estructura de las empresas prestadoras de servicios de salud de orden estatal, la elevada demanda de usuarios, y la falta de recursos humanos y económicos, entre otros factores, hacen que no se satisfagan total ni oportunamente las necesidades de los pacientes y que por tanto el Estado entre a responder por la acción u omisión de sus agentes, por carencia de un diagnóstico oportuno que a la postre puede resultar en un perjuicio irremediable para el paciente.

En materia de diagnóstico, el Máximo Tribunal Constitucional, en la misma providencia, identificó diversas limitantes para el paciente entre las que se enuncian a continuación:

- “... (i) deban someterse a meses de espera para acudir a un especialista, (ii) vean limitadas sus posibilidades de acceder a una o varias opiniones médicas en relación con su estado de salud, y (iii) se encuentren ante situaciones en las que a pesar de necesitar atención de urgencia, no les sea proporcionada debido al largo procedimiento interno que debe desplegarse en la entidad. Dentro de este contexto, se ven obligados a acudir a médicos particulares, no adscritos a dichas empresas, y en general a opiniones médicas ajenas a las formalidades exigidas, tanto por las empresas a las que se encuentran afiliados, como

por la misma jurisprudencia en materia de salud”. (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-359).

Otra de las aristas del derecho a la salud y que trataremos más adelante con mayor profundidad por constituir otro de los objetivos de nuestro trabajo, es el consentimiento del paciente, el que según lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-452 de 2010, surge como concreción de los derechos fundamentales a la autonomía, libertad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y pluralismo, éste último por cuanto “implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico”.

En último lugar y con respecto al establecimiento de la carga y valoración probatoria, y de la eficacia de los indicios como medios de prueba dentro de un proceso, en general la Corte Constitucional se remite a la Jurisprudencia del Consejo de Estado y concluye que se debe discutir no sólo lo relativo a la distribución de la carga probatoria, en eventos en los cuales se pretende una reparación por daños causados por fallas en la prestación de servicios médicos, admitiendo los indicios para demostrar uno o más elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

No obstante, la Corte Constitucional explica la exoneración de Responsabilidad médica del Estado como el resultado de un análisis global y total de los medios de prueba válidamente incorporados al proceso, que no solamente de los indicios, así como de la concesión de una precedencia en su valor para los medios de convicción de orden científico y técnico.

Al respecto la Alta Corporación sostuvo:

“En cuanto a la pregunta por quién debe correr con la carga de probar la concurrencia o ausencia de estos elementos, o qué valor y eficacia deben tener los indicios como medios de prueba en cada proceso, la Constitución no prevé sin embargo en principio ninguna regla puntual. Por ende, el juez contencioso administrativo está en este contexto ante un margen de actuación dentro del cual puede, sin desconocer los derechos fundamentales, establecer criterios jurídicos razonables sobre distribución de cargas y valoración probatoria en función de diversos factores como por ejemplo la equidad, la dificultad de acreditar ciertos hechos, la jurisprudencia vigente, entre otros” (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T 064).

Así las cosas, la Corte Constitucional concluye que en casos iguales el Juez obedecer estrictamente el precedente existente en materia de Responsabilidad médica del Estado, es decir, preponderar la admisibilidad de los indicios en concordancia con el principio de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica, pudiéndose apartar de dicho precedente únicamente cuando hayan razones de peso que así lo permitan, verbigracia, una valoración de todos los medios de prueba que a la postre redunde en una conclusión global distinta de la obtenida al valorar únicamente los indicios y que con el respeto de las garantías fundamentales permita excluir válidamente la responsabilidad médica del Estado.

7.3. Ámbito de responsabilidad del paciente al prestar su consentimiento para la práctica del procedimiento médico:

El consentimiento del paciente para un tratamiento médico no es nada distinto a la obligación legal que tiene el médico de explicar a su paciente, en forma clara, completa y veraz, su patología y las opciones terapéuticas que tiene a su disposición, con amplia y detallada exposición de los beneficios y riesgos que conlleva su aplicación, a fin de que el mismo, ejerciendo su derecho a la libre autodeterminación,

El tratadista uruguayo JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS definió el consentimiento informado como un presupuesto de *lex artis* y por consiguiente como un acto clínico cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Preciso además que sólo el paciente es el titular de este personalísimo derecho, y que el mismo debe presentarse antes del acto médico y es revocable sin formalidad alguna. Así mismo, hizo énfasis en que si bien en la mayoría de los casos el mismo se manifiesta en forma oral, existe una marcada tendencia a documentarse por escrito, puntualizando que en estos casos la validez del consentimiento se extenderá hasta donde hay llegado la información (1999).

Ahora bien, para la Corte Constitucional el consentimiento informado es una manifestación del principio de autonomía individual. En esa directriz, todo paciente debe prestar su consentimiento para la realización de cualquier procedimiento médico, hospitalario o quirúrgico que demande su estado de salud. (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-900).

Sobre este tópico, señaló en la sentencia SU 337 de 1999 lo siguiente:

“...la decisión “debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica (...) que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica”. (Corte Constitucional, 1999, Sentencia SU 337).

De manera concordante, el Código de Ética Médica en sus artículos 1 y 15, señala que el médico pedirá el consentimiento del paciente para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que estime indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al mismo o a sus responsables de tales consecuencias de manera anticipada.

Ahora bien, el consentimiento del paciente requiere de ciertas características pues una simple autorización no legitima la intervención médica, por tanto resulta palmario que el consentimiento sea libre e informado; libre por cuanto debe ser voluntario y no estar viciado de engaño o sometido a coacción de ningún tipo; informado en razón a que el paciente debe obtener la información necesaria para tomar decisiones que atañen a su salud, no solamente del cuerpo médico sino del equipo de enfermería pues el código deontológico para el ejercicio de esta última profesión así lo exige.

Bajo tales parámetros, el consentimiento puede ser: (i) verbal, es decir aquel basado en el diálogo entre médico y paciente, el cual se erige en un principio ético del ejercicio de la medicina y ha sido una práctica consuetudinaria, no obstante las dificultades en su comprobación; (ii) escrito, el cual se ha convertido más en una exigencia pensando en la defensa judicial del médico; y (iii) aquel conocido como directivas anticipadas también llamadas testamentos vitales, consistentes en protocolos documentados muy comunes en aquellos casos en que los pacientes se someten a

tecnologías novedosas, asumiendo con ello el riesgo de perder su competencia para tomar decisiones en alguna de las etapas del acto médico.

Vale anotar que el consentimiento escrito es el más recomendado en intervenciones invasivas y de alto riesgo como biopsias, cirugías y procedimientos complejos, casos en los cuales forma parte integral de la historia clínica, lo que sin embargo no significa que sea una legitimación o exoneración de la culpa médica, cuando el acto médico no se ajusta a la *lex artis*.

En los casos de incompetencia del paciente para otorgar el consentimiento previo al acto médico, el galeno a cargo de su realización deberá acudir a quienes asumen la tutoría del paciente, en el orden legal cónyuge, hijos, padres, hermanos, abuelos, nietos, parientes hasta el tercer grado de consanguinidad en línea colateral, parientes afines hasta el segundo grado o en su defecto curadores legales.

De cara al consentimiento libre e informado como concreción de los derechos antes descritos, pero principalmente de la autonomía, se encuentra el deber que le atañe tanto al Estado y a los profesionales de la salud de cuidar la vida y proteger la integridad de las personas. En este punto pueden surgir conflictos por casos en los que un tratamiento puede no ser benéfico para un paciente, pero representar un avance científico de interés general, o que un paciente rehúse un tratamiento y el médico no estar de acuerdo por cuanto tiene conocimiento de que sin la aplicación del mismo eventualmente correría peligro la vida del enfermo.

Al respecto la Magistratura Constitucional, en un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales y principios bioéticos, determinó que cuando surja tal pugna, la balanza se debe inclinar indefectiblemente hacia la prevalencia de la autonomía del paciente resaltando que debe mediar el consentimiento idóneo del mismo. (Corte Constitucional, 2004, Sentencia T-762).

En este orden de ideas, el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 dispone que “el médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

Por su parte, el Consejo de Estado definió el consentimiento informado en la Sentencia proferida por la Sala Administrativa el 26 de marzo de 2014, dentro del expediente 26.660, con ponencia del Consejero DANILO ROJAS BETANCOURTH como aquel proceso que surge en la relación médico-paciente, en virtud del cual éste último expresa su voluntad y ejerce su libertad al aceptar o rechazar someterse a la práctica de un procedimiento médico, luego de haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto médico, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existen para remplazarlo, de ser el caso. (Consejo de Estado, 2014, Expediente 26.660).

Del mismo modo, estableció la sala en aquella oportunidad, que las intervenciones médica realizadas sin consentimiento informado constituyen una falla del servicio que genera un daño consistente en la vulneración del derecho del paciente a decidir, y en consecuencia responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico. Sin embargo, se presentan situaciones diversas que ameritan ser analizadas para no generalizar la respuesta judicial a circunstancias diferentes y aclarar el alcance de la responsabilidad por falta de consentimiento informado.

En otras palabras, considera la Colegiatura que el derecho de los pacientes a decidir sobre su cuerpo y su salud únicamente se satisface cuando se concibe el consentimiento informado en su concepción integral, es decir como un acto responsable de las circunstancias particulares de cada paciente y no como un formato genérico que aquel firma pero no especifica en qué consiste la intervención, los reglamentos del establecimiento hospitalario, las alternativas con las que cuenta el paciente de haber lugar a ellas, los riesgos previsibles y las secuelas de la intervención.

A tono con lo anterior, se trae a colación lo manifestado por la Corporación en la sentencia proferida por la Sección Tercera de la misma corporación el 24 de enero de 2002, rad. 12.706, siendo Consejero Ponente el doctor Jesús María Carrillo Ballesteros:

“... El consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico...” . (Consejo de Estado, 2002, Expediente 12.706)

Las anteriores consideraciones se tornan más que suficientes para deducir que solamente cuando el consentimiento informado reúne las características señaladas con antelación, el paciente adquiere responsabilidad. Cuando falta información sobre tales aspectos o la misma es deficiente, incompleta o confusa, surge la responsabilidad médica en cabeza del Estado.

Con todo, deberá establecerse en cada caso si las consecuencias derivadas de un acto médico no consentido son consecuencia del mismo, o del devenir propio de la patología presentada por el enfermo, último caso en el cual resultaría injusto derivar responsabilidad médica a la entidad estatal, en el entendido de que la actuación de los médicos, por regla general, siempre va orientada a salvar la vida del paciente, mejorar su salud o en el peor de los casos atenuar los síntomas de su enfermedad.

En lo tocante al consentimiento de los menores de edad, la Corte Constitucional en la sentencia C-900 de 2011, estableció las siguientes reglas:

“... En definitiva, (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de los derechos fundamentales de los menores de 18 años y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular y (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de 18 años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes...”. (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-900).

Frente la posible tensión que pudiese surgir cuando el niño no desea otorgar el consentimiento, la Corte precisó que, en cada caso, deberá efectuarse una ponderación de los principios en conflicto, el principio de autonomía según el cual el paciente debe consentir directamente el procedimiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio de beneficencia, consistente en que el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Así mismo, tomarse en consideración la urgencia e importancia

del tratamiento para la vida y/o salud del menor, su impacto y riesgo sobre la autonomía actual y futura del niño, y la edad del paciente.

Así mismo ha considerado que la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prima sobre la voluntad de su representante legal a objetar la realización de un procedimiento médico. En ese sentido, encuentra que la determinación de los padres o tutores a impedir la práctica de un tratamiento sobre la base de creencias religiosas deberá ceder a aquella que propugne por salvaguardar la vida y la integridad personal del menor, aún a costa de la voluntad de quienes ejercen su representación legal.

En cuanto al hermafroditismo, la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2014, definió las siguientes premisas frente al consentimiento informado del menor, las cuales resumiremos a continuación:

1. Por regla general, sus padres serán los encargados de expresar su consentimiento. No obstante, cuando los menores tengan la madurez suficiente, deberá prevalecer la voluntad informada de éstos. 2. El consentimiento sustituto parental debe ser cualificado y suficientemente informado en cuanto a riesgos, beneficios y otros tratamientos médicos alternativos. Este proceso se debe realizar con un equipo médico e interdisciplinario especializado. Igualmente, debe ser la expresión de una opción meditada y seria, y no obedecer a presiones externas ni estados de ánimo momentáneos. 3. El consentimiento sustituto no es absoluto en el entendido de que los menores están capacitados para tomar decisiones acerca de su propia salud máxime en determinaciones que influirán de manera determinante en su desarrollo futuro. En ese sentido deben ser escuchados en la decisión. 4. Los niños mayores de 5 años pueden tener suficiente autonomía para decidir si autorizan la realización de ciertos tratamientos. 5. El consentimiento sustituto paterno deberá matizarse cuando la operación a realizar en el menor no es urgente al no mediar riesgo para su vida e integridad, e igualmente, cuando éste ha superado el umbral crítico de la identificación de género y posee una clara conciencia de su cuerpo.

7.4. De la imputabilidad jurídica que le asiste a las entidades públicas por la actividad de sus contratistas médicos, respecto de los daños que llegaren a causar con ocasión de su ejercicio profesional.

Desde el Decreto Ley 150 de 1976 se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales de manera solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, tal determinación se circunscribió a la actividad contractual. Posteriormente, el Decreto Ley 01 de 1984 en

sus artículos 77 y 78, consagró la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena, pero no se constituyó una responsabilidad solidaria.

Posteriormente, la responsabilidad de los servidores públicos trascendió del campo legal al constitucional y dio lugar a su consagración en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el cual se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001 que estableció tanto los aspectos sustanciales como procesales de la acción de repetición, la cual puede definirse como aquella acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización, que debió reconocer a una persona en virtud de una condena judicial.

Cabe anotar que dicha acción es eminentemente indemnizatoria y su finalidad es la protección del patrimonio público.

En lo que atañe a la responsabilidad del servidor público, la misma es de carácter subjetiva al proceder exclusivamente en aquellos eventos en que el agente estatal actuó con culpa grave o dolo, en los eventos que dieron lugar a la condena del Estado.

En ese orden de ideas, los requisitos que deben acreditarse para que la acción de repetición proceda son los siguientes:

1. Que se condene a una entidad pública por el actuar de uno de sus servidores, ex funcionarios o agente en ejercicio de funciones públicas. 2. Que la entidad estatal haya cancelado los perjuicios al o los beneficiados, en los términos de la decisión judicial. 3. Que el comportamiento del funcionario que dio origen a la condena, se haya cometido con dolo o culpa grave, lo cual deberá estar debidamente acreditado. (Consejo de Estado, 2009, Expediente 35529.).

8. Conclusiones:

En lo que respecta a la responsabilidad médica se concluye por vía jurisprudencial que su régimen es de índole objetiva por falla probada. En lo que atañe a la carga de la prueba, el mismo es de carácter subjetivo, debiendo acreditar por cualquier medio probatorio que la atención no cumplió con los estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica vigente para el momento de la ocurrencia del hecho dañoso y que el servicio médico no fue cubierto en forma diligente. En el evento en que la carga

de probar le resulte excesivamente difícil o prácticamente imposible, el funcionario encargado de resolver el caso acudirá necesariamente a los indicios, sin perjuicio de que en un momento dado conceda de manera razonable preminencia a un medio probatorio que ofrezca una mayor contundencia en el esclarecimiento de los hechos que originaron el daño.

De manera similar, la Corte Constitucional concluye que en circunstancias similares a las planteadas en referencia, se debe aplicar el precedente existente en materia de Responsabilidad médica del Estado, es decir, la preponderancia de la admisibilidad de los indicios en concordancia con el principio de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica, salvo cuando exista una razón de peso que amerite de manera razonable optar por otro medio de convicción que brinde mayor certeza y confiabilidad en la determinación de la verdad procesal.

El consentimiento informado se satisface cuando se concibe en su concepción integral, es decir con información pormenorizada que ilustre sobre aspectos tales como en qué consiste el procedimiento terapéutico, las consecuencias, secuelas y riesgos del mismo, los reglamentos del establecimiento hospitalario y las alternativas con las que cuenta el paciente, de ser el caso.

Bajo ese contexto, solamente cuando el consentimiento informado reúne las características señaladas con antelación, el paciente adquiere responsabilidad. Cuando falta información sobre tales aspectos o la misma es deficiente, incompleta o confusa, surge la responsabilidad médica en cabeza del Estado.

En el caso del consentimiento sustituto y de llegar a existir tensión entre el menor y sus representantes legales, deberá efectuarse una ponderación de los principios en conflicto, esto es el principio de autonomía según el cual el paciente debe consentir directamente el procedimiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio de beneficencia, consistente en que el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Así mismo, tomarse en consideración la urgencia e importancia del tratamiento para la vida y/o salud del menor, su impacto y riesgo sobre la autonomía actual y futura del niño, y la edad del paciente.

9. Referencias:

Arango, R. (1994). “*Derechos, constitucionalismo y democracia*”. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Congreso de la República. (2011). “*Ley 1437 de 2011*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (1991). “*Sentencia Radicación 6253*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (1992). “*Sentencia Radicación 6255*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (1992). “*Sentencia Radicación 6477*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (1992). “*Sentencia Radicación 6654*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (1992). “*Sentencia Radicación 6754*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (1992). “*Sentencia Radicación 6897*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (1999). “*Sentencia Radicación 11169*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2000). “*Sentencia Radicación 11878*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2004). “*Sentencia Radicación 14421*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2005). “*Sentencia Radicación 14786*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2006). “*Sentencia Radicación 14400*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2006). “*Sentencia Radicación 15201-25063*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2006). “*Sentencia Radicación 15772*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2007). “*Sentencia Radicación 76001-23-31-000-1996-05556-01(16098)*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2007). “*Sentencia Radicación 76001-23-31-000-1996-05556 (16098)*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2008). “*Sentencia Radicación 15726*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2009). “*Sentencia Radicación 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529)*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2009). “*Sentencia Radicación 54001233100019930802501 (14726)*”. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado. (2011). “*Sentencia Radicación 16934*”. Bogotá, Colombia.

- Consejo de Estado. (2011). “*Sentencia Radicación 17001-23-31-000-1999-00695-01 (20636)*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2011). “*Sentencia Radicación 19125*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2012). “*Sentencia Radicación 22424*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2012). “*Sentencia Radicación 23132*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2013). “*Sentencia Radicación 20157*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2013). “*Sentencia Radicación 25.022*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2013). “*Sentencia Radicación 25000-23-26-000-1994-00061-01(16350)*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2013). “*Sentencia Radicación 25000-23-26-000-1996-12661-01 (27493)*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2013). “*Sentencia Radicación 31508*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2014). “*Expediente 26.660*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2014). “*Sentencia Radicación 30615*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2014). “*Sentencia Radicación 05001233100019903218-01*”. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (2014). “*Sentencia Radicación 25000-23-26-000-2000-01924-01 (26660)*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2015). “*Sentencia T-064 de 2015*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1999). “*Sentencia SU337 de 1999*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2001). “*Sentencia ST-889*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2004). “*Sentencia T-762 de 2004*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2004). “*Sentencia T-762*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2006). “*Sentencia T-845*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2006). “*Sentencia T-845*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2009). “*Sentencia T-717*”. Bogotá, Colombia.

- Corte Constitucional. (2010). “*Sentencia T-452*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2010). “*Sentencia T-452*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2011). “*Sentencia C-900*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2012). “*Sentencia T-359*”. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2015). “*Sentencia T-064*”. Bogotá, Colombia.
- Galán, J. (1999) “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”. *Revista Médica Uruguay*, 15, 5.
- Gómez F. (2007). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Ruiz, W. (2003). “La Responsabilidad Médica en Colombia”. *Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado*, (01), 45-60.
- Tafur A. (2010). Código Civil. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.