

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

**Aproximación jurisprudencial del Consejo de Estado en torno a la falla del servicio médico
y su desarrollo a partir de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso**

Artículo científico para optar por el título de profesional en Derecho

AUTOR

Adolfo Alexander Torres Damián

DIRECTOR

Diego Peña Peña

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2017

Tabla de contenido

RESUMEN	3
PALABRAS CLAVE	4
ABSTRACT	4
KEY WORDS	5
INTRODUCCIÓN	5
LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA	
A. Generalidades en torno a la carga de la prueba.....	8
B. Antecedentes y características de la carga dinámica de la prueba.....	9
C. Desarrollo teórico y ámbito de aplicación del Consejo de Estado. (Auto del Consejo de Estado del 6 de agosto de 2014 – Sentencia de constitucionalidad 086 de 2016. Aclaración de voto).....	10
RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA	
A. Algunas precisiones	15
B. Elementos constitutivos.....	18
I.- Daño.....	18
II.- Falla o falta en el servicio	19
III.- Nexo causal	20
REPORTE DE CASO DEL CONSEJO DE ESTADO POR RESPONSABILIDAD MÉDICA	
A. CONSEJO DE ESTADO Sentencia 38555 de 24 de octubre del 2016 No. de Rad. 63001-23-31-000-2001-00244-01 (38555) Caso médico-sanitario.....	21
CONCLUSIONES	24
BIBLIOGRAFÍA	26

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Aproximación jurisprudencial del Consejo de Estado en torno a la falla del servicio médico y su desarrollo a partir de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso

Adolfo Alexander Torres Damián

RESUMEN

Cuando se presenta un mal resultado en la actividad médica y las partes se ven inmersas en un juicio de responsabilidad médica, además de incertidumbre de la teoría aplicable en manos del juez; el paciente acude al juicio en posición de desigualdad al encontrar más impedimentos para integrar al litigio los elementos que en su convicción datan de la responsabilidad galénica. Es por esta razón que, el presente artículo plasma en sus páginas los elementos más relevantes de la responsabilidad médica en Colombia y la influencia que en ella se presenta con la puesta en marcha de la carga dinámica de la prueba que trajo consigo el Código General del Proceso.

Herramienta novedosa, que al unísono con los principios de un Estado Social de Derecho constituye en una carga constitucional que lejos de generar inseguridad jurídica, socorre a los pacientes en la demostración de los hechos con estrictos componentes científicos que, al desentrañar su verdadera naturaleza, concibe los derechos a la vida, a la salud, a la honra y al debido proceso de una mejor manera con la realidad jurídica y fáctica del entorno en el que se desenvuelve el acto médico.

PALABRAS CLAVE

Carga constitucional, teorías dinámicas, proporcionalidad, responsabilidad médica, debido proceso.

ABSTRACT

When a bad outcome occurs in the medical activity and the parties are immersed in a medical liability judgment, in addition of the uncertainty of the applicable theory in the hands of the judge; The patient goes to the trial in a position of inequality to find more impediments to integrate the litigation elements that in their conviction date from medical responsibility.

It is for this reason that this article presents in its pages the most relevant elements of galenic responsibility in Colombia and the influence that it presents with the implementation of the dynamic burden of proof brought about by the General Code Process. It is for this reason that this article presents in its pages the most relevant elements of galenic responsibility in Colombia and the influence that it presents with the implementation of the dynamic burden of proof brought about by the General Code Process.

A novel tool that, in unison with the principles of a Social State of Law, constitutes a constitutional charge that, far from generating legal uncertainty, helps patients in demonstrating the facts with strict scientific components that, when unraveling their true nature, conceive the right to life, health, honor and due process in a better way with the legal and factual realities of the environment in which the medical act unfolds.

KEY WORDS

Constitutional burden, dynamic theories, proportionality, medical responsibility, due process.

INTRODUCCIÓN

El interés por la responsabilidad médica, surgió de manera concreta en el momento que, la función jurisdiccional del Consejo de Estado, para dar solución a dichos casos; especialmente, antes de la implementación del Código General del Proceso, (ley 1564, 2012) aplicó principios de antaño, en el mejor de los casos incluyendo a un determinado precepto, disposiciones de flexibilización probatoria, desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia contemporánea, bajo los cuales, sin embargo, la carga de la prueba se conserva incólume en la parte demandante, esto es, en la mayoría de regímenes, a excepción de la falla presunta; en el cual se invierte de manera total la imperiosa carga de probar ya no en el paciente o sus familiares sino en el médico o institución demandada.

Teorías que, al enarbolar sus cimientos en pétreos polos extremos, se llegan a asemejar en lo insidioso de sus fundamentos, para colocar así, a la parte que corre con la carga de probar en un desequilibrio difícil de acortar.

Por todas las razones anteriormente esbozadas, el Código General del Proceso definió nuevos lineamientos en materia de la carga probatoria, instituyendo así, *la carga dinámica de la prueba*, cláusula imperativa que irrumpió el entramado jurídico, no debiendo ser ajena a dicha configuración legislativa, la manera en que se discurre la falla en la prestación del servicio de salud.

Es, por lo tanto, que los esfuerzos de esta investigación se concentran en el tema probatorio de la responsabilidad médica, es decir, la prueba de la falla en el servicio y la influencia que sobre ella ejerce la dinamización de la carga.

La metodología empleada fue la descriptiva y la analítica. Desplegándose en el primer capítulo la descripción del objeto, características, desarrollo teórico y ámbito de aplicación del Consejo de Estado de la carga dinámica de la prueba. Así mismo, se describe en el segundo capítulo, la naturaleza y el tipo de obligaciones de la actividad médica; para terminar este acápite con los elementos constitutivos de esta área. Luego, en el capítulo tercero y cuarto se realiza un análisis de una sentencia sobre responsabilidad médica, emitida por el Consejo de Estado posterior a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, de tal manera, que se pueda identificar si la teoría que la alta corporación ha empleado para solucionar el cuestionamiento, corresponde a la carga dinámica de la prueba, para terminar con las conclusiones y recomendaciones que se hacen del tema bajo estudio.

PROBLEMA

Enmarcadas las características del trabajo, se distingue que esta realidad probatoria al traste de encontrar lo verosímil de los hechos, genera a la postre múltiples vulneraciones de derechos fundamentales, puesto que al hablar de la parte en “mayor grado” de desigualdad real y judicial; al sopesar la relación paciente-médico, es el primero de ellos quien se constituye por razones de conocimiento en desequilibrio, lo que equivale, a decir que, el galeno debe conducirse con lo válidamente aceptado por la *lex artis* que resulta ser desconocida por el paciente; y éste como no comprende qué parte del acto médico posiblemente se desarrolló sin los requerimientos solícitos, que debe entregar dicha intervención, no le es posible probar de manera adecuada e idónea la responsabilidad. Por otra parte, en materia procesal es insoslayable la desigualdad en tanto que, el paciente se encuentra en la mayor de las veces anestesiado, sin saber de manera concreta y minuciosa la forma de operar del galeno quien al intervenir sobre la humanidad del paciente tiene así mismo, más fácil, la manera de aportar las pruebas al juicio. Con lo cual se distorsiona

el efectivo cumplimiento y guarda de los diferentes derechos fundamentales de los pacientes entre ellos la igualdad procesal y material, el derecho a la vida, a la salud, a la honra y al debido proceso. Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el problema consiste en ¿Determinar si se ha aplicado la carga dinámica de la prueba por el Consejo de Estado en la solución de los casos de responsabilidad médica?

OBJETIVO GENERAL

Definir la aplicación de la carga dinámica de la prueba como teoría empleada por el Consejo de Estado en la falla del servicio médico bajo el actual Código General del Proceso.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Determinar la tendencia de los casos observados en los cuales se aplica la teoría de las pruebas dinámicas.
- 2.- Analizar el impacto entre el artículo 167 del Código General del Proceso y la sentencia bajo estudio.
- 3.- Identificar la teoría de la carga de la falla del servicio que en materia de responsabilidad médica está aplicando el Consejo de Estado desde la entrada en vigencia del Código General del Proceso a la actualidad.

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

Generalidades en torno a la carga de la prueba

De manera usual, se ha entendido la carga de la prueba como la potestad otorgada a determinada parte en litigio, “por lo que resulta ser una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados” (Parra, 2004, p.204).

Así mismo, Couture (1958) indica que:

La carga funciona, diríamos, àdoubleface; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés. (p. 130)

Ahora bien, para la aplicación de una carga, resulta ineludible, como lo expresa la sentencia C-807 de 2009, determinar si aquella es ajustada a criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la normatividad constitucional (Corte Constitucional, Noviembre 11, 2009). Para lo cual, la corte en sentencia C-662 de 2004, precisó que es necesario indagar los siguientes parámetros; si la carga procesal está encaminada a un objetivo concurrente con la Constitución, si es apropiada para la consecución de dicho objetivo, y si hay una relación de congruencia entre la carga procesal y el objetivo buscado, de manera que no se restrinja duramente o en forma excesiva algún derecho constitucional (Corte Constitucional, Julio 8, 2004).

Antecedentes y características de la carga dinámica de la prueba

Oportuno resulta recalcar que, si bien es cierto, como lo sostienen muchos doctrinantes el origen y punto de partida del concepto de la carga dinámica de la prueba se toma en la Argentina, el albor teleológico es realmente en el siglo XIX en cabeza del filósofo y abogado Jeremy Bentham, quien formuló el algoritmo utilitarista de constituir a la parte que posee la facilidad de brindar un panorama probatorio más amplio en el “colaborador” principal del proceso para hallar justicia y equilibrio material. Este concepto sugiere que “la carga de exhibir la prueba en cada caso particular, debe ser impuesta a la parte que pueda hacerlo con menor inconveniente, esto es con menos demora, menos vejaciones y menos gasto” (Bentham, 1825, p. 151).

Cabe agregar respecto de la teoría de la carga dinámica de la prueba, las siguientes características (Serrano, 2012) ha señalado que, estas son:

- 1.- Es de aplicación excepcional; dado que no traslada de manera común y por completo la carga de probar, solo en virtud cuando esa parte, en el caso y para el caso concreto, su posición desentraña que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas, fácticas o económicas de probar.
- 2.- Provoca un desplazamiento parcial y no total del *onus probandi*, solo se varía de manera momentánea y para la comprobación de un determinado hecho la carga de probar; conservándose en la otra parte ese mismo compromiso de allegar lo que está a su alcance.
- 3.- La parte que se encuentra en mejores condiciones de probar suele estar en mejor situación para desvirtuar la prueba en su favor; dado que, por su posición de cercanía a la fuente de la prueba, le es más fácil demostrar su pretensión; tiene por esa misma razón todo a su alcance para dejar sin efecto jurídico toda aquella pretensión que se indilga contra esta.

4.- Con el advenimiento de esta teoría en el Código General del Proceso, se dejó atrás el status quo de una mendigada como precaria actuación jurisdiccional. Para ser remplazada por una intervención, en la cual, se pueda señalar de oficio o a petición de parte, el hecho que se debe probar y el momento para hacerlo.

Desarrollo teórico y ámbito de aplicación en Colombia del Consejo de Estado. (Auto del Consejo de Estado del 6 de agosto de 2014 - Sentencia de constitucionalidad 086 de 2016. Aclaración de voto)

En Colombia los investigadores (Velásquez & Velásquez, 2006) han señalado que el dinamismo de la carga probatoria, se encuentra plasmado en el artículo 95 de la Carta Política de 1991, recordando la importancia al ejercer de una manera responsable los derechos y libertades que se tienen por ser ciudadanos colombianos para que la administración de justicia funcione en debida forma. Incluso (Serrano, 2012) especifica que la carga dinámica de la prueba se subsume en el artículo 230 de dicha Carta Magna, pues allí se establece como criterio auxiliar de la actividad judicial el principio de equidad.

De modo similar, encuentra sustento legal en el Código General del Proceso en el artículo 4; que consagra el principio de igualdad según el cual el juez debe hacer uso de los poderes que éste código le otorga para lograr la igualdad real de las partes, “ello supone abandonar una visión estrictamente formalista de la posición de las partes en el proceso para hacer uso de las facultades oficiosas y restablecer el equilibrio o distribuir las cargas probatorias cuando las circunstancias así lo demanden” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-086 de 2016 (M.P.Jorge Palacio Palacio; Febrero 24 de 2016).

De manera directa, la encontramos en el artículo 167 del mismo cuerpo normativo, el cual, en su tenor literal, establece que, **según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a**

petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Con todo lo anterior se trata, de incorporar al proceso todo lo que se halle dentro de las esferas de dominio de las partes para vislumbrar la verdad real; sin que, para esto, se invierta la carga de probar sobre un contendiente en concreto o se exonere de hacerlo (Tamayo, 1993). En relación con lo anterior, Peyrano (2008) adiciona que:

Esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía en la imposibilidad de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad. (p. 638)

Concepto que ha sido abarcado y analizado, así mismo por el Consejo de Estado, empezando a construir fuertes criterios en torno a ella, tomando como punto de referencia la sentencia hito del 10 de febrero de 2000, la cual concluye que:

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar en cada caso concreto si estas 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.

La tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión. Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Proceso 11878(C.P. Alier Hernández Enríquez; Febrero 10 de 2000).

En posterior decisión judicial, consideró que la aplicación de la carga dinámica de la prueba procede:

En casos que la demostración de los hechos que estructuran la falla resulta prácticamente imposible para la víctima y los otros demandantes, dado que se trata de acreditar la realización de actividades cuyo contenido -referido al tipo de medidas aconsejables, al tiempo al que deben adoptarse, etc., y determinado por un acontecimiento técnico y científico propio de la actividad médica- es desconocido por ellos y que, además debieron llevarse a cabo cuando la primera se encontraba anestesiada y los segundos no estaban presentes. Es procedente, en estas condiciones, aplicar el principio constitucional de equidad, acudiendo, de manera excepcional, a la inversión del nivel probatorio, conforme a lo explicado en la primera parte de estas consideraciones. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Proceso 11605 (C.P. Alier Hernández Enríquez; Agosto 15 de 2002).

Con el trascurso del tiempo es indudable que, el Consejo de Estado no destina a los casos de responsabilidad médica, la carga dinámica de la prueba en su solución, aún con posterioridad de

la promulgación de la ley 1564 de 2012. De ahí que, el auto del 6 de agosto de 2014, al respecto señaló:

Todos aquellos aspectos no regulados en el CPACA iniciados con posterioridad al 1° de enero de 2014 ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberán resolverse a la luz de las normas del Código General del Proceso. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Agosto 6, 2014)

Y por el solo hecho, de esta providencia del máximo tribunal de cierre en materia contencioso administrativa, Rojas (2016) infiere que:

Con base en dicho pronunciamiento y teniendo en cuenta que la norma contenciosa administrativa como se dijo, acude a la norma procesal civil en temas de carga probatoria, se podía deducir que ya era aplicable por el consejo de Estado la regla establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012), precepto que trae como novedad la implementación de la Carga Dinámica de la Prueba. (p. 76)

Por último, el más reciente pronunciamiento jurisprudencial de la dinamización de la carga se tiene por la Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016 (M.P. Jorge Palacio Palacio: Febrero 24 de 2016) en la cual, la magistrada Gloria Ortiz Delgado en su aclaración de voto, consideró que:

Por regla general, aplica el principio del onus probandi, “[s]in embargo, este postulado no es absoluto por cuanto admite al menos dos excepciones que la misma ley contempla, a saber (i) **la carga dinámica de la prueba** y (ii) los hechos notorios y las afirmaciones y negaciones indefinidas.”

No estoy de acuerdo con el aparte resaltado, pues considero que la flexibilización de la carga de la prueba y su distribución entre las partes, no es siempre una excepción. En efecto, estimo que la carga dinámica de la prueba es la regla para los casos en los que el juez valore que ésta debe aplicarse, es decir, aquellos en los que las partes están en una situación procesal desigual le impone la redistribución de estas cargas.

Así pues, existen circunstancias que exigen que la regla (no la excepción), sea la carga dinámica de la prueba. Por ejemplo, en asuntos de responsabilidad civil médica, la Corte Suprema de justicia ha establecido lo siguiente:

“(…) [N]o es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellas donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis).

RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA

Algunas precisiones

Sobre este particular tema, si se quiere establecer las obligaciones del galeno frente al paciente es necesario determinar la naturaleza de la actividad médica. Y para ello observamos cómo en la antigua Roma se consideró obligatoria la intervención del Estado Romano reglamentando esta actividad por el gran sentimiento de inconformidad que estaban generando sus procedimientos; configurando con esta normatividad la responsabilidad del médico de una forma más clara y concisa, hasta el punto de considerarse como una ciencia.

Ante lo cual, el descontento de la gran mayoría de la comunidad médica no se hizo esperar, argumentando contra esto, que el contenido de su conocimiento no debería ser considerado como una ciencia sino más bien como un arte «el arte de curar»; siendo acatada con fundamentos que, sin pensarse constituiría más tarde el pilar de la irresponsabilidad galénica que por largo tiempo se arraigó en la humanidad. Posición que destruye toda idea de investigación y que reafirma la ejecución de actos con poco grado de conocimiento sin fundamento científico. Al lado de estos autores, encontramos los que consideran que la medicina es una ciencia y que debe ser considerada como tal, más aún; porque ella responde a un método de investigación respetuoso de principios organizados, ciertos y sistemáticos. (Cardona, 1987)

En este orden de ideas, después de una larga discusión milenaria, sería pertinente sostener lo indicado por el médico Ilizástegui(1985) el cual enseña, “por el momento es bueno decir que nada que se haga en la naturaleza puede ser totalmente arte o ciencia. Existe ciencia en el arte y arte en la ciencia” (p. 110). Con el fin de profundizar las anteriores palabras Vélez (1989) explica:

La medicina es el arte y la ciencia que cuida la salud del ser humano. Es arte porque debe efectuar acciones para cumplir sus fines, es ciencia porque se necesita un cúmulo de conocimientos para ejercerla. La parte artesanal es la exploración clínica, los exámenes complementarios, el hablar con el paciente; y la parte científica, técnica, es la aprendida por los libros y al pie de los maestros. (p. 99)

Por consiguiente, en el propósito de desentrañar las notas características y distintivas de la responsabilidad médica, después de las anteriores anotaciones en cuanto a la naturaleza de la actividad, asimismo; subyace sobre la esencia de la obligación médica igual importancia, de ahí que:

No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer “solamente lo que esté a su alcance”. Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no

alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina (Guzmán, Franco y Saavedra, p. 992).

Asimismo, el doctor y magistrado del Tribunal seccional de ética médica de Santander Alarcón-nivia (2015) comparte esta opinión:

Puesto que las enfermedades son el resultado de múltiples causas no lineales ni repetibles de igual forma en cada ser humano, el azar participa de manera importante no solo en la historia natural de la enfermedad, sino en el curso clínico de la misma y en los efectos de las intervenciones médicas y quirúrgicas. Así pues, la incertidumbre es inherente a la

enfermedad y a los eventos que son propios de una intervención médica o a los efectos tempranos o tardíos de la misma. (p. 37)

No obstante, si bien es cierto que la enfermedad se presenta de manera única en cada individuo - siendo un mundo entero por estudiar - tampoco se justifica según como lo indica Rodríguez (1981) que esta profesión “a su vez influye en el Estado al hacerle asumir sus propios criterios y concepciones de lo normal y anormal” (96).

Ante la situación planteada, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 175, numeral 7 párrafo 1; establece como requisito que, **cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción.** Bien hizo el legislador en instaurar esta carga al galeno o la institución prestadora del servicio de salud, erigiéndose en una verdadera muestra de la postura dinámica que debe asumir aquella parte de entregar y esbozar a los demás intervinientes del juicio; todo aquello que se halle dentro de sus posibilidades y campo de acción de manera clara y sucinta, que luego será objeto de controversia.

Y con el fin de forjar criterios de una mala práctica médica, se conviene considerar que esta se materializa, a través de, tres factores, el primero de ellos corresponde a la impericia, el segundo a la negligencia y por último la imprudencia especificado por Ruiz (2004). Por un lado, la impericia “implica un estado carencial de conocimientos y técnicas o habilidades” (Portero, 2001, p. 91). Por negligencia se entiende un acto mediante el cual se viola un deber de atención, cuando se está en capacidad intelectual técnica de preverlo (Guzmán, Franco y Morales, 1996, Introducción, 1).

Y, por último, la imprudencia, consiste en una acción precipitada que se consuma a sabiendas de haberse dividido consecuencias negativas sobre la humanidad del paciente.

En suma, respecto a la responsabilidad médica, Rodríguez y Borges (2008) la definen como “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos u omisiones cometidos en el ejercicio de la profesión y que estén jurídicamente previstos por la ley” (p.7).

Elementos constitutivos de la responsabilidad médica

Para configurar la responsabilidad del Estado, Rodríguez (2008) resaltó que “se requiere, en principio, que la actuación pueda calificarse de alguna manera de irregular”(p.505). Siendo necesario probar el daño, la falla del servicio y la relación de causalidad entre el primero y el segundo.

1.- Daño

El daño a la salud ha sido ampliamente disertado, unificado y aplicado por el Consejo de Estado, siendo meritorio señalar que el daño a este importante talante de la vida, es el que se verifica con el detrimento a la integridad psicofísica; que comprende todo aspecto psicológico, físico y sexual [entre otras esferas de la dignidad humana]. Por lo tanto, en cada ocasión en que se afecte algunas de las anteriores se estará violando el derecho fundamental a la salud, especificado por (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección Tercera, Septiembre 14, 2011)

Con esto en mente, el jurista Gil (2012) encontró lo siguiente:

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación. (Las sentencias gemelas de unificación en Colombia, 14)

2.- Falla en el servicio

Engeneral, en materia administrativa es necesario acotar que, cuando la parte accionada resulta ser un médico o entidad estatal, el elemento culpa es sustituido por el título de imputación denominado "falla del servicio". Sobre este concepto se entiende como:

El incumplimiento de las propias reglas de cada servicio, teniendo en cuenta que uno de los cometidos básicos de la administración pública es prestar los servicios públicos, será necesarios destacar, que cada servicio público contiene unos estándares o records mínimos de funcionamiento (Gómez, 2004, p.458)

Por ende, se configura, como lo anota el (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección Tercera, Octubre 24, 1990) en un servicio que la administración debía proporcionar sea por mandato legal, instituido en un reglamento o cuando de manera voluntaria, es decir, de hecho lo asume, y no lo efectúa o lo realiza de manera irregular en el espacio o en el tiempo.

Pero todavía más importante exponer que la responsabilidad médica no se enarbola por la falta de dispositivos infectibles para lograr la intervención, ni por la falta de personal idóneo en determinada sede, sino que se estudia el acto médico dentro del marco de las posibilidades de acción de cada institución (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Diciembre 14, 2004).

En conclusión, la conducta del médico y de la institución prestadora del servicio público de salud deben juzgarse bajo la lupa tanto de las normas que gobiernan la actividad como de la *lex artis* que, por lo cual, se deben hilar con las posibilidades fácticas y jurídicas atribuidas a esa determinada entidad, sin que ello sea óbice para justificar el quebranto a los cánones que rigen el acto médico.

3.- Nexo Causal

Sobre el tema en mención, el profesor Rojas (2007) delimitó que “la causalidad deriva en imputabilidad, es necesario imputar el hecho dañoso a un sujeto jurídico (Estado-funcionario público)” (p. 465). Elemento de difícil comprobación, para lo cual Martín (2012) cita que “es un aspecto al que se dará un gran valor en el dictamen pericial dada su trascendencia”

De ahí que, en ordenamientos jurídicos como España, Peces (2005) denota que:

El artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, recogiendo la práctica jurisprudencial, ha consagrado el principio favor probationis, al establecer que «el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio» (p. 11)

Por todo esto, siempre es necesario verificar el vínculo de causalidad apelando a las leyes científicas y a la estadística objetiva.

REPORTE DE CASO DEL CONSEJO DE ESTADO POR RESPONSABILIDAD MÉDICA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Sentencia 38555 de 24 de octubre del 2016
Radicación: 63001-23-31-000-2001-00244-01 (38555)
Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

Descripción general del caso

El menor Luis Muñoz López, el 30 de mayo de 2000, fue llevado por sus padres al Hospital San Vicente del municipio de Montenegro, Quindío, donde fue recibido con un diagnóstico de fiebre alta. Como tratamiento se le aplicó una ampolla de diclofenaco en la pierna izquierda, es decir, una inyección intramuscular. Al momento de aplicarla, el niño manifestó haber sentido un “corrientazo”. Cuando se autorizó su salida, el niño presentó una limitación en su pierna inyectada; sin más reparos por el médico tratante que unas flexiones y movimientos de esta pierna.

El menor ingresó nuevamente a dicho hospital 8 días después de la atención inicial, por cuanto continuaba con dificultad para caminar y apoyar la pierna, por esta razón el médico le indicó que sería remitido a neurología, pero finalmente le dio una orden para fisioterapia. Posteriormente, Luis

Miguel fue llevado a la Clínica Central de Quindío, donde fue atendido por el neurocirujano, quien le formuló algunos medicamentos, pero no obtuvo ninguna mejoría. El niño ingresó en dos nuevas ocasiones al médico, oportunidades donde persistía la misma sintomatología, ya el 5 de agosto de 2000, el especialista en medicina física y rehabilitación, anotó como cuadro clínico: “parestias y debilidad del miembro izquierda de 2 meses de evolución, la conclusión de este examen es: estudio compatible con lesión parcial de nervio ciático común izquierdo con importante compromiso axonal”. Ahora bien, en la oposición el Hospital San Vicente, propuso como punto central de su defensa los comentarios de la madre del menor al momento de ingresar al servicio de urgencias, quien indicó que su hijo había recibido tratamiento de inyectología en el glúteo afectado el día anterior en una clínica de Armenia y durante ese día el menor no caminaba.

Fundamentos de la decisión del A Quo

El Tribunal Administrativo de Quindío indicó que, según el análisis de la historia clínica, los exámenes realizados en la Clínica Central de Quindío, se adujo la existencia de la falla del servicio médico asistencial, fundamentando la existencia de la responsabilidad en el deficiente y negligente actuar del personal médico. Al igual, consideró que algunos de los perjuicios se produjeron en el Hospital demandado, conclusión que se extrae de los dictámenes de medicina legal.

La impugnación

Indicó que el Tribunal resolvió declarar la falla del servicio, sin tener en cuenta el ingreso del menor Luis Miguel Muñoz al hospital en brazos de su madre (lo que implica que no lo hizo por sus propios medios) sin poder verificar si podía caminar o con qué grado de dificultad lo hacía.

Al igual, por omisión de los procedimientos paramédicos, en especial los que deben seguirse al momento de la aplicación de inyecciones intramusculares, pero en ningún aparte se enunció la manera en la cual debía llevarse a cabo dicho procedimiento; adujo la entidad demandada.

Consideraciones de la Sala en torno a la carga de la prueba

Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con ocasión de las actividades médico-sanitarias es el relativo a la falla probada del servicio, es decir, corre por cuenta de la parte demandante la demostración del daño, falla del servicio y del nexo causal. Por lo cual se pregunta la Sala, respecto de la parte actora ¿si su teoría era la del error en la aplicación de un medicamento, por qué motivo no probó ese hecho con la prueba técnica requerida?

La Sala no tiene ninguna base probatoria para determinar si fue bien o mal puesta, en la medida en que, como era de esperarse, no se señala que dicho procedimiento fue erróneo. Pero lo que si se deja constancia en la historia clínica del menor al momento del diagnóstico fue que, padecía mialgia de pierna. Finalmente, del dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal que rindió sobre el asunto materia de este proceso, en cuanto a la atención brindada al paciente y a puntos científicos concernientes a la decisión, se puede resaltar lo siguiente: PREGUNTA ¿Cuál fue la causa o en qué momento se produjo la mencionada lesión? RESPUESTA: existe una relación causa-efecto entre la aplicación intramuscular del diclofenaco formulado y la lesión del nervio ciático. Es de suponer que se afectó el nervio con la jeringa y / o el medicamento.

Adicionalmente, de la historia clínica o de los testimonios no es posible determinar el glúteo en el cual se le aplicó la inyección intramuscular ordenada por el médico tratante; no se acreditó que

durante el procedimiento se hubiere presentado alguna dificultad y tampoco se demostró que, luego de su aplicación, el menor hubiera manifestado dolor o incapacidad para desplazarse.

Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia reseñada en materia de prueba de la falla, la Sala no encuentra acreditada en el expediente la probabilidad suficiente de causalidad que permita establecer la indebida aplicación de la inyección intramuscular por parte del personal médico asistencial del Hospital San Vicente de Montenegro y la conexidad entre la ocurrencia del daño sufrido por el menor y dicha acción, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A manera de conclusión, se presenció que, en el caso bajo estudio no se emplea la distribución dinámica de la prueba, en aquellos eventos donde es procedente e imperativa su aplicación por expresa disposición legal. Los argumentos que apoyan dicho resultado, son los siguientes hechos:

El personal médico al percatarse que el menor ingresaba sin sus medios en brazos de la madre, y teniendo en cuenta a la misma vez su testimonio que, había sido tratado el día anterior en otra institución. Se debe desplegar una conducta en la que se verifique el estado en que ingresa efectivamente el paciente al hospital para de esa manera saber conforme al arte y a la ciencia el proceder de los tratamientos requeridos.

En juicio, tal como el Hospital lo manifiesta, no se menciona en ningún aparte el procedimiento de inyectología. Ante lo cual, el juez imperativamente, de manera oficiosa o por petición de los interesados, dando aplicación a la carga dinámica de la prueba debe exigir a la parte demandada

entregar ese procedimiento y más aún deben demostrar que dicho procedimiento se lleva acabo conforme a los protocolos que la lex artis establece.

Al no estar en la historia clínica detallado el glúteo en el cual se aplicó la inyección intramuscular por el médico tratante, es un craso error que permite, construir la falla en el servicio, comprobándose la negligencia. Atentando, además, de la normatividad legal contra los deberes éticos que impone su profesión. Y si así fue presenciado por el a quem, debe exhortar a la institución que presta el servicio de salud; para que demuestre cómo y dónde se realiza un procedimiento y que este sea ejecutado de acuerdo a las leyes científicas.

Por todo lo anterior, si bien es cierto que, la falla probada es el cimiento para que se establezca la responsabilidad estatal en los casos médico-sanitarios, y que la demostración de los hechos que la configuran subyace a la parte demandante. Mayor importancia toma el precepto que debido a la esencia científica que tiene la actividad médica, el juzgador se debe preguntar como regla general, y para este caso concreto, a diferencia de lo que realiza la Sala - ¿quién tiene el conocimiento científico idóneo para aportar la prueba técnica que permita entablar la relación de causalidad? -. Ante lo cual, se ve florecer en el campomédico, los medios congruentes para responder a la pregunta trazada. Lo cual, es una verdadera carga constitucional porque resulta razonable y proporcional para concretar el derecho fundamental a la salud, a la vida, a la honra, al debido proceso, siendo consecuente para la obtención de estos derechos; que no vulnera o menoscaba derechos fundamentales del galeno.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Alarcón-nivia, M. A. (2015). El determinismo en el derecho positivo de la legislación colombiana que regula el ejercicio médico. *Gaceta jurisprudencial, Memorias reunión tribunales* junio 19 y 20 de 2015, No. 16, 37.

Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas judiciales*. París: BossangeFreres.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª edición). Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

Cardona, H. (1987). *La responsabilidad médica ante la ley*. Medellín: Copiyepes.

Escobar-Córdoba, F. (2012). Responsabilidad médica del psiquiatra. *Revista Colombiana de Anestesiología*, (40), 17-20.

Fernando Guzmán, Eduardo Franco & Edgar Saavedra. *Derecho médico colombiano Responsabilidad ética médica disciplinaria*. Pág. 992. Ed., Departamento de Publicaciones, Universidad Libre. (2006).

Gil E. (2012, diciembre 11) El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. 8. Consultado el 01 de abril, 2017. En: [http://www.<http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385/3554>](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385/3554)

Gómez, E. (2004). *Derecho Administrativo*. Bogotá: ABC Editores.

Guzmán, F., Franco, E., & Morales, A. R. (1996). Negligencia en medicina. *Acta Med Col*, 21, 87-92.

Ilizástegui, F. (1985). *Salud, medicina y educación médica*. La Habana: Ciencias médicas Legislación.

Martin, C. (2008), *Análisis de la responsabilidad profesional médica derivada del ejercicio de la psiquiatría y de la medicina legal*. Doctorado UniversitatAutònoma de Barcelona, Barcelona, España.

Parra, J. (2004). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Peces, J. (2005). *La responsabilidad administrativa. El nexo causal. Ultimas orientaciones jurisprudenciales*. [En línea]. Consultado: [6, marzo,2017] disponible en: http://seminari.fmc.cat/ARXIUS/autors04_05/Abril_03.pdf

Peyrano, J. (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

Portero, G. (2001). Responsabilidad penal culposa del médico: fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia. *Rev. Latinoam. Der. Méd. Medic. Leg*, 6(2), 89-96.

Rojas, E. (2007). Derecho administrativo y derecho procesal administrativo. Lima: Edilex S.A. Editores.

Rojas, K. (2008), La carga probatoria de la culpa y de la falla del servicio en la responsabilidad médica: estudio comparado entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Maestría Universidad de Manizales, Manizales, Colombia.

Rodríguez, J. (1981). El poder médico, desde la sociología. *Reis*, (14), 95-112.
doi:10.2307/40182868

Rodríguez, L. (2008). Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis.

Rodríguez, J. R., & Borges, L. J. A. (2008). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica desde el punto de vista médico legal. Madrid, ES: Revista Electrónica de PortalesMédicos.com. Retrieved from <http://www.ebrary.com>

Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. Criterio jurídico Santiago de Cali, V. 4, 195-216.

Serrano, L. (2012). El Régimen Probatorio en la Responsabilidad Médica. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Tamayo, J. (1993). Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Velásquez, C. Velásquez, I. (2006). Responsabilidad Contractual Y Extracontractual Del Estado, Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Primer Semestre. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Vélez, Luis. (1989). Ética médica, Medellín: Servigráficas.

Legislación

Constitución Política de Colombia [C.P]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. Julio 12 de 2012. Colombia

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011. Enero 18 de 2011. Colombia

Decreto 3380 de 1981. [Ministerio de Salud]. Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981. (Diciembre 30 de 1981. DO. N° 35914)

Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. (Febrero 18 de 1981. DO. N° 35.711)

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 5902 (C.P. Gustavo de Greiff Restrepo; Octubre 24 de 1990)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 11878 (C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; Febrero 10 de 2000)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 11605 (C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; Agosto 15 de 2002)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 13923 (C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Diciembre 14 de 2004)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 6 de agosto. Proceso 50408 (C.P. Enrique Gil Botero; Agosto 6 de 2014)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-662 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimmy Yepes: Julio 8 de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-807 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: Noviembre 11 de 2009)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 38.222 (C.P. Enrique Gil Botero; Septiembre 14 de 2011)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-086 de 2016 (M.P. Jorge Palacio Palacio: Febrero 24 de 2016)