

RESPONSABILIDAD MEDICA DEL ESTADO - Evolución jurisprudencial

De acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el tema, en un primer momento se estimó que la prueba de la falla del servicio de la entidad pública demandada se encontraba radicada en la parte actora, en atención a que, por tratarse de una obligación de medios, de la sola constatación de la ocurrencia de un daño no se podía presumir una deficiencia en la prestación del servicio médico asistencial, atribuible a la demandada y desencadenante del deber de reparación. La anterior postura se mantuvo estable hasta la sentencia de octubre 24 de 1990, oportunidad en la cual la Sala, a manera de obiter dicta –en ese caso concreto se encontró probada la falla del servicio de la entidad demandada- y a pesar de reiterar que en materia médica las obligaciones eran de medios, consideró que el artículo 1.604 inciso 3° del C. C., debía ser aplicado tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual y, en ese orden de ideas, en todos los casos sería el deudor -el Estado como prestador del servicio médico asistencial- el que conocería lo realmente ocurrido y la forma en la cual su incumplimiento se presentó, de manera que sería la demandada la parte que tendría una mayor facilidad para acreditar la diligencia que estaba obligada a observar. Esta posición fue retomada –aunque con base en argumentos diferentes- por el Consejo de Estado en 1992 cuando de manera explícita se asentó el principio de la falla presunta del servicio y la consecuente inversión de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de su actividad médica asistencial. En dicha ocasión –aunque también se encontró probada la falla del servicio- se indicó que a pesar de que en principio la carga de la prueba le correspondía a la parte actora, en materia médica, dada la complejidad y el tecnicismo que impera, su satisfacción era casi imposible para el demandante, razón por la cual los especialistas en el tema –los prestadores del servicio médico oficial-, quienes al encontrarse en una situación de mayores conocimientos técnicos, debían absolver los cuestionamientos frente a los procedimientos por ellos empleados y en la medida en que demostraran la idoneidad de los mismos, la diligencia y la pericia o, en otras palabras, la ausencia de falla, los mismos quedarían exonerados de responsabilidad. A partir de aquel momento se precisó que la carga de la prueba debía invertirse en todos los casos en los cuales se debatiera la responsabilidad de las entidades del Estado prestadoras del servicio de salud, es decir, que la presunción de falla del servicio debía ser general y, por lo tanto, siempre le correspondería a la demandada probar la ausencia de falla, único evento en el cual podría resultar exonerada de responsabilidad. Esta postura encontró fundamento en el principio de las cargas dinámicas de la prueba -que carecía de consagración normativa- por lo cual su aplicación debía ser de tinte jurisprudencial. La anterior tendencia se mantuvo hasta la sentencia de 10 de febrero de 2000 [Expediente: 11.878], cuando se hicieron nuevas reflexiones sobre el tema; se dijo que el principio de las cargas dinámicas de la prueba no podía ser aplicado de una forma tan categórica, pues el presumir en todos los casos la falla del servicio de la parte demandada y exigirle a ésta la prueba de su diligencia, equivalía a una petrificación del principio. Se señaló igualmente que en muchos casos era el mismo paciente quien se encontraba en una posición más favorable respecto de la prueba de la falla del servicio médico, razón por la cual el juez debía establecer cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar determinados supuestos de hecho de la demanda y de su contestación.

RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL - Posición actual. Es necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad

Así mismo se indicó que por no tener consagración legal, el principio de las cargas

dinámicas de la prueba desconocía el artículo 177 del C. de P.C., y entonces cuando se requería el empleo del mismo, con fundamento en el principio de equidad que emerge del texto constitucional, el juez debía acudir a la figura de excepción de inconstitucionalidad y en el caso concreto inaplicar dicha norma legal, para así trasladar la carga de la prueba a la contraparte. La referida práctica jurisprudencial fue objeto de algunos reparos, que se centraron básicamente en señalar que la definición de cuál era la parte que se encontraba en mejores condiciones de aportar las pruebas al proceso no debía hacerse al momento de proferir la sentencia sino en el auto de apertura al debate probatorio, so pena de sorprender a las partes cuando ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas y, a su vez, la práctica indicaba que al momento de proferir el mencionado auto, el juez aún no contaba con los elementos que le permitieran establecer quién debía probar determinado supuesto de hecho. Como respuesta a dichas objeciones, los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba argumentaron que el deber de lealtad de las partes en el proceso les exige aportar todos los medios con los que cuentan para arribar a la verdad de lo ocurrido y, por lo tanto, si alguna de las partes faltaba a ese deber, el juez, en la sentencia, podría hacer correr a la parte negligente con las consecuencias negativas de su descuido probatorio. Frente a lo anterior, la Sala recientemente consideró que no era necesario alterar las reglas probatorias legalmente establecidas, para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere faltado al deber de lealtad procesal, pues el mismo ordenamiento jurídico –artículo 249 C. P. C.- prevé que el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes. Así mismo, se consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad –el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos- para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser contruidos a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes. También se precisó que en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serían de gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos –abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente- sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla del servicio. Esta última es la tesis que impera actualmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado [Sentencias de 3 de mayo de 2007. Expediente: 17.280; 26 de marzo de 2008. Expediente: 16.085; 23 de abril de 2008. Expediente: 15.750].

CARGA PROBATORIA - En cabeza quien pretende derivar de hechos consecuencias jurídicas / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD - Determinación / NEXO CAUSAL - Prueba directa / NEXO CAUSAL - Prueba indiciaria / PRESUNCION DE CAUSALIDAD ADECUADA - Aplicación / CAUSALIDAD ADECUADA - Presunción / PRESUNCION DE CAUSALIDAD - Fue desechada posteriormente por la jurisprudencia

Es claro, según el mandato del artículo 177 del C. P. C., que la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer. En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre la falla del servicio médico asistencial y el daño, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad oficial –falla del servicio- constituyó la causa adecuada o

eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar, salvo contadas excepciones, que el deber de acreditar el vínculo causal está a cargo de la parte demandante. Sin embargo, cuando no se cuenta con tal prueba directa respecto de la causalidad de la falla del servicio médico asistencial con el daño alegado o cuando aquella no le ofrece al juez un grado pleno de certeza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha recurrido también a un aligeramiento de la carga probatoria al respecto y ha empleado medios probatorios indirectos. Dicha tendencia se mantuvo sin mayor novedad hasta el año 1995, oportunidad en la cual el aligeramiento de la carga probatoria del nexo causal se extremó a tal punto, que se indicó que lo que procedía era en realidad establecer una presunción de causalidad adecuada a favor de la víctima y que la misma sólo podía ser desvirtuada en tanto la parte demandada acreditara una causa fortuita; sin embargo, también se afirmó que “la prueba de la diligencia para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada en las mejores condiciones permitidas por el servicio”, es decir, se le exigió al demandado acreditar la inexistencia de una falla del servicio, lo cual no desvirtúa el nexo causal, en tanto que la ausencia del mismo solo acredita mediante la existencia de una causa extraña –hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la propia víctima y fuerza mayor-. Tal posición se reiteró en contadas oportunidades, pero fue finalmente desechada por improcedente, toda vez que además de contradictoria, configuraba un régimen más gravoso para la demandada que el objetivo, en el cual si bien no se analiza la ilicitud de la conducta de la Administración, siempre se exige la presencia contundente del nexo causal entre aquella y el daño.

CAUSALIDAD PROBABLE - Aplicación / NEXO CAUSAL - Puede ser acreditado de manera indirecta a través de indicios / RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL - Se fundamenta en falla probada del servicio / FALLA PROBADA DEL SERVICIO EN MATERIA MEDICA - Deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad

Posteriormente, en sentencia del 3 de mayo de 1996, se señaló –sin invertir la carga de la prueba del demandante- que dada la complejidad de los asuntos científicos y técnicos que entraña la materia médica o por la carencia de elementos probatorios directos que permitan establecer la relación de causalidad entre la falla del servicio médico y el daño, se podía acudir a la noción de “causalidad probable”, pero sí y solo sí el grado de dificultad probatoria para el actor es tal, que impida demostrar la certeza plena de su existencia. Posteriormente y de manera más explícita, se ha precisado que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad” no implica la exoneración del deber de la parte actora de establecer la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica que hiciera posible atribuir a la entidad pública prestadora del servicio médico el daño padecido por la víctima, sino que ésta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. Con base en la evolución jurisprudencial edificada en relación con la responsabilidad médica es dable concluir que su fundamento encuentra sustento en la falla probada del servicio, en la que deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos. En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, trabajo en el que cobran especial trascendencia los indicios.

ERROR EN EL DIAGNOSTICO - Atención médica inadecuada /

TRATAMIENTO INOPORTUNO - Prestación del servicio médico irregular

En el caso en estudio se debate la responsabilidad del Estado por un daño producido como consecuencia de una alegada falla del servicio en la que habría incurrido la parte demandada en la prestación del servicio médico hospitalario al señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra, quien murió como consecuencia de las omisiones en las cuales incurrieron los médicos de la clínica Rafael Uribe Uribe del I.S.S., de la ciudad de Cali, consistentes en un “grotesco” error de diagnóstico y consecuente deficiente atención médica, por cuanto a pesar de los antecedentes familiares de diverticulitis del entonces paciente, a éste no se le practicaron los exámenes de diagnóstico pertinentes, para verificar si padecía o no de dicha enfermedad, por lo cual no se brindó la atención médica en forma adecuada y oportuna, situación que desencadenó en su fallecimiento. Bajo la anterior óptica, la Sala determinará si en el presente caso se configura, o no, la responsabilidad de la Administración.

HISTORIA CLINICA - Naturaleza jurídica / HISTORIA CLINICA - Es un documento público

En relación con la naturaleza jurídica de la historia clínica, la Sala ha explicado en reiteradas oportunidades que se trata de un documento público cuya valoración está sujeta a las reglas contenidas en la ley procesal civil, es decir, resulta necesario que hubiere sido aportado en original o en copia autenticada y ha exigido además que en su contenido se trate de documentos claros, fidedignos y completos. A pesar de que en los casos en los cuales se debate la responsabilidad médica la historia clínica cobra absoluta relevancia en tanto a partir de dicho documento se puede deducir el diagnóstico, tratamiento y control del paciente, lo cierto es que en aquellos eventos en los cuales la historia clínica no obre dentro del expediente o se encuentre en copia simple en cuyo caso no es posible su valoración –como en esta ocasión- o hubiere sido allegada de conformidad con las reglas probatorias pero su contenido no sea claro o está incompleto o ilegible, el juez tendrá que analizar el material probatorio restante del cual podrá deducir la responsabilidad de la entidad demandada a través de la prueba indirecta o sencillamente concluir que no existen elementos de juicio suficientes para ello.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la naturaleza de la historia clínica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2009, exp. 16.700.

DAÑO ANTIJURIDICO - Prueba. Existencia / IMPUTACION - Determinación / ICTERICIA - Diagnóstico inicial del paciente / DIAGNOSTICO FINAL - No se determinó / ICTERICIA - Definición

La Sala encuentra claramente acreditado el daño, consistente en la muerte del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra el 27 de mayo de 1996 en la Clínica Santa Isabel de Hungría de la ciudad de Palmira, a causa de una coagulopatía de consumo por septicemia intra-abdominal (registro civil de defunción certificado por el médico cirujano). En este caso se debate la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales-Seccional Valle del Cauca por la muerte del señor Saavedra, como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico hospitalario en la cual incurrieron los médicos de la Clínica Rafael Uribe Uribe del I.S.S., de la ciudad de Cali, consistente en error de diagnóstico y en la omisión de tratamiento oportuno. La Sala encuentra probada la afiliación del señor Saavedra al Instituto de Seguro Social y que ésta se encontraba vigente para la fecha en la cual acudió a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali y a la Clínica Santa Isabel de Hungría de

Palmira. Está igualmente demostrada la prestación del servicio médico en ambas instituciones. En efecto, el día 26 de abril de 1996 el señor Saavedra ingresó por urgencias a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali en donde fue atendido por el médico general Manuel Sotelo Alpala por el dolor tipo cólico en el hipocondrio derecho y ardor en el epigastrio que presentaba el paciente. Al examinarlo y practicarle los exámenes se concluyó que el paciente había ingresado con una ictericia que debía ser estudiada. Luego de practicarle los exámenes médicos y de laboratorio respectivos y de consultar con varios especialistas, se concluyó que no se trataba de un cuadro quirúrgico y, por consiguiente, se manejó clínicamente al paciente sin que se hubiere efectuado un diagnóstico definitivo. La ictericia “es una coloración amarillenta en la piel, las membranas mucosas o los ojos. El pigmento amarillo proviene de la bilirrubina, un subproducto de los glóbulos rojos viejos. La ictericia también es un síntoma de otros trastornos. (...) Antes de que se pueda administrar el tratamiento, se debe determinar la causa de la ictericia”, es decir, se deben efectuar todos los exámenes físicos y de laboratorio con el fin de identificar y diagnosticar la causa de la ictericia, que es un síntoma mas no una enfermedad como tal. Con fundamento en el testimonio del médico general que atendió al señor Saavedra Saavedra en la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali, es dable concluir que al paciente se le prestó la atención médica, fue valorado y se le practicaron varios exámenes con el fin de descubrir la causa de la ictericia sin que se hubiere llegado a diagnóstico alguno y, como el paciente mejoró y el dolor abdominal que presentaba desapareció, fue dado de alta.

DIVERTICULITIS - Segundo diagnóstico / DIVERTICULITIS - Noción / FALLA EN EL SERVICIO MEDICO - Inexistencia de diagnóstico final / DIAGNOSTICO FINAL - No se efectuó / ICTERICIA - No se determinó su causa / PRACTICA DE EXAMENES - No se surtió / AUSENCIA DE EXAMENES - Para establecer la causa de la ictericia

La Sala encuentra probado que el señor Saavedra Saavedra volvió a presentar los mismos síntomas, es decir dolor abdominal e ictericia, razón por la cual el 22 de mayo de 1996 ingresó a la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, en donde fue atendido por el médico general Miguel Antonio Esmeral Cervantes, quien luego de revisar los exámenes médicos que ordenó practicar al paciente, le diagnosticó diverticulitis que es “una hinchazón (inflamación) de una bolsa o divertículo anormal en la pared intestinal. Estas bolsas generalmente se encuentran en el intestino grueso (colon). La presencia de estas bolsas se denomina diverticulosis” y que “generalmente, se trata de una afección leve que responde bien al tratamiento”. A pesar del diagnóstico, el paciente sólo pudo ser intervenido quirúrgicamente 5 días después de su ingreso a la Clínica Santa Isabel de Hungría por cuanto en esa época hubo un fin de semana con festivo y “no había forma de hacerle los estudios en los laboratorios que trabajan con el Seguro Social en la ciudad”. El material probatorio muestra la falla del servicio en que incurrió la Clínica Rafael Uribe Uribe en consideración a que a pesar de la atención médica brindada al paciente, no efectuó diagnóstico concluyente de la causa de la ictericia que padecía sino que, cuando el paciente presentó mejoría se limitó a darle de alta sin disponer de todos los procedimientos necesarios para evaluar todos los síntomas del paciente ni realizar una evaluación con la cual se hubiere podido realizar un diagnóstico y el respectivo tratamiento que resultare acorde con el estado real del paciente. En otras palabras, no se concluyó cuál fue la causa de la ictericia, sino que simplemente se combatió el síntoma.

NEXO CAUSAL - Inexistencia

A pesar de lo anterior, esto es encontrarse claramente probada la falla del servicio,

la Sala no encuentra acreditado el nexo de causalidad entre el daño –la muerte del paciente- y la falla del servicio –omisión de diagnóstico-. En efecto, no existe certeza de que la causa de la ictericia que padeció el paciente cuando fue tratado en la Clínica Rafael Uribe Uribe hubiere sido la diverticulitis, enfermedad que le fue diagnosticada en la Clínica Santa Isabel de Hungría y, a pesar de que el médico que lo trató en la segunda institución médica aseveró que para él el cuadro médico era absolutamente claro en ese momento, lo cierto es que también afirmó que el proceso de diverticulitis y las complicaciones, de no ser tratada a tiempo, como lo fue la peritonitis, se desarrolla en pocos días. Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que el análisis que se debe efectuar en este tipo de casos para deducir la responsabilidad médica es ex ante, es decir, el papel de juzgador no consiste en evaluar al paciente cuando el daño ya ha ocurrido, tratando de reconstruir hacia atrás su evolución en forma inversa a como acaecieron los hechos, sino que debe ponerse en el momento en el cual el médico debió tomar la decisión con fundamento en el cuadro del enfermo –lo cual no es posible en este caso por la ausencia de la historia clínica- y determinar cuáles eran los elementos con que contaba el profesional de la salud. En otras palabras, el Juez debe estudiar si la acción médica realizada encuadra dentro de los parámetros adecuados para el momento exacto del tratamiento. Entonces, a pesar de no existir diagnóstico alguno por parte de la Clínica Rafael Uribe Uribe, lo cierto es que el escaso material probatorio no permite inferir que en ese primer momento la causa de la ictericia hubiere sido la diverticulitis –causa de la muerte del paciente-, puesto que esa manifestación física es simplemente un síntoma que pueda ser causado por diversas enfermedades.

CIRUGIA TARDIA - Modificación de la causa petendi / VARIACION DE LA CAUSA PETENDI - Improcedencia

Cabe destacar finalmente que la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal A Quo encontró sustento en la presunta falla médica en la cual incurrió la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, en tanto se demoró 5 días para practicarle una cirugía urgente al paciente. Al respecto, la Sala advierte que tal cuestionamiento no resulta procedente en este caso en consideración a que desborda la causa petendi de la demanda, en la cual el daño se imputó a la Clínica Rafael Uribe Uribe por la omisión de diagnóstico, es decir, los demandantes no imputaron responsabilidad alguna al ISS por tales hechos, circunstancia que obliga a la Sala a abstenerse de realizar pronunciamiento alguno acerca de la eventual falla del servicio del ISS por los hechos ocurridos en la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada, dado que la muerte del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra no es imputable al ISS a título de falla del servicio en los términos en que ello fue planteado en la correspondiente demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087)A

Actor: SAUL SAAVEDRA GUTIERREZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-SECCIONAL VALLE DEL CAUCA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

En virtud de la prelación de fallo concedida mediante providencia del 3 de marzo de 2010, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 3 de febrero de 2000, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió:

“Artículo Primero.- No prosperan las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Artículo Segundo.- Declarar responsable civilmente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por la Falla en el Servicio en que incurrió en la atención médica brindada al señor JORGE ENRIQUE SAAVEDRA SAAVEDRA en la demora al practicar una cirugía que requería en forma urgente, lo que le propició su deceso el Veintisiete (27) de Mayo de 1.996.

Artículo Tercero.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénese al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al reconocimiento y pago de PERJUICIOS MORALES a los demandantes de la siguiente manera:

Para SAÚL SAAVEDRA GUTIÉRREZ y NELLY SAAVEDRA DE SAAVEDRA en su calidad de padres del occiso, se dispondrá el reconocimiento de UN MIL GRAMOS DE ORO FINO (1.000 grs) para cada uno, en el equivalente en pesos colombianos al valor que registre el metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Para SAÚL HERNÁN, JOSÉ GERARDO, MARÍA VICTORIA, JUAN FERNANDO, ALBERTO, CARLOS EDUARDO, JULIÁN y GILBERTO SAAVEDRA SAAVEDRA, en su calidad de hermanos del occiso, a razón de QUINIENTOS GRAMOS DE ORO FINO (500 grs) para cada uno de ellos en las mismas condiciones del anterior reconocimiento.

Artículo Cuarto.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Artículo Quinto.- Expídanse copias de este fallo para el cumplimiento de lo aquí resuelto, a la parte demandante, a la demandada y al Ministerio Público.

Artículo Sexto.- Esta sentencia se cumplirá en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

I. Antecedentes

1. Demanda.

El 31 de marzo de 1997, los señores Saúl Saavedra Gutiérrez, Nelly Saavedra de Saavedra, Saúl Hernán Saavedra Saavedra, José Gerardo Saavedra Saavedra, María Victoria Saavedra Saavedra, Juan Fernando Saavedra Saavedra, Alberto Saavedra Saavedra, Carlos Eduardo Saavedra Saavedra, Julián Saavedra Saavedra y Gilberto Saavedra Saavedra, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Instituto de Seguros Sociales (fols. 84 a 98 c. 1).

1.1. Pretensiones.

- Que se declare administrativamente responsable al demandado por los daños y perjuicios causados a los actores con ocasión de la muerte del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra.

- Que, en consecuencia, se condene al demandado a indemnizar los perjuicios morales estimados en 1.700 gramos oro a favor de cada uno de los demandantes y los perjuicios materiales que se prueben a favor de la señora Nelly Saavedra de Saavedra.

- Que se condene en costas a la parte demandada (fols. 84 a 86 c. 1).

1.2. Hechos.

Como fundamento de las pretensiones, la parte demandante narró los hechos que la Sala sintetiza a continuación:

- El 26 de abril de 1996 el señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra ingresó por urgencias a la Clínica "Rafael Uribe Uribe" del I.S.S., de la ciudad de Cali, por cólicos en el estómago. Allí fue atendido por el médico Manuel Sotelo quien ordenó su hospitalización.

- Al quinto día de su ingreso a la clínica, el médico Juan Carlos Drada le diagnosticó al señor Saavedra "*Ictericia progresiva*" y dejó constancia de que el paciente "*presenta un cuadro de dolor tipo cólico en el abdomen principal, en el*

flanco izquierdo y que presenta debilidad general desde hace 2 días y tiene orina colérica y escleras ictéricas”.

- Uno de los familiares del señor Saavedra, en su calidad de pediatra, le recomendó al médico a cargo del paciente que lo tratara por *“diverticulitis”* y no por ictericia, por cuanto la sintomatología del señor Saavedra era similar a la de los señores Saúl y Gerardo Saavedra Saavedra, hermanos del paciente, quienes habían sido operados por dicha enfermedad. No obstante lo anterior, el médico general hizo caso omiso de tal observación.

- El 11 de mayo de 1996 el señor Saavedra fue dado de alta por cuanto aparentemente se encontraba en buenas condiciones generales.

- Ese día el señor Saavedra se trasladó a la residencia de sus padres pero no se logró recuperar sino que cada día se sentía peor, por lo cual, el 22 de mayo de 1996 ingresó a la Clínica del ISS Santa Isabel de Hungría de la ciudad de Palmira, por los dolores y la fiebre que padecía, lo cual motivó su hospitalización.

- Al ingresar a la clínica, se anotó en la hoja clínica del paciente que de acuerdo con los estudios efectuados, presentaba divertículos en el intestino y que salió de la clínica Rafael Uribe Uribe de Cali sin diagnóstico definitivo.

- El 27 de mayo de 1996 se practicó cirugía al señor Saavedra Saavedra por accesos intra-abdominales por divertículos perforados y falleció durante el procedimiento quirúrgico, siendo el diagnóstico post operatorio *“tres accesos intraabdominales por divertículos de colon perforado”*.

- La parte demandada es responsable de la muerte del señor Saavedra por falla en el servicio, en consideración a que transcurrieron 31 días desde su consulta y no le practicaron los exámenes requeridos ni la cirugía que con urgencia necesitaba (fols. 88 a 92 c. 1).

2. Trámite.

2.1. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda por auto del 7 de abril de 1997, el cual se notificó personalmente al señor Agente del Ministerio Público el día 16 siguiente y a la parte demandada el 3 de junio de ese mismo año

(fols. 99 a 100, 100 vto., y 101 c. 1).

2.2. Al contestar la demanda, el Instituto de Seguros Sociales – Regional Valle del Cauca, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y señaló que el señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra sí fue debidamente diagnosticado y se le brindó atención médica adecuada en la clínica Rafael Uribe Uribe del ISS de Cali, pues los exámenes de diagnóstico –entre ellos una escanografía de todo el cuerpo- indicaron que sufría de un síndrome hepatorenal, secundario a abuso de alcohol y drogas que contenían alcachofas y algas -las cuales fueron consumidas por el entonces paciente para adelgazar- y que no presentaba diverticulitis, que su colon estaba sano. Con fundamento en dicho diagnóstico, al señor Saavedra se le prestó el correspondiente tratamiento médico, cuyo éxito llevó a que el 11 de mayo de 1996 fuera dado de alta por mejoría.

Señaló además que 11 días después, el señor Saavedra fue internado en la clínica Santa Isabel de Hungría del ISS de Palmira, donde le diagnosticaron diverticulitis, afección de la cual falleció el 27 de mayo siguiente, pero que en esa oportunidad la afección del señor Saavedra era completamente diferente a aquella por la cual fue tratado en la clínica Rafael Uribe Uribe del ISS de Cali y que no es posible establecer una relación de conexidad entre las 2 oportunidades en las cuales estuvo hospitalizado, pues la diverticulitis es una enfermedad que evoluciona en cuestión de horas y no de días y, por lo tanto, es claro que ésta no se encontraba presente en la primera hospitalización y que en la segunda también fue adecuadamente tratado –cirugía- pero que el estado que registraba la enfermedad en ese momento desencadenó en el fallecimiento del señor Saavedra por causas imputables a él mismo, quien al parecer no acudió oportunamente a ser examinado, la segunda vez que se sintió enfermo (fols. 117 a 123 c. 1).

2.3. El Tribunal A Quo abrió a pruebas el proceso por auto del 24 de octubre de 1997 y, vencido ese período, se ordenó el traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus escritos finales, mediante providencia del 22 de febrero de 1999 (fols. 125 a 128 y 222 c. 1).

3. Sentencia apelada.

El Tribunal encontró probado el daño sufrido por los demandantes y consideró que el mismo debía ser atribuido a la parte demandada, en atención a que al

paciente no le fue practicada de forma oportuna una cirugía por divertículos, lo cual implicó que el colon se perforara y que finalmente falleciera a causa de una septicemia.

Consideró que las pruebas allegadas al expediente no acreditaron que en la primera oportunidad que el señor Saavedra ingresó al Instituto de Seguros Sociales (clínica Rafael Uribe Uribe de Cali) el 26 de abril de 1996, dicha entidad hubiere incurrido en falla del servicio alguna, pues se demostró que el entonces paciente fue sometido a múltiples exámenes de diagnóstico, acordes con los protocolos aplicables a la sintomatología que presentaba y a interconsultas con médicos especialistas, a consecuencia de lo cual se le suministró el tratamiento adecuado para la dolencia que lo aquejaba, un síndrome hepatorenal secundario a intoxicación con alcohol, alcachofas y algas, estas últimas ingeridas por el señor Saavedra para adelgazar y que dicho tratamiento resultó exitoso, por lo cual el paciente fue dado de alta el 11 de mayo de 1996.

Explicó además que las cosas se presentaron de forma diferente en la segunda ocasión en la cual el señor Saavedra ingresó al Instituto de Seguros Sociales (clínica Santa Isabel de Hungría del ISS de Palmira) el 22 de mayo de 1996, frente a la cual se acreditó que si bien el médico que lo ingresó consideró que el posible diagnóstico era de diverticulitis, lo cierto es que los exámenes de diagnóstico fueron efectuados 2 días después, por lo cual sólo el 24 de mayo siguiente se estableció con certeza dicho diagnóstico y pese a que, como lo señaló la propia demandada en la contestación de demanda, dicha enfermedad evoluciona en cuestión de horas, la cirugía sólo se programó hasta el 27 de mayo siguiente, día en el cual el señor Saavedra falleció durante la cirugía a causa de una septicemia, toda vez que el colon resultó perforado a consecuencia de la diverticulitis no atendida de forma oportuna (fols. 242 a 263 c.ppal).

4. Recurso de apelación.

El I.S.S., solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las súplicas de la demanda. Alegó que la falla del servicio imputada a la demandada no se encontraba probada en el expediente, puesto que tanto en la primera, como en la segunda oportunidad en las cuales el señor Saavedra fue internado en centros asistenciales adscritos al Instituto de Seguros Sociales, los médicos tratantes ordenaron los exámenes de diagnóstico pertinentes y ejecutaron los

tratamientos adecuados, sin retardo alguno en los mismos y en estricto seguimiento de los protocolos médicos; sin embargo, pese a la diligencia de los galenos, el entonces paciente falleció a causa de una peritonitis, riesgo del cual tanto él como sus familiares se encontraban debidamente informados, pues es una complicación muy común en casos de diverticulitis y más aun, en pacientes de la edad y de la condición médica del señor Saavedra, riesgo que se materializó en el momento de ser efectuada la cirugía (fols. 280 a 285 c. ppal).

5. Trámite en segunda instancia.

5.1. El recurso se admitió por auto del 5 de junio de 2001 y una vez ejecutoriado se ordenó el traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus escritos finales, mediante providencia del 5 de julio siguiente (fols. 302 y 304 c. ppal).

5.2. Solamente se pronunció la parte demandada para solicitar revocar la sentencia apelada, con fundamento en los mismos argumentos expuestos en el recurso (fol. 305 c. ppal).

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sección Tercera del Consejo de Estado procede a proferir sentencia, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., la Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada respecto de la providencia proferida en proceso de doble instancia, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. La responsabilidad patrimonial del Estado.

De acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el tema, en un primer momento se estimó que la prueba de la falla del servicio de la entidad pública demandada se encontraba radicada en la parte actora, en atención a que, por tratarse de una obligación de medios, de la sola constatación de la ocurrencia de un daño no se podía presumir una deficiencia en

la prestación del servicio médico asistencial, atribuible a la demandada y desencadenante del deber de reparación¹.

La anterior postura se mantuvo estable hasta la sentencia de octubre 24 de 1990², oportunidad en la cual la Sala, a manera de *obiter dicta* –en ese caso concreto se encontró probada la falla del servicio de la entidad demandada- y a pesar de reiterar que en materia médica las obligaciones eran de medios, consideró que el artículo 1.604 inciso 3° del C. C.³, debía ser aplicado tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual y, en ese orden de ideas, en todos los casos sería el deudor -el Estado como prestador del servicio médico asistencial- el que conocería lo realmente ocurrido y la forma en la cual su incumplimiento se presentó, de manera que sería la demandada la parte que tendría una mayor facilidad para acreditar la diligencia que estaba obligada a observar.

Esta posición fue retomada –aunque con base en argumentos diferentes- por el Consejo de Estado en 1992⁴ cuando de manera explícita se asentó el principio de la falla presunta del servicio y la consecuente inversión de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de su actividad médica asistencial.

En dicha ocasión –aunque también se encontró probada la falla del servicio- se indicó que a pesar de que en principio la carga de la prueba le correspondía a la parte actora, en materia médica, dada la complejidad y el tecnicismo que impera, su satisfacción era casi imposible para el demandante, razón por la cual los especialistas en el tema –los prestadores del servicio médico oficial-, quienes al encontrarse en una situación de mayores conocimientos técnicos, debían absolver los cuestionamientos frente a los procedimientos por ellos empleados y en la medida en que demostraran la idoneidad de los mismos, la diligencia y la pericia o, en otras palabras, la ausencia de falla, los mismos quedarían exonerados de responsabilidad. En esa oportunidad se dijo:

“Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración

¹ Sentencia del 27 de marzo de 1987. Expediente: 3671. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

² Sentencia del 24 de octubre de 1990. Expediente: 5902. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff.

³ ARTÍCULO 1604 CÓDIGO CIVIL-.“(…) *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”.

⁴ Sentencia del 30 de julio de 1982. Expediente: 6897. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

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 o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

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 eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.”

A partir de aquel momento se precisó que la carga de la prueba debía invertirse en todos los casos en los cuales se debatiera la responsabilidad de las entidades del Estado prestadoras del servicio de salud, es decir, que la presunción de falla del servicio debía ser general y, por lo tanto, siempre le correspondería a la demandada probar la ausencia de falla, único evento en el cual podría resultar exonerada de responsabilidad. Esta postura encontró fundamento en el principio de las cargas dinámicas de la prueba -que carecía de consagración normativa- por lo cual su aplicación debía ser de tinte jurisprudencial⁵.

⁵ Sentencias del 3 de febrero de 1995. Expediente: 9142. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; 13 de julio de 1995. Expediente: 9848. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque; 18 de julio de 1997. Expediente 10.824. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque; 4 de septiembre de 1997. Expediente: 10.251. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

La anterior tendencia se mantuvo hasta la sentencia de 10 de febrero de 2000⁶, cuando se hicieron nuevas reflexiones sobre el tema; se dijo que el principio de las cargas dinámicas de la prueba no podía ser aplicado de una forma tan categórica, pues el presumir en todos los casos la falla del servicio de la parte demandada y exigirle a ésta la prueba de su diligencia, equivalía a una petrificación del principio.

Se señaló igualmente que en muchos casos era el mismo paciente quien se encontraba en una posición más favorable⁷ respecto de la prueba de la falla del servicio médico, razón por la cual el juez debía establecer cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar determinados supuestos de hecho de la demanda y de su contestación. Se dijo:

“En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relieves el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

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

⁶ Sentencia del 10 de febrero de 2000. Expediente: 11.878. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁷ La doctrina argentina criticó la teoría de las cargas probatorias dinámicas con fundamento en que no es cierto que el médico esté en mejores condiciones de probar, sino que la carga debe recaer sobre la Institución Médica: “La llamada ‘teoría de las cargas probatorias dinámicas’, según la cual la prueba debe colocarse en cabeza de la parte que está en mejores condiciones de producirla, pese a su aplicabilidad excepcional y residual, generó gran entusiasmo en nuestra doctrina y jurisprudencia. En su propuesta aplicación práctica parece considerarse que es útil en la mayor parte de las situaciones y que es el médico quien siempre está en mejores condiciones de probar, sin sujeción al equilibrio que tal doctrina propone. No obstante, muchas veces el médico cuenta con el escaso tiempo de traslado de la demanda para ubicarse y recordar o reconstruir para sí el caso, encontrar documentación y elaborar estrategias para las cuales el paciente cuenta con diez años. Con frecuencia, el profesional deberá basarse en historias clínicas que se encuentran en poder de terceros –v.gr.: instituciones médicas-, o referirse a análisis de laboratorio o placas radiográficas que están en poder del paciente, etcétera. En estos supuestos, la pauta según la cual ‘el médico está en mejores condiciones de probar’ no parece adecuada”. HIGHTON, Elena I; MALAMUD, Óscar M; MIGUENS, Dolores y WIERZBA, Sandra M. “Responsabilidad Médica: En pro de la teoría de la culpa-RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL TERCER MILENIO”. Editorial Abeledo-Perrot S.A., E e I. Buenos Aires, 1997.

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.

Así las cosas, 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.

De otra parte, no puede olvidarse que, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el derecho colombiano cuenta con una norma que consagra un principio general de responsabilidad del Estado, a cuyo mandato debe atenerse el fallador. No parece prudente, en esas circunstancias, recurrir indiscriminadamente a las teorías que, con criterios de agrupación casuística, elaboró la jurisprudencia anterior a la nueva Carta Política. Debe buscarse en la nueva norma un sustento común de la responsabilidad administrativa, para lo cual es necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico.

Difícil ha resultado esta labor y ello puede decirse con más veras respecto del tema que hoy ocupa a la Sala. En efecto, son muchos los factores que, en estos casos, condicionan los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado, dada la especial naturaleza de la actividad médica, y puede agregarse que la situación resulta aún más complicada cuando debe abordarse el tema del daño causado por error en el diagnóstico, donde surgen diversos puntos de discusión, que tratará de abordar la Sala en el acápite de conclusiones de esta providencia.”⁸.

Así mismo se indicó que por no tener consagración legal, el principio de las cargas dinámicas de la prueba desconocía el artículo 177 del C. de P.C.⁹, y entonces cuando se requería el empleo del mismo, con fundamento en el principio de equidad que emerge del texto constitucional, el juez debía acudir a la figura de excepción de inconstitucionalidad y en el caso concreto inaplicar dicha norma legal, para así trasladar la carga de la prueba a la contraparte¹⁰:

“Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-,

⁸ Sentencia del 10 de febrero de 2000. Expediente: 11.878. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁹ ARTÍCULO 177 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas perciben. (...)”.

¹⁰ Sentencia del 1º de julio de 2004. Expediente: 14.696. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez.

por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.¹¹”

La referida práctica jurisprudencial fue objeto de algunos reparos, que se centraron básicamente en señalar que la definición de cuál era la parte que se encontraba en mejores condiciones de aportar las pruebas al proceso no debía hacerse al momento de proferir la sentencia sino en el auto de apertura al debate probatorio, so pena de sorprender a las partes cuando ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas y, a su vez, la práctica indicaba que al momento de proferir el mencionado auto, el juez aún no contaba con los elementos que le permitieran establecer quién debía probar determinado supuesto de hecho¹².

Como respuesta a dichas objeciones, los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba argumentaron que el deber de lealtad de las partes en el proceso les exige aportar todos los medios con los que cuentan para arribar a la verdad de lo ocurrido y, por lo tanto, si alguna de las partes faltaba a ese deber, el juez, en la sentencia, podría hacer correr a la parte negligente con las consecuencias negativas de su descuido probatorio¹³.

Frente a lo anterior, la Sala recientemente consideró que no era necesario alterar las reglas probatorias legalmente establecidas, para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere faltado al deber de lealtad procesal, pues el mismo ordenamiento jurídico –artículo 249 C. P. C.- prevé que el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes¹⁴.

Así mismo, se consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad –el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos- para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios

¹¹ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

¹² Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente: 15.772. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente: 15.772. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente: 15.772. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

costrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser contruidos a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes. También se precisó que en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serían de gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos –abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente- sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla del servicio. En esa oportunidad se explicó:

“Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

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.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias

en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

En materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio, valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente¹⁵, daños a partes del cuerpo del paciente cercanas al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica.”¹⁶.

Esta última es la tesis que impera actualmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado al momento de establecer la presencia de una falla en el servicio médico asistencial oficial¹⁷.

Es claro, según el mandato del artículo 177 del C. P. C., que la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer.

¹⁵ Lo que la doctrina denomina como óblito quirúrgico y que considera que en la generalidad de los casos sólo puede explicarse por negligencia del médico o su equipo.

¹⁶ Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente: 15.772. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ Sentencias de 3 de mayo de 2007. Expediente: 17.280. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra; 20 de febrero de 2008. Expediente: 15.563. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra; 26 de marzo de 2008. Expediente: 16.085. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio; 23 de abril de 2008. Expediente: 15.750. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre la falla del servicio médico asistencial y el daño, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad oficial –falla del servicio- constituyó la causa adecuada o eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar, salvo contadas excepciones¹⁸, que el deber de acreditar el vínculo causal está a cargo de la parte demandante.

Sin embargo, cuando no se cuenta con tal prueba directa respecto de la causalidad de la falla del servicio médico asistencial con el daño alegado o cuando aquella no le ofrece al juez un grado pleno de certeza¹⁹, la jurisprudencia contencioso administrativa ha recurrido también a un aligeramiento de la carga probatoria al respecto y ha empleado medios probatorios indirectos. Así por ejemplo, en sentencia de 13 de septiembre de 1991²⁰, la Sala dedujo a partir de una serie de hechos –indicios- que el nexo causal se encontraba presente y afirmó:

“Para poner en evidencia la falla del Servicio probó no sólo la conducta negligente y anti-ética del médico obligado a la atención del paciente y la torpeza del enfermero que lo trató, a falta de alguien idóneo que lo hiciera, sino que también demostró el suministro de una droga potencialmente tóxica como es el sulfato de cobre. No era necesario probar (la parte actora) que la dosis fue excesiva y que por eso y sólo por eso ocurrió el deceso. Incumbía a la parte demandada demostrar que la dosis suministrada fue tan pequeña que en ninguna forma pudo desencadenar el síndrome hepatorenal que causó la muerte del agente. Es posible colegir que hubo relación de causalidad entre el suministro del sulfato de cobre y el desarrollo del síndrome hepatorenal mencionado como causa de la muerte.”.

Dicha tendencia se mantuvo sin mayor novedad hasta el año 1995²¹, oportunidad en la cual el aligeramiento de la carga probatoria del nexo causal se extremó a tal punto, que se indicó que lo que procedía era en realidad establecer una presunción de causalidad adecuada a favor de la víctima y que la misma sólo podía ser desvirtuada en tanto la parte demandada acreditara una causa fortuita;

¹⁸ Sentencias del 3 de febrero de 1995. Expediente: 9142. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; 13 de julio de 1995. Expediente: 9848. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; 3 de abril de 1997. Expediente: 9467. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁹ Muchas veces asistido por la misma literatura médica.

²⁰ Sentencia del 13 de septiembre de 1995. Expediente: 6253. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

²¹ Sentencia del 3 de febrero de 1995. Expediente: 9142. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

sin embargo, también se afirmó que “la prueba de la diligencia para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada en las mejores condiciones permitidas por el servicio”, es decir, se le exigió al demandado acreditar la inexistencia de una falla del servicio, lo cual no desvirtúa el nexo causal, en tanto que la ausencia del mismo solo acredita mediante la existencia de una causa extraña –hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la propia víctima y fuerza mayor-.

Tal posición se reiteró en contadas oportunidades²², pero fue finalmente desechada por improcedente, toda vez que además de contradictoria, configuraba un régimen más gravoso para la demandada que el objetivo, en el cual si bien no se analiza la ilicitud de la conducta de la Administración, siempre se exige la presencia contundente del nexo causal entre aquella y el daño²³. Se dijo entonces:

“... necesario se hace tener presente que la relación de causalidad en materia médica es compleja de suyo, habida consideración de la heterogeneidad de factores y causas, cuando no condiciones que pueden concurrir y desenvolver la cadena causal que traiga de consecuencia el resultado fatal. Era necesario para el demandante (...) determinar y probar adecuadamente el nexo causal entre la conducta y el daño ocasionado. Recuérdese que si bien esta Corporación, en procura de aligerar la carga probatoria de las víctimas que resultan dañadas dentro del giro ordinario de la prestación de los servicios de salud, ha aceptado la aplicación de la tesis de la carga dinámica de la prueba, o en otros términos, de la presunción de falla, ello no puede comportar una presunción de causalidad, toda vez que dicho elemento estructural de la responsabilidad patrimonial ha de resultar debidamente acreditado a instancias del actor, entendido éste como el nexo o vínculo que permite deducir o imputar el resultado dañino a la conducta, activa u omisiva, del demandado. (...)

Aquí es necesario tener en cuenta que la mera participación o contacto que haya tenido el profesional de la medicina o el centro hospitalario para el caso concreto con el paciente o con el resultado, no siempre ha de resultar criterio suficiente para tener acreditada la relación de causalidad reclamada por el instituto de la responsabilidad patrimonial, particularmente dentro del campo de la actividad médica ...”.

Posteriormente, en sentencia del 3 de mayo de 1996²⁴, se señaló –sin invertir la carga de la prueba del demandante- que dada la complejidad de los asuntos

²² Sentencias del 13 de julio de 1995. Expediente 9848. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y de 3 de abril de 1997. Expediente: 9467. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

²³ Sentencias del 6 de noviembre de 1997. Expediente: 11.701, reiterada en sentencia del 11 de mayo de 1999. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

²⁴ Sentencia del 3 de mayo de 1999. Expediente: 11.169. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

científicos y técnicos que entraña la materia médica o por la carencia de elementos probatorios directos que permitan establecer la relación de causalidad entre la falla del servicio médico y el daño, se podía acudir a la noción de “*causalidad probable*”, pero sí y solo sí el grado de dificultad probatoria para el actor es tal, que impida demostrar la certeza plena de su existencia. Consideró el Consejo en esa ocasión:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’, es decir, que la relación de causalidad queda probada ‘cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”.

Posteriormente y de manera más explícita, se ha precisado que la exigencia de “*un grado suficiente de probabilidad*” no implica la exoneración del deber de la parte actora de establecer la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica que hiciera posible atribuir a la entidad pública prestadora del servicio médico el daño padecido por la víctima, sino que ésta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios²⁵.

Con base en la evolución jurisprudencial edificada en relación con la responsabilidad médica es dable concluir que su fundamento encuentra sustento en la falla probada del servicio, en la que deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos.

En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, trabajo en el que cobran especial trascendencia los indicios.

En el caso en estudio se debate la responsabilidad del Estado por un daño producido como consecuencia de una alegada falla del servicio en la que habría

²⁵ Sentencias del 7 de octubre de 1999. Expediente: 12.655. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; 14 de junio de 2001. Expediente: 11.901. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez; 14 de julio de 2005. Expedientes. 15276 y 15332.

incurrido la parte demandada en la prestación del servicio médico hospitalario al señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra, quien murió como consecuencia de las omisiones en las cuales incurrieron los médicos de la clínica Rafael Uribe Uribe del I.S.S., de la ciudad de Cali, consistentes en un “*grotesco*” error de diagnóstico y consecuente deficiente atención médica, por cuanto a pesar de los antecedentes familiares de diverticulitis del entonces paciente, a éste no se le practicaron los exámenes de diagnóstico pertinentes, para verificar si padecía o no de dicha enfermedad, por lo cual no se brindó la atención médica en forma adecuada y oportuna, situación que desencadenó en su fallecimiento.

Bajo la anterior óptica, la Sala determinará si en el presente caso se configura, o no, la responsabilidad de la Administración.

2. Lo probado en el caso concreto

2.1. Cabe precisar que en este caso la parte actora aportó con la demanda copia simple de documentos presuntamente contentivos de las historias clínicas del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra adelantadas en la Clínica Rafael Uribe Uribe de la ciudad de Cali y en la Clínica Santa Isabel de Hungría de la ciudad de Palmira y en el acápite de pruebas no solicitó oficiar a cada una de esas instituciones prestadoras de salud para que allegaran copia auténtica de tales documentos.

Se observa igualmente que en la contestación de la demanda el Instituto de Seguros Sociales-Seccional Valle del Cauca se limitó a solicitar el decreto y práctica de los testimonios de los médicos Manuel Sotelo y Jorge Hernán Jiménez, sin que hubiere aportado las historias clínicas del señor Saavedra.

En consecuencia, el Tribunal *A Quo* se pronunció en el auto que abrió a pruebas el proceso acerca de aquellas pedidas oportunamente por las partes, sin que obre dentro del expediente documento alguno contentivo de las historias clínicas que resulte valorable.

En relación con la naturaleza jurídica de la historia clínica, la Sala ha explicado en reiteradas oportunidades que se trata de un documento público cuya valoración está sujeta a las reglas contenidas en la ley procesal civil, es decir, resulta necesario que hubiere sido aportado en original o en copia autenticada y ha

exigido además que en su contenido se trate de documentos claros, fidedignos y completos:

“La jurisprudencia de esta Sección se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos:

*‘Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y **desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió**, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía. Es por este aspecto que se hace evidente que el daño de la arteria poplítea se detectó casualmente a través de procedimiento quirúrgico realizado pero para solucionar la ‘ruptura cruzado posterior’ de la rodilla izquierda, y no para solucionar el daño de la arteria; está bien claro que no se practicó la arteriografía prueba que habría evidenciado otro daño pero grave y habría dado lugar a un procedimiento quirúrgico inmediato y para realizar la anastomosis. Tal aserto se corrobora con la declaración del médico cirujano general, doctor Salustiano Duarte, quien precisó que fue llamado a atender la urgencia que se descubrió cuando se intervenía al paciente -intraoperatorio-; dijo textualmente ‘fue un hallazgo operatorio’ (subraya la Sala)²⁶.*

A su vez, esta Sala se ha pronunciado respecto de —y ahora reafirma— la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo. En la anotada dirección se ha aseverado lo siguiente:

‘No debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad

²⁶ Sentencia del 10 de agosto de 2007. Expediente: 15.178, Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico. La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes²⁷ (subraya la Sala).

En la misma dirección anotada, en otro pronunciamiento en el cual se abordó idéntico extremo, la Sala manifestó:

‘Como se anotó al analizar la situación probatoria, no existe constancia en la historia clínica de que el paciente hubiera sido tratado por médicos especialistas. Y aunque obran en el proceso varios testimonios que podrían llevarnos a una conclusión diferente, resulta sorprendente que ningún registro se dejara en la historia. En relación con este punto, es necesario tener en cuenta que, como se anotó anteriormente, en los cuadros de diagnóstico clínico, como lo es el de apendicitis, el seguimiento de la evolución del paciente es fundamental, para lo cual es imprescindible contar con una historia clínica clara y completa, sobre todo si, como ocurrió en este caso, el paciente es siempre valorado por un médico diferente al que lo examinó anteriormente. Se observa, además, que varios apartes de la historia del hospital resultan prácticamente ilegibles. Se ha dicho al respecto que, en la medicina moderna, el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa²⁸ (subraya la Sala)²⁹.

A pesar de que en los casos en los cuales se debate la responsabilidad médica la historia clínica cobra absoluta relevancia en tanto a partir de dicho documento se puede deducir el diagnóstico, tratamiento y control del paciente, lo cierto es que en aquellos eventos en los cuales la historia clínica no obre dentro del expediente o se encuentre en copia simple en cuyo caso no es posible su valoración –como en esta ocasión- o hubiere sido allegada de conformidad con las reglas probatorias pero su contenido no sea claro o está incompleto o ilegible, el juez tendrá que analizar el material probatorio restante del cual podrá deducir la responsabilidad de la entidad demandada a través de la prueba indirecta o sencillamente concluir que no existen elementos de juicio suficientes para ello.

2.2. A partir de las pruebas oportunamente allegadas al expediente y que se

²⁷ Sentencia del 31 de agosto de 2006., Expediente: 15.772. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁸ Sentencia del 10 de febrero de 2000. Expediente: 11.878. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

²⁹ Sentencia del 28 de enero de 2009. Expediente: 16.700.

encuentran en estado de valoración, la Sala tiene como ciertos los siguientes elementos fácticos:

- El señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales (tarjeta de comprobación de derechos del Seguro Social con fecha de vencimiento 30 de mayo de 1996, fol. 14 c. 1).

- El 26 de abril de 1996, el señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra ingresó por urgencias a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali, lugar en donde fue atendido por el médico general Manuel Sotelo Alpala, quien declaró ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acerca de la prestación del servicio médico al señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra y el procedimiento médico que se le brindó al paciente, así:

*“De acuerdo a la historia clínica en abril 29 de 1996 a las 9:30 A.M., en el área de observación hice el seguimiento de evolución a un paciente que encuentro con ictericia que **presentaba dolor tipo cólico en el hipocondrio derecho y ardor en el hepigastrio**, este paciente en este momento tenía los signos vitales estables, **había ingresado con una ictericia a estudio** y se le había ordenado una escanografía de abdomen. Lo que yo hice fue manejar el dolor de epigastrio, ver valoración por medicina interna y reclamar la escanografía que había estado solicitada, eso fue a las 9:30 A. M. A las 11:30 A. M. de ese mismo día, después de obtener el resultado del tac, ordeno nuevos exámenes, transaminasas, tiempos de coagulación, proteínas totales, igm hepatitis A, antígenos para hepatitis B, HIV, CPK total, aerología para el leptosfira, no inyectar muscularmente, aerología para dengue, emocultivos, vigilar estado de conciencia y el manejo de los líquidos intravenosos. Al segundo día, o sea el día 30, a la evolución veo que el paciente tiene una presión de 140 a 100, **el cuadro ictérico sigue igual**, allí se hizo manejo de la presión, refiere que el dolor tipo cólico le había desaparecido, el tac de abdomen llegó normal y llegaron el resto de exámenes, entonces el manejo que le hago, es el siguiente: se cuadran líquidos intravenosos para 24 horas, se pide ecografía de hígado y vías biliares, creatinina, pum electrolitos y se solicita reclamar el resto de exámenes que están pendientes por llegar, se solicita interconsulta con cirugía y avisa si hay algún cambio en el paciente, también se hizo interconsulta a hematología. Según la historia clínica hasta aquí respondió el internista, lo vio y pide que el cirujano valore, **según la historia clínica el cirujano valora, no encuentra nada clínico, pide consentimiento a otro cirujano, el mismo que está de acuerdo, no es quirúrgico, solicita sea manejado clínicamente** y el internista da orden de hospitalización en el octavo piso norte **para continuar con el estudio del paciente**”. (fols. 205 a 207 c. 1). (Resaltado por fuera del texto original).*

Al interrogársele acerca de la diferencia entre la diverticulitis y la ictericia, el médico general respondió:

“La diverticulitis es una inflamación del divertículo meckel. Ictericia es la presencia de pigmentos biliares en la piel y en las escleras. (...).

*La ictericia es una manifestación clínica de un proceso de sepsis de hepatitis, de cirrosis, de procesos obstructivos, de intoxicaciones por fármacos, de enfermedades hereditarias, neoclasias, **que requieren previo estudio**” (fols. 205 a 207 c. 1). (Resaltado por fuera del texto original).*

- Durante la hospitalización del señor Saavedra Saavedra en la Clínica Rafael Uribe Uribe, el cuñado del paciente, quien es profesional de la medicina, informó al médico tratante acerca de los antecedentes familiares de diverticulitis (testimonio, fols. 161 a 165 c. 1).

- El 11 de mayo de 1996, el señor Saavedra fue dado de alta (testimonios, fol. 165 c. 1).

- El 22 de mayo de 1996, el señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra ingresó por urgencias a la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, en donde fue atendido por el cirujano general Miguel Antonio Esmeral Cervantes, quien declaró ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acerca de la atención, tratamiento y cirugía practicada al paciente en los siguientes términos:

*“Sí, yo lo revisé el día 22 de mayo y lo hospitalicé porque presentaba un cuadro de **dolor abdominal** y fiebre, se le ordenaron antibióticos, para gran negativos y anaerobios porque se pensó en un cuadro diverticular perforado porque ya había operado dos hermanos de Jorge Enrique del mismo problema, se le ordenó una escanografía de abdomen para terminar el estudio, manejado médicamente hasta el día 27 de mayo, se habló con los familiares y el paciente reusó (sic) trasladarse al Valle de Lili, motivo por el cual se operó en Palmira practicándole una laparotomía **encontrándose tres abscesos (sic) abdominales producidos por divertículos perforados antiguos**, no había pus libre en cavidad. Empezó a practicarse la recepción del colon con los abscesos (sic), pero en estos casos **cuando hay sepsis o infección severa prolongada a pesar de estar cubierto cinco días con antibióticos las bacterias pasan al torrente sanguíneo y destruyen los factores de coagulación y producen una coagulopatía de consumo que fue la causa de muerte de este paciente**, a pesar de que se le puso varias unidades de crioprecipitado, donde van todos los factores de coagulación de la sangre, pero por la severidad de la enfermedad no se logró controlar la hemorragia.*

*(...). La diverticulitis es el proceso de inflamación de los divertículos y **la ictericia es aumento de bilirrubina en la sangre que tiene muchas causas**, todos los daños hepáticos producen ictericia y **puede producirse también por infecciones severas no controladas** que producen hemólisis o destrucción de los glóbulos rojos liberando bilirrubina.*

PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho cómo hace el médico para

llegar o tener un diagnóstico de que esta persona tiene diverticulitis.

CONTESTÓ.- Generalmente por los signos y síntomas se sospecha la enfermedad, después de sospechada se recurre a la ayuda diagnóstica por paraclínicos los cuales son: colon por enema, colonoscopia, escanografía dinámica con doble medio de contraste.

*PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho de acuerdo con su larga experiencia como médico cirujano **qué sucede si a una persona se le trata por ictericia, cuando se le debe tratar por diverticulitis.***

*CONTESTÓ.- Esta confusión diagnóstica generalmente es catastrófica, porque **lleva la formación de abscesos intra-abdominales** que ponen en grave peligro la vida del paciente.*

PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho por qué razón, si le consta, este paciente desde el día 26 de abril de 1996 presentando síntomas abdominales finalmente fue intervenido el día 27 de mayo de 1996 en la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira.

CONTESTÓ.- No le puedo contestar que pasó antes del 22 de mayo que fue el día que me llamaron a mi como cirujano y lo hospitalicé para su tratamiento de su cuadro séptico estudio de su problema y preparación del colon, como es sabido estos pacientes que no tienen abdomen agudo pero que se le sospecha abscesos se cubren con antibióticos, se hace una preparación mecánica del colon, se le piden laboratorios y turno para la escanografía, tiempo prudente para evitar la contaminación e infección intra-abdominal del paciente, se hospitalizó el 22 de mayo y se llevó a cirugía el 27 del mismo mes ya que atravesó un festivo en esa época y no había forma de hacerle los estudios en los laboratorios que trabajan con el Seguro Social en la ciudad, además se pensó que el proceso séptico estaba controlado pero nunca se pensó que fuera de tan grande magnitud. Tres abscesos abdominales a partir de tres divertículos perforados del colon localizados como ya se dijo en la historia clínica dos en el colon sigmoide y uno en el colon transversal a nivel del páncreas.

(...). PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si cuando el doctor Saavedra llega a su consultorio trae consigo los exámenes que le fueron realizados en la clínica Rafael Uribe Uribe, esto lo digo por cuanto dentro del proceso se ha demostrado que se realizaron exámenes de ecografía vías biliares, creatinina, electrolitos, exámenes hepáticos y enemas evacuantes.

*CONTESTÓ.- **Sí traía algunos exámenes pero para el caso del paciente ninguno era concluyente**, motivo por el cual en sus cinco días previos a la cirugía en la hospitalización en la clínica de Palmira se le pidió una escanografía dinámica de abdomen.*

PREGUNTADO: De acuerdo a respuesta anterior, qué nos puede decir en cuanto a los siguientes exámenes colangiografía endoscopia y ecografía biliar.

CONTESTÓ.- Con estos dos exámenes solo se pensaba que tenía un proceso hepático no lo que tenía el paciente.

(...). PREGUNTADO: De acuerdo con su anterior respuesta, considera usted

que en algún momento el paciente al haber ingresado por primera vez al Instituto de Seguro Social de Cali podría haber traído una sintomatología y/o enfermedad distinta a la que finalmente le produjo su deceso.

CONTESTÓ.- Yo fui muy insistente en preguntarle qué fue lo primero que él sintió cuando fue por primera vez al médico y él manifestó que era lo mismo que tenía en ese momento.

PREGUNTADO: En su concepto médico por qué considera usted que desde el día 30 de abril hasta el día 11 de mayo que fue dado de alta de la Clínica Rafael Uribe Uribe el paciente no refiere dolor y es dado de alta en muy buenas condiciones.

CONTESTÓ.- No conozco bien la historia de la Clínica Rafael Uribe, pero hablando con un pariente médico del señor Saavedra, me contó que **le habían dado varios antibióticos, creo que con este tratamiento controlaron o enfriaron el proceso inflamatorio intra-abdominal.**

PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si considera usted que el consumo de alcohol y drogas adelgazantes como alcachofas y algas pueden haber repercutido en la creación de la enfermedad llamada diverticulitis y en su posterior perforación.

CONTESTÓ.- Hasta ahora no está descrito que yo conozca, la intoxicación por alcachofa hace daño hepático lo mismo que el alcohol pero no produce ni daño ni perforación de divertículos.

PREGUNTADO: Según su respuesta anterior quiere decir que el paciente en algún momento, particularmente cuando presentó síntomas ictericia presentaba daño hepático también.

CONTESTÓ.- **En los exámenes de laboratorio que se le practicaron en Palmira no hubo ningún indicio de daño hepático y yo al abrir el paciente el hígado se veía completamente sano en cuanto a su color, textura y forma, personalmente cuando encuentro estos casos pienso que el hígado no está comprometido.**

PREGUNTADO: Por qué considera usted que habiendo sido presentado el paciente a interconsulta, es decir, revisado por especialistas de distintas áreas como nefrólogo, gastroenterólogo, hematólogo y cirugía hasta este momento no dan con un resultado distinto del de hepapopatía probablemente secundaria por hepapostóticos por alcohol, drogas, alcachofas, algas.

CONTESTÓ.- Lo único que puedo decir es que el paciente tenía un abdomen quirúrgico positivo en el momento que yo lo examiné y **por historia clínica, no se a qué se debió la confusión diagnóstica porque para mi la verdad es que fue muy claro el cuadro.**

PREGUNTADO: De acuerdo con su respuesta anterior usted presumió la diverticulitis también por cuanto habían tratado por la misma enfermedad a los hermanos del paciente, o directamente por la situación que presentaba el paciente.

CONTESTÓ.- Indudablemente que en medicina hay que hacer una labor

investigativa sobre todos los factores que influyen a las enfermedades, teniendo el antecedente dos cirugías anteriores a sus hermanos y con el cuadro abdominal, le manifesté al doctor Julio César Reina, cuñado del paciente, que el cuadro era de diverticulitis perforada con absceso abdominal que lo trasladaran a Cali, pero el paciente rehusó en venir, con él le manifesté el plan de tratamiento y la cirugía que había que realizar y él estuvo de acuerdo.

PREGUNTADO: Manifieste al Despacho en cuánto tiempo se desarrolla una diverticulitis.

CONTESTÓ.- El proceso inflamatorio de los divertículos se realiza en pocas horas y la perforación si no es tratada a tiempo la diverticulitis se realiza en 24 a 48 horas.

PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si considera usted si podría considerarse en algún momento que las causales por la cuales se internó el señor Saavedra en Cali y posteriormente en la ciudad de Palmira fueron distintas.

*CONTESTÓ.- Yo me baso en lo que el paciente manifestó al primer interrogatorio que sentía lo mismo que cuando llegó por primera vez a consultar al Seguro Social en Cali, segundo, **la fibrosis que acompañaba a los abscesos y la organización de estos que habían comprometido parte del páncreas, hacen pensar que el cuadro llevaba semanas de evolución**" (fols. 155 a 160 c. 1).*

El médico cirujano también diferenció la diverticulitis y la ictericia y depuso acerca de los casos de los hermanos del paciente, quienes fueron intervenidos quirúrgicamente por diverticulitis con resultados positivos.

Respecto de las causas de la diverticulitis señaló que en la mayoría de los casos obedece a los malos hábitos alimentarios y definió la ictericia en los siguientes términos: *"La ictericia no es ninguna enfermedad, es un signo del aumento de bilirrubina a nivel sanguíneo lo cual se manifiesta en una coloración amarilla de la piel y de los ojos con aumento de coloración de todos los líquidos que expide el organismo, puede ser causada por múltiples causas, entre las principales están los daños hepáticos, obstrucción de la vía biliar y la sepsis (...)"* (fol. 158 c. 1).

Informó además que intervino quirúrgicamente a los hermanos del paciente por diverticulitis y describió el tratamiento en esos casos, así:

"Sí, como lo manifesté anteriormente presentaron cuadros de diverticulitis perforada clínicamente, se les cubrió con antibióticos y se les hicieron los estudios correspondientes, practicándoles la recepción de los segmentos comprometidos sin complicaciones postoperatorios, actualmente se encuentran en buen estado" (fol. 157 c. 1).

- El 27 de mayo de 1996 a las 2:00 P.M., murió el señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra por “coagulopatia de consumo” y septicemia intrabdominal (registro civil de defunción, fol. 13 c. 1).

- El señor Diego Fajardo Saavedra, primo hermano del paciente y de profesión médico, declaró ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Afirmó que el 26 de abril de 1996 acudió a la Clínica Rafael Uribe Uribe para acompañar a su familiar y acerca de la atención médica y tratamiento brindado al paciente señaló:

“Al no ser miembro de esa Institución sólo me tocó avocar como médico una mejor atención como lo requería el caso pues pude ver a Jorge Enrique en estado de confusión mental completamente icterico, febril, deshidratado, en espera de interconsultas que nunca llegaron hasta que por la presión nuestra y de los familiares fue atendido por especialistas, logramos que lo pasaran a una de las camas de urgencias para lograr tener un mejor control de sus signos vitales y que por lo menos no se perdiera en esa cantidad de camillas que esperan solución a sus problemas, de allí fue trasladado a la hospitalización formal donde entiendo le hicieron los exámenes pertinentes pero que no lograron establecer un diagnóstico exacto de su dolencia, pues esto se reflejó después de la salida cuando Jorge Enrique nunca logró una reposición de sus males y que desafortunadamente culminó con su deceso en circunstancias lamentables. (...) Yo no fui por razones obvias institucionales médico tratante, pero pude darme cuenta que durante su ingreso a la Clínica Rafael Uribe Uribe recibió antibióticos de altísimo espectro que pudieron encubrir la dolencia séptica que produjo su deceso. Durante este período en urgencias se hizo hincapié sobre la historia familiar de diverticulosis y diverticulitis que han afectado a su familia, con buenos resultados a dos de ellos que fueron diagnosticados a tiempo y regular resultado para un hermano que padeció muchas intervenciones quirúrgicas hasta poder resolver su problema (...)” (fols. 167 a 169 c. 1).

- Los señores Adolfo León Oliveros Tascón³⁰, Manuel Yesid Rojas González³¹, Amparo Jiménez³², Carlos Alberto Franco Salamanca³³, Alba Nohemy Cobo Vásquez³⁴, Humberto Alirio Salazar Gómez³⁵, rindieron testimonio ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y coincidieron en afirmar que el señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra era una persona saludable, sin vicio alguno y que no acostumbraba a consumir hierbas de ninguna naturaleza y mucho menos para adelgazar, en tanto no era una persona gorda y mucho menos obesa; que era un académico consagrado a su trabajo y tenía excelentes relaciones con todos sus

³⁰ De profesión abogado; amigo y compañero de trabajo de la víctima directa (fol. 171 c. 1).

³¹ De profesión educador; amigo de la víctima directa (fol. 177 c. 1).

³² De profesión educadora; amiga de la víctima directa (fol. 182 c. 1).

³³ De profesión arquitecto; compañero y amigo de la víctima directa (fol. 185 c. 1).

³⁴ De profesión abogada; amiga personal y de la familia de la víctima directa (fol. 189 c. 1).

³⁵ De profesión abogado; amigo de la víctima directa (fol. 196 c. 1).

familiares y amigos; que sus padres y hermanos sintieron mucha tristeza con su muerte y aún lo recuerdan con nostalgia (fols. 171 a 174, 177 a 178, 181 a 184, 185 a 188, 189 a 192, 195 a 198 c. 1).

3. Análisis del caso concreto.

3.1. El daño.

La Sala encuentra claramente acreditado el daño, consistente en la muerte del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra el 27 de mayo de 1996 en la Clínica Santa Isabel de Hungría de la ciudad de Palmira, a causa de una coagulopatía de consumo por septicemia intra-abdominal (registro civil de defunción certificado por el médico cirujano, fol. 13 c. 1).

3.2. La imputación.

En este caso se debate la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales-Seccional Valle del Cauca por la muerte del señor Saavedra, como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico hospitalario en la cual incurrieron los médicos **de la Clínica Rafael Uribe Uribe del I.S.S., de la ciudad de Cali**, consistente en error de diagnóstico y en la omisión de tratamiento oportuno.

La Sala encuentra probada la afiliación del señor Saavedra al Instituto de Seguro Social y que ésta se encontraba vigente para la fecha en la cual acudió a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali y a la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira.

Está igualmente demostrada la prestación del servicio médico en ambas instituciones.

En efecto, el día 26 de abril de 1996 el señor Saavedra ingresó por urgencias a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali en donde fue atendido por el médico general Manuel Sotelo Alpala por el dolor tipo cólico en el hipocondrio derecho y ardor en el epigastrio que presentaba el paciente. Al examinarlo y practicarle los exámenes se concluyó que el paciente había ingresado con una ictericia que debía ser estudiada. Luego de practicarle los exámenes médicos y de laboratorio respectivos y de consultar con varios especialistas, se concluyó que no se trataba de un cuadro quirúrgico y, por consiguiente, se manejó clínicamente al paciente

sin que se hubiere efectuado un diagnóstico definitivo.

La ictericia *“es una coloración amarillenta en la piel, las membranas mucosas o los ojos. El pigmento amarillo proviene de la bilirrubina, un subproducto de los glóbulos rojos viejos. La ictericia también es un síntoma de otros trastornos. (...) Antes de que se pueda administrar el tratamiento, se debe determinar la causa de la ictericia”*³⁶, es decir, se deben efectuar todos los exámenes físicos y de laboratorio con el fin de identificar y diagnosticar la causa de la ictericia, que es un síntoma mas no una enfermedad como tal.

Con fundamento en el testimonio del médico general que atendió al señor Saavedra Saavedra en la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali, es dable concluir que al paciente se le prestó la atención médica, fue valorado y se le practicaron varios exámenes con el fin de descubrir la causa de la ictericia sin que se hubiere llegado a diagnóstico alguno y, como el paciente mejoró y el dolor abdominal que presentaba desapareció, fue dado de alta.

La Sala encuentra probado que el señor Saavedra Saavedra volvió a presentar los mismos síntomas, es decir dolor abdominal e ictericia, razón por la cual el 22 de mayo de 1996 ingresó a la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, en donde fue atendido por el médico general Miguel Antonio Esmeral Cervantes, quien luego de revisar los exámenes médicos que ordenó practicar al paciente, le diagnosticó diverticulitis que es *“una hinchazón (inflamación) de una bolsa o divertículo anormal en la pared intestinal. Estas bolsas generalmente se encuentran en el intestino grueso (colon). La presencia de estas bolsas se denomina diverticulosis”* y que *“generalmente, se trata de una afección leve que responde bien al tratamiento”*³⁷.

A pesar del diagnóstico, el paciente sólo pudo ser intervenido quirúrgicamente 5 días después de su ingreso a la Clínica Santa Isabel de Hungría por cuanto en esa época hubo un fin de semana con festivo y *“no había forma de hacerle los estudios en los laboratorios que trabajan con el Seguro Social en la ciudad”*.

³⁶ Página web de Medline Plus consultada el 7 de abril de 2010 a las 6:24 P.M. <http://vsearch.nlm.nih.gov/vivisimo/cgi-bin/query-meta?v:project=medlineplus-spanish&query=Ictericia>

³⁷ Página web de Medline Plus consultada el 7 de abril de 2010 a las 6:33 P.M. <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000257.htm>

El material probatorio muestra la falla del servicio en que incurrió la Clínica Rafael Uribe Uribe en consideración a que a pesar de la atención médica brindada al paciente, no efectuó diagnóstico concluyente de la causa de la ictericia que padecía sino que, cuando el paciente presentó mejoría se limitó a darle de alta sin disponer de todos los procedimientos necesarios para evaluar todos los síntomas del paciente ni realizar una evaluación con la cual se hubiere podido realizar un diagnóstico y el respectivo tratamiento que resultare acorde con el estado real del paciente. En otras palabras, no se concluyó cuál fue la causa de la ictericia, sino que simplemente se combatió el síntoma.

A pesar de lo anterior, esto es encontrarse claramente probada la falla del servicio, la Sala no encuentra acreditado el nexo de causalidad entre el daño –la muerte del paciente- y la falla del servicio –omisión de diagnóstico-.

En efecto, no existe certeza de que la causa de la ictericia que padeció el paciente cuando fue tratado en la Clínica Rafael Uribe Uribe hubiere sido la diverticulitis, enfermedad que le fue diagnosticada en la Clínica Santa Isabel de Hungría y, a pesar de que el médico que lo trató en la segunda institución médica aseveró que para él el cuadro médico era absolutamente claro en ese momento, lo cierto es que también afirmó que el proceso de diverticulitis y las complicaciones, de no ser tratada a tiempo, como lo fue la peritonitis, se desarrolla en pocos días.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que el análisis que se debe efectuar en este tipo de casos para deducir la responsabilidad médica es *ex ante*, es decir, el papel de juzgador no consiste en evaluar al paciente cuando el daño ya ha ocurrido, tratando de reconstruir hacia atrás su evolución en forma inversa a como acaecieron los hechos, sino que debe ponerse en el momento en el cual el médico debió tomar la decisión con fundamento en el cuadro del enfermo –lo cual no es posible en este caso por la ausencia de la historia clínica- y determinar cuáles eran los elementos con que contaba el profesional de la salud. En otras palabras, el Juez debe estudiar si la acción médica realizada encuadra dentro de los parámetros adecuados para el momento exacto del tratamiento. Así lo ha dicho la Sala:

“Cabe precisar que en los casos en que se debate la responsabilidad del Estado por una presunta falla médica, deben evaluarse las circunstancias y

*el momento en que se empieza a tratar el paciente, el cuadro que presenta y las obligaciones exigibles al momento de la atención*³⁸.

Entonces, a pesar de no existir diagnóstico alguno por parte de la Clínica Rafael Uribe Uribe, lo cierto es que el escaso material probatorio no permite inferir que en ese primer momento la causa de la ictericia hubiere sido la diverticulitis –causa de la muerte del paciente-, puesto que esa manifestación física es simplemente un síntoma que pueda ser causado por diversas enfermedades.

Cabe destacar finalmente que la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal *A Quo* encontró sustento en la presunta falla médica en la cual incurrió la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira, en tanto se demoró 5 días para practicarle una cirugía urgente al paciente.

Al respecto, la Sala advierte que tal cuestionamiento no resulta procedente en este caso en consideración a que desborda la causa petendi de la demanda, en la cual el daño se imputó a la Clínica Rafael Uribe Uribe por la omisión de diagnóstico, es decir, los demandantes no imputaron responsabilidad alguna al ISS por tales hechos, circunstancia que obliga a la Sala a abstenerse de realizar pronunciamiento alguno acerca de la eventual falla del servicio del ISS por los hechos ocurridos en la Clínica Santa Isabel de Hungría de Palmira.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada, dado que la muerte del señor Jorge Enrique Saavedra Saavedra no es imputable al ISS a título de falla del servicio en los términos en que ello fue planteado en la correspondiente demanda.

4. Costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República

³⁸ Sentencia del 11 de febrero de 2009. Expediente: 19.358. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 3 de febrero de 2002.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN CONDENA en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
PRESIDENTA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTACION - Elementos / ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico e imputación

La Sala parte, en este caso, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serian, a saber: i) daño antijurídico, ii) falla del servicio, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) hecho dañoso. La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico. Previo a cualquier análisis, es menester reseñar los elementos estructurales que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena determinar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las

ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo; y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser). Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad. Así las cosas, según la disposición lógico – normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto – DAÑO-. Por ello se ha dicho con trascendencia y claridad epistemológica.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Elementos

Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese continuum, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, "...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho". La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado – en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación –entendida esta última como atribución de la respectiva lesión, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad. En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra

cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución vigente.

NEXO CAUSAL - Noción

Ahora bien, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación. No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política. Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico-, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre *physis* y *nomos*. En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la causalidad en su natural sentido óntico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho –imputación- mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos”.

FALLA MEDICA - Carga de la prueba

La carga de la prueba es un aspecto que se debate desde orígenes del derecho como ciencia jurídica y, con mayor profundidad y rigurosidad, en los inicios de la sistematización del derecho sustancial (Códigos Civiles), así como con la transformación en el análisis del denominado derecho adjetivo, para convertirse en el actual derecho procesal. Los cuestionamientos ¿A quién le incumbe probar? ¿Quién está capacitado para probar determinados supuestos que se ventilan en un determinado litigio?; son interrogantes a los que las partes y el operador judicial se enfrentan diariamente en la administración de justicia. Dicha situación constituye, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más relevantes del derecho procesal y probatorio moderno, como quiera que la máxima del derecho romano “actori incumbit onus probandi”, según la cual a quien alega los hechos le corresponde probarlos, no puede, bajo ningún punto de vista, convertirse en una cortapisa inamovible, inmodificable y petrificada que no permita reconocer y ponderar, en cada caso concreto quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten en un determinado proceso entre demandante y demandado. Es por lo anterior que no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba, a través de postulados inflexibles, como quiera que el derecho en sí mismo, reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros. Bajo esa óptica, en mi criterio, el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio (en cuanto a la rigidez de a quién incumbe la carga de la prueba), con los avances de las ciencias naturales como sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación.

RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL - Debe aplicarse nuevamente el régimen de falla presunta

Como se aprecia, si bien esta Sala ha defendido en diversas oportunidades –a partir del año 2006– un supuesto abandono de la teoría de las cargas probatorias dinámicas y de la falla presunta del servicio, para adoptar un criterio estático de falla probada, lo cierto es que con la providencia de la referencia se aprecia que no existe una línea jurisprudencial estructurada sobre la materia, puesto que en ocasiones se reconoce la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica con base en el principio constitucional de la equidad. En consecuencia, aclaro mi voto en cuanto concierne a este específico tópico toda vez que estoy convencido que la Sala debería retornar a un sistema de falla presunta, en garantía del extremo de la relación jurídica que no posee conocimientos doctos sobre los aspectos científicos que involucra la ciencia médica. Y es que las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales correctoras del procedimiento probatorio común de la culpa o de falla, en la responsabilidad patrimonial médica, buscan excepcionar la regla general probatoria de la culpa y/o falla y darle paso a la presunción general, como quiera que la prueba de la misma ha sido considerada como una probatio diabólica.

CONSEJO DE ESTADO

SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087)A

Actor: SAUL SAAVEDRA GUTIERREZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-SECCIONAL VALLE DEL CAUCA

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 28 de abril de 2010, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, la Corporación revocó la decisión apelada y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda. Ahora bien, en cuanto a: i) los elementos de la responsabilidad, y ii) la carga de la prueba de la falla médica, en la parte motiva se puntualizó lo siguiente:

“(…) Frente a lo anterior, la Sala recientemente consideró que no era necesario alterar las reglas probatorias legalmente establecidas, para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere faltado al deber de lealtad procesal, pues el mismo ordenamiento jurídico –artículo 249 C.P.C.– prevé que el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

“Así mismo, se consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad –el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos– para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser construidos a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes.

“(…) Es claro, el mandato del artículo 177 del C.P.C., que la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales se fundamentan sus

pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer.

“(...)” (Páginas 13 y 15).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto de las afirmaciones transcritas, por las siguientes consideraciones:

2.1. Los elementos de la responsabilidad

La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño, ii) nexo causal y iii) la falla del servicio.

La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

“El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“(...)” (negrillas fuera del texto original).

Previo a cualquier análisis, es menester reseñar los elementos estructurales que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena determinar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden

causal y la sociedad como orden normativo;³⁹ y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser)⁴⁰. Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad.

Así las cosas, según la disposición lógico – normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto – DAÑO-. Por ello se ha dicho con trascendencia y claridad epistemológica:

“... Causa y efecto además no existen como términos aislados, sino como meros momentos de un proceso, de un **continuum**. “Los fenómenos como causa y efecto, dice Kelsen, constituyen una conexión de hechos directa, aunque no siempre perceptible inmediatamente. La llamada causa se cambia imperceptiblemente en el llamado efecto. Causa y efecto son, en palabras de Goethe, un fenómeno indivisible. Que los separemos sin embargo una de otro, que incluso que los opongamos entre sí, que intencionalmente aislemos de la cadena continua de innumerables elementos dos solamente como **la** causa y **el** efecto que se imputa a esa causa sola, se debe al vetusto hábito de interpretarla naturaleza conforme al principio de retribución”⁴¹

Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese *continuum*, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o

³⁹ Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda.. 1952. Pág. 12.

⁴⁰ Kant los asimila a mandatos de la razón que denomina imperativos. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Ariel, Barcelona, Primera Edición, 1996, pág. 62

⁴¹ Revista de derecho de la Universidad de Antioquia. Homenaje a Hans Kelsen, B. Mantilla Pineda. El principio de retribución y la ley de causalidad. Pág. 358 y 359.

disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Y es así, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha entendido:

“porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que **el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.**

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”⁴²

“Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores⁴³, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que **“... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...”**, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”⁴⁴
(Negrilla fuera de texto)

Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, “...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas

⁴² Sentencia del Consejo de Estado de diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

⁴³ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

⁴⁴ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho⁴⁵”

La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. En efecto, la doctrina sostiene:

“Por lo demás, la no circunscripción de la categoría de antijuridicidad a una única rama del ordenamiento jurídico no hace más que poner de relieve, una vez más, la esencial trabazón existente entre todos los sectores jurídicos parciales integrantes del mismo, puesto que la “determinación normativa” de las circunstancias que caracterizan la antijuridicidad puede encontrarse fuera del ámbito normativo que cualifica tipológicamente el supuesto de hecho que hace surgir la responsabilidad civil”⁴⁶.

La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

“(…) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

“La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

“Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre

⁴⁵ “27. HAYEK señala a este propósito que solo así “la regla de no perjudicar a otro cobra algún sentido para un grupo de hombres que tienen el derecho a perseguir cada uno sus propios objetivos”; de otra forma, si todas las personas tuviesen que atenerse continuamente a lo que los otros esperan o presuponen de su comportamiento, “el resultado sería, en breve plazo, el descalabro del orden” (cfr. Hayek, F.A.: *Droit, legislation et liberté*, París, 1981,t. I,pp. 122 y 124, respectivamente). Vid., en el mismo sentido, CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *Contrato e deveres de proteccao*, Coimbra, 1994, p. 130”. Citado en Busto Iago, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos S.A. Madrid. 1998. pag 45.

⁴⁶ Busto Iago, José Manuel. Ob cit. Pag 50.

responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...”⁴⁷

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

Más aun, dicha posición ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones⁴⁸, en la cual se ha puntualizado recientemente, entre otros aspectos, lo siguiente:

“De manera tal que *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*⁴⁹, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la *“calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa”* (subrayas en el original)⁵⁰.

"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del **daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal** armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración⁵¹. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13)⁵², y en la garantía integral del patrimonio de los

⁴⁷ Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 112 de 3 de julio de 1991, pág. 7 y 8.

⁴⁸ Al respecto ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁴⁹ Sentencia C-533 de 1996.

⁵⁰ Sentencia C-043 de 2004. En la misma decisión sostuvo: *“No se trata de saber si hubo o no una **falla** en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un **“daño antijurídico”**, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar”* (negrillas fuera del texto original).

⁵¹ Sentencia C-333 de 1996.

⁵² Esta Corporación, en Sentencia C-333-96, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, resaltó la armonía existente entre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en el artículo 90 de la Carta y el Estado Social de Derecho: *“Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber*

ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución⁵³. (Negrilla fuera del texto)

“El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz el artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti”*⁵⁴. (Negrilla fuera del texto)

“La Corte Constitucional ha, de esta manera, reiterado las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

“(S)on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.

⁵³ Sentencia C-832 de 2001.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993, loc. cit.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.” (negritas y subrayado fuera del texto original)⁵⁵

“Esta última cita es pertinente para recalcar en la cuestión objeto de estudio en la presente decisión, pues tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de *cualquier autoridad pública*. **En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.**”⁵⁶

Como se aprecia, no es posible, estrictamente hablando, que se amplíe la gama de los componentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que ellos se circunscriben, desde la óptica del derecho, al daño antijurídico y a la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución vigente. En síntesis, puede afirmarse, que la labor analítica del juez en asuntos de

⁵⁵ Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel –daño antijurídico-, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público.

Ahora bien, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política⁵⁷.

Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico-, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo⁵⁸, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵⁸ “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre *physis* y *nomos*.

Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.

En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la causalidad en su natural sentido óptico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho –imputación- mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”⁵⁹, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos”.⁶⁰

Es por lo anterior, que lo itero una vez más, el análisis de éstas controversias debe hacerse en el entendimiento que se deja planteado, de no hacerlo así, la Sala estaría manteniendo una postura que ya ha sido superada en el ordenamiento jurídico (art. 90 C. P.).

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el anterior entendimiento ha sido avalado por la jurisprudencia extranjera, específicamente la española, la cual,

⁵⁹ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 12 Edición, 1974, pág. 20.

⁶⁰ Kelsen – Cossio. Obra cit pag. 22.

partiendo de similares contenidos normativos a los existentes en nuestro país, ha explicado los elementos de la responsabilidad en los siguientes términos:

“(…) Segundo: La responsabilidad del Estado que con carácter objetivo se configura por primera vez en *1954 dentro de la Ley de Expropiación Forzosa (art. 121)* y se alberga tres años después en la de régimen jurídico de la Administración (art. 40), ha adquirido relieve constitucional en los arts. 9.º y 106, párrafo 2.º, como garantía fundamental en la órbita de la seguridad jurídica, aun cuando su entronque más directo lo tenga con el valor «justicia», uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático, que proclama el *art. 1.º de la misma Constitución* .

“En el esquema de este concepto, el primero y principal de sus elementos estructurales es la lesión patrimonial, equivalente por su contenido a cualquier daño o perjuicio, en la doble modalidad, clásica desde la antigua Roma, del lucro cesante o del daño emergente. En este caso, no cabe la menor duda de que la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción. Ahora bien, no es suficiente el menoscabo económico, factor material, sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por lo tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo. En definitiva, la lesión se define como un daño ilegítimo y tal calificación conviene perfectamente a la Orden de 10 de agosto de 1985 desde el mismo instante en que nuestra Sentencia de 4 de julio de 1987 comprobó y declaró que era nula de pleno Derecho.

“En otro plano ha de situarse el vínculo entre la lesión y el agente que la produce, entre el acto dañoso y la Administración que es su autora, y por tanto implica la necesidad de que pueda serle imputado o atribuido, en su actuación propia, como poder y en el uso de sus potestades públicas...

“(…)”⁶¹ (cursivas del original – negrillas adicionales).

Al margen de las consideraciones sobre la materia, y que se han expuesto en relación con los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, lo cierto es que la Sala debe asumir una posición definitiva en relación al asunto objeto de análisis, como quiera que el 30 de agosto de 2007, esta misma Sección profirió una sentencia (expediente 15.932) en la cual el capítulo denominado “daño antijurídico e imputabilidad” fue aprobado sin ningún tipo de observación y en forma unánime.

⁶¹ Tribunal Supremo Español – Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de noviembre de 1993, rad. STS 11664, M.P. Ángel Alfonso Llorente Calama. Ver igualmente: sentencia de 10 de julio de 1992, rad. STS 11010.

2.2. Carga de la prueba de la falla médica

La carga de la prueba es un aspecto que se debate desde orígenes del derecho como ciencia jurídica y, con mayor profundidad y rigurosidad, en los inicios de la sistematización del derecho sustancial (Códigos Civiles), así como con la transformación en el análisis del denominado derecho adjetivo, para convertirse en el actual derecho procesal.

Los cuestionamientos ¿A quién le incumbe probar? ¿Quién está capacitado para probar determinados supuestos que se ventilan en un determinado litigio?; son interrogantes a los que las partes y el operador judicial se enfrentan diariamente en la administración de justicia. Dicha situación constituye, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más relevantes del derecho procesal y probatorio moderno, como quiera que la máxima del derecho romano "*actori incumbit onus probandi*", según la cual a quien alega los hechos le corresponde probarlos, no puede, bajo ningún punto de vista, convertirse en una cortapisa inamovible, inmodificable y petrificada que no permita reconocer y ponderar, en cada caso concreto quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten en un determinado proceso entre demandante y demandado.

Es por lo anterior que no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba, a través de postulados inflexibles⁶², como quiera que el derecho en sí mismo, reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros.

Bajo esa óptica, en mi criterio, el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio (en cuanto a la rigidez de a quién incumbe la carga de la

⁶² "(...) luego de haber sido incorporado plenamente al lenguaje procesal el concepto de "carga probatoria", se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, contraviniéndose así –a nuestro entender– el espíritu de su primer mentor [se refiere a Goldschmidt], quien siempre concibió su teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales. De esta manera se "fijaron" literalmente las reglas de la carga de la prueba de una manera demasiado rígida, sin ningún tipo de miramiento relacionado con las circunstancias particulares del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución... Establecido lo anterior, conviene señalar que posteriormente se comenzó a comprobar que la carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado" PEYRANO, Marcos "La Teoría de las "cargas probatorias dinámicas" en la flamante ley de enjuiciamiento civil española (ley 1/2000)", en "Cargas Probatorias Dinámicas", Director Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Pág. 181 y 182.

prueba)⁶³, con los avances de las ciencias naturales como sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación.

Así las cosas, la providencia entra en una contradicción con recientes pronunciamientos de la Sala, concretamente con la sentencia del 31 de agosto de 2006,⁶⁴ ocasión en la que se precisó el supuesto abandono de la teoría de las cargas probatorias dinámicas; no obstante, en providencia de esa misma fecha, en otro expediente, la Sección incurrió en la siguiente paradoja:

“En este orden de ideas, la Sala ha concluido que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en eventos como estos y de manera excepcional, la Sala ha considerado procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.”⁶⁵

Como se aprecia, si bien esta Sala ha defendido en diversas oportunidades –a partir del año 2006– un supuesto abandono de la teoría de las cargas probatorias dinámicas y de la falla presunta del servicio, para adoptar un criterio estático de falla probada, lo cierto es que con la providencia de la referencia se aprecia que no existe una línea jurisprudencial estructurada sobre la materia, puesto que en ocasiones se reconoce la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica con base en el principio constitucional de la equidad.

En consecuencia, aclaro mi voto en cuanto concierne a este específico tópico toda vez que estoy convencido que la Sala debería retornar a un sistema de falla presunta, en garantía del extremo de la relación jurídica que no posee conocimientos doctos sobre los aspectos científicos que involucra la ciencia médica.

⁶³ “Artículo 177 del C.P.C.-**Carga de la prueba**. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 15.772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 15.283, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Y es que las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales correctoras del procedimiento probatorio común de la culpa o de falla, en la responsabilidad patrimonial médica, buscan excepcionar la regla general probatoria de la culpa y/o falla y darle paso a la presunción general, como quiera que la prueba de la misma ha sido considerada como una **probatio diabólica**⁶⁶. Entre ellas cabe destacar, algunas de las señaladas por profesor Calixto Díaz Regañón - García - Alcalá⁶⁷ y desarrolladas en diversas latitudes y ordenamientos jurídicos, así:

i) La regla *res ipsa loquitur*, la cosa que habla por sí misma; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia, no es más que una simple presunción judicial de culpa en un supuesto concreto. Procede de los ordenamientos de common law donde cada día tiene mayor aceptación; el demandante solo tiene que probar el daño sufrido quedando a cargo del médico demandado la carga de probar no haber violado aquel; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por si como prueba de la culpa. No será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente.

La regla *res ipsa loquitur* origina un acortamiento en el recorrido causal, ésta es evidenciable mediante la misma presunción de hecho que va a desencadenar la afirmación de culpa en el demandado, resulta condensada de tal manera que sólo con la constatación del daño se deduce por presunción de hecho que en la actuación del demandado confluyen causa y culpa suficiente como para

⁶⁶ "Esta dificultad viene promovida por diversos motivos, lo que la constituye en una prueba diabólica. Una de las primeras dificultades con las que se encuentra el paciente o sus herederos - en caso de muerte de aquél- es que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a los que mayormente resulta extraño y no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes a dictaminar en contra de los intereses de un colega... Por lo general, el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas o estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de las mismas, incluso muchas veces hasta desconoce su diagnóstico. A esto se suma la práctica actual de la medicina en nuestro país, la que no escapa a los procesos de masificación despersonalizando las relaciones médico - paciente. Allí donde antes existía el médico de familia o cabecera, al que uno libremente elegía y con el cual normalmente entablaba un diálogo profundo, hoy ha sido suplantado por el especialista -que muchas veces viene impuesto por la obra social- al que hay que ir a ver al consultorio para una visita que dura pocos minutos y al cabo de la cual el enfermo sale con una colección de recetas pero tal vez desconociendo el mal que lo aqueja." VÁSQUEZ Ferreyra, Roberto "Prueba de la culpa médica", Ed. Hammurabi, 2ª edición, pág. 103 y 104.

⁶⁷ Cf. El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica, Editorial Aranzadi S.A., Carlos III - Pamplona 1996.

responsabilizarle del suceso. Por ello se ha dicho que se trata de una presunción judicial de culpa reforzada o necesitada de un menor recorrido lógico en el razonamiento del juez, por su casi incontestable contradicción.

ii) La denominada prueba *prima facie*. El origen de ésta teoría es alemana y ha sido utilizada para la resolución de casos de responsabilidad médica; la cuestión de la prueba *prima facie* parte de los mismos supuestos de las presunciones de culpa médica pero puede afirmarse que no es sino una simple presunción de culpa; no es un mecanismo o figura diferente, es solo otra forma de expresión para llegar a la afirmación de la culpa, por ello hablar de la prueba *prima facie* es hablar de la presunción judicial o viceversa; pues el juez deduce así un hecho incierto (la culpa) de otro cierto (la anomalía que rompe el curso ordinario de las cosas). En cualquier supuesto de daño por intervención médica la culpa sería el hecho a deducir por el juez, mientras que el resultado anormal producido se identificaría con el hecho percibido por el juez.

De otro lado, la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo Federal, como del Tribunal Constitucional Alemán, ha reconocido la necesidad de predicar el principio de igualdad de armas en el desarrollo del proceso de responsabilidad médica; circunstancia que no es nada distinto a reivindicar la igualdad material de las partes sobre la simplemente formal, para reconocer el postulado de la prevalencia del derecho sustancial, de tal forma que la parte que se vea favorecida por sus conocimientos técnicos, científicos o profesionales, tenga que actuar con mayor exigencia a lo largo del proceso, de manera concreta, con el suministro de toda la información que sea demostrativa de su actuar diligente y cuidadoso. En consecuencia, se itera, existe una tendencia en este país, por reconocer el nivel de exigencia probatoria a la que se enfrenta el demandante en los procesos de responsabilidad médica.

iii) La teoría francesa de la falta virtual (*faute virtuelle*). Aunque no existe unanimidad en cuanto a su identificación con la presunción judicial lo cierto es que frente al resultado totalmente anormal, se traslada el punto de atención a las figuras ya tratadas por su parecido inclusive como presunción de culpa en todo caso en algunos eventos se le suma la presunción de causa, porque cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal se esta en presencia de un modo de prueba elíptico conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

Con la ley Kouchner del 4 de marzo de 2002, se introduce de manera parcial el principio de responsabilidad civil sin culpa por ello se ha dicho que: “Hasta la expedición de Kouchner el derecho de salud en Francia se fundamentaba en la noción de responsabilidad civil con culpa”⁶⁸

iv) El último movimiento corrector de la prueba de la culpa médica en Italia parte de una sentencia innovadora que causó asombro entre los estudiosos, la número 6141 de la Corte di Cassazione Civile, de 21 de diciembre de 1978, la cual es considerada unánimemente como la piedra angular de la variación en el esquema probatorio de la culpa médica, y ha sido reiterada en sentencia del 16 de noviembre de 1988; en su esencia apunta a que cuando se trate de intervenciones normales que no exijan la solución de problemas técnicos complejos, o de terapia suficientemente experimentadas donde el logro del resultado es la regla general, el juez puede estimar mediante una presunción simple, que el error que ha provocado el suceso sea *per se* suficiente para establecer la culpa del profesional.

v) En España, el Tribunal Supremo ha acudido a diversos instrumentos de facilitación de la prueba que tienen en común el de ser presunciones judiciales cualificadas, suavizando los criterios mediante los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que han adquirido inclusive rango legal y que se maneja en términos generales como una presunción judicial.⁶⁹

vi) *Discovery rule (Auskunftsanspruch)*, adoptada por los sistemas jurídicos anglosajones, así como contenida en la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños de 2002, que permite que la parte demandante, dentro de unos específicos supuestos, eleve una pretensión autónoma en la cual solicite al

⁶⁸ Revista Responsabilidad Civil y del Estado, Nº 18, mayo de 2005, Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez Ltda., artículo de Fernando Rodas Duque, pág. 27.

⁶⁹ Alvaro Luna Yerga, La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria – Culpa y causalidad, Editorial Civitas, 1ª Edición, Madrid, 2004.

“De este modo, la imposición del deber de probar la intervención “no culpable” que recae sobre el médico demandado genera una inversión probatoria, fundamentada precisamente en la ventajosa posición que a priori (y sin aflicción de esta regla de atenuación del rigor probatorio) aquél ostenta. Es más, se ha llegado a señalar que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean éstas actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe atenuar el rigor del principio general de la carga de la prueba... desplazándola hacia la parte que por su posición probatoria tenga una mayor libertad de acceso a los medios de prueba.” FACHAL Noguera, Nuria “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas”, en “Objeto y Carga de la Prueba”, Compendio dirigido por Xavier Abel Llunc y Joan Picó i Junoy, ed. Bosch, Pág. 211.

demandado (médico o productor farmacéuta), que suministre toda la información necesaria sobre el procedimiento o el medicamento que pudo materializar el daño.

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

Como se aprecia, mientras que a lo largo del mundo la doctrina y jurisprudencia buscan establecer y aplicar criterios que traduzcan una mejor igualdad de las partes en el proceso contencioso administrativo por la responsabilidad médico - sanitaria, en Colombia sigue arraigada una concepción rígida y estática del proceso que sólo admite aligeramientos probatorios en los eventos de fallas médico obstétricas⁷⁰.

Considero, por lo tanto, que la Sala debe fijar clara y expresamente la posición sobre la carga de la prueba, en relación con los procesos de reparación directa que se ventilan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, principalmente, en cuanto concierne a procesos de responsabilidad médica. No puede ser otra la posibilidad con que cuenta el juez, dado que el Consejo de Estado debe trazar líneas jurisprudenciales definidas, con el fin de evitar inconsistencias en el análisis del derecho y, concretamente, en la forma como se acude ante la jurisdicción para deprecar la aplicación de justicia en cada caso concreto.

El error consiste en considerar, *a priori*, que cualquier tipo de instrumento o mecanismo de alivianamiento probatorio conduce indefectiblemente a la condena de la administración pública y de los médicos. Por el contrario, si se aplicara de manera efectiva un sistema coherente en el manejo de la prueba en materia médico – sanitaria, los procesos judiciales en los cuales se analizar el comportamiento médico – asistencial serían mucho más transparentes, dotados

⁷⁰ “No es extraño que cada vez se luche más y mejor contra la falacia de las obligaciones de medios, los tribunales muestren cierta proclividad a la inversión del *onus probandi*, y poco a poco se abran puertas a la culpa virtual, al principio *res loquitur ipsa*, a la prueba de la apariencia (*Anscheinbeweis* o *prima facie*), etc. Porque hay que convencerse que la relación médico-enfermo debe mantener ahora también, en la medida de lo posible, su carácter amistoso, el clima de confianza, pero sin olvidar que es también una relación jurídica cuya lesión puede convertir al enfermo en adversario judicial.” ALONSO Pérez, Mariano “La relación médico – enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*)” en Perfiles de la Responsabilidad en el Nuevo Milenio, Ed. Dykinson, 2000, pág. 31.

de información, en donde imperara la colaboración mutua, y donde las partes no se vieran como opuestos, sino como sujetos interesados en la consecución del objetivo primordial del proceso, esto es, la verdad.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra