

REGÍMENES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y EL ERROR INEXCUSABLE

Carlos Andrés Aranda Camacho¹

“Algunos tienen tal confianza en su razón...que creen que la totalidad de lo verdadero se reduce a su opinión, y que lo falso se limita a aquello que no les parece verosímil” Santo Tomás de Aquino, Suma contra Gentiles 1,5.

Resumen²:

Para la Responsabilidad Médica del Estado se han aplicado varios títulos jurídicos de imputación, entre los cuales se destaca la falla presunta y la carga dinámica de la prueba, es por ello que basados en el principio de confianza legítima y el error inexcusable y aún más por cuestiones de seguridad jurídica es preciso emplear la presunción de la falla en la prestación del servicio médico-hospitalario que faciliten la atribución jurídica de daños a los administrados.

Palabras Clave: Responsabilidad Médica, Título Jurídico, Carga Probatoria, Error Inexcusable, Confianza Legítima.

Abstract: To medical responsibility of the state has been applied many law imputation titles, like presumed failure and dynamic probe charge, for that reason we have based on the legitimate confidence and the inexcusable mistake and it's a very important thing to maintain the law security based on the application of the presumed failure in the medical-hospitable service in order to compensate to the users of the medical service.

Key Words: Medical Responsibility, Law Title, Probe Charge, Inexcusable mistake, Principle Legitimate Confidence.

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Aquino-Tunja. Investigador auxiliar. Proyecto de investigación: Responsabilidad Médica. Semillero en Derecho Administrativo. Grupo de Investigaciones Socio – Jurídicas. kart_z89@hotmail.com

² Artículo, en donde se muestran avances en la línea de Investigación en Derecho Administrativo y la Responsabilidad Estatal en el ejercicio de la actividad médica, en la Universidad Santo Tomás seccional Tunja.

INTRODUCCIÓN

Responsabilidad es un vocablo que encierra un gran mundo, ya que es común hablar de responsabilidad moral, ética, social y jurídica. Pero es la Responsabilidad Jurídica la que recobra relevancia para ésta investigación, sin prescindir de la importancia de los demás tipos de responsabilidad en el ámbito de las relaciones humanas; ahora, ya dentro de la esfera del mundo del Derecho hay otras clasificaciones como la Disciplinaria, Penal, Civil contractual y extracontractual, Pública contractual y extracontractual.

Ahora, dentro del marco de las relaciones del Estado con los administrados vemos que por ciertos hechos, omisiones, operaciones -entre otras- se puede generar un daño que en principio debe ser reparado, es por ello, que dentro del presente escrito se pretende estudiar la evolución de los títulos Jurídicos de Imputación en materia RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO, es decir, cómo ha sido el tratamiento por parte del Honorable Consejo de Estado Colombiano desde 1992 y así determinar la variaciones en cuanto a los regímenes de Responsabilidad, de igual forma determinar aspectos clave en cuanto a la carga probatoria se refiere.

Ahora, los Títulos jurídicos de imputación, es decir, los Regímenes de Responsabilidad del Estado han sido desarrollados por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y es dentro del régimen subjetivo donde se encuentra la falla probada y falla presunta que permiten atribuir jurídicamente el daño al Estado por Falla en el servicio.

De igual forma, es común oír que en distintos centros hospitalarios, durante la prestación del servicio médico, los profesio-

sionales de ésta rama del conocimiento, incurran en una mal praxis o en falta de diligencia y cuidado que pueda verse como errores inexcusables del personal médico, y ello genere perjuicios en los pacientes -por ejemplo por una cirugía que no debía practicarse por negligencia del galeno, o una intervención quirúrgica con resultados nefastos-, lo anterior conlleva a que los pacientes tengan que soportar ciertas cargas, las cuales no están obligados a tolerar y por ende, se genere responsabilidad del Estado, por ende, es necesario determinar si el Título Jurídico de Imputación adecuado para determinar una eventual Responsabilidad del Estado es el de la Falla Presunta a la luz del principio de confianza legítima y del error inexcusable.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Constituye, el Error Inexcusable del personal médico, un factor generador de Responsabilidad del Estado, para la aplicación del régimen de la falla presunta del servicio, a la luz del Principio de Confianza Legítima?

II. JUSTIFICACIÓN Y EXPLICACIÓN DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Hay circunstancias que alteran gravemente las cargas que tienen soportar las personas, es ahí donde cobra relevancia el principio de confianza legítima, el cual busca la protección con respecto a esas permutaciones, es decir, que se constituye en razones con suficiente ímpetu para confiar en el actuar de la administración -Vg. una persona acude al servicio médico porque cree que es allí donde van a contribuir a la solución de su padecimiento- ; igualmente, el error inexcusable debe ser visto con respecto al aspecto médico cómo aquellas actuaciones en las que no hubiese incurrido un médico diligente.

Visto lo anterior, se ve la importancia en determinar si el régimen de la falla presunta es aplicable a casos concretos de error inexcusable en cuanto a una eventual responsabilidad médica se refiere y con fundamento en el principio de confianza legítima, es decir, llegar a eximir de la obligación probatoria de la falla del servicio a las personas afectadas por la prestación del servicio médico asistencial, debido a que la falla presunta no es el único título jurídico de imputación en materia de responsabilidad Médica del Estado, ya que quizá se pueda hablar de falla probada o de carga dinámica de la prueba.

III. TESIS

La medicina es una profesión que requiere amplios conocimientos científicos en las prácticas médicas y en los procesos quirúrgicos, sin dejar a un lado la diligencia y cuidado con que deben actuar los galenos al momento de “tratar” a los pacientes, para poder solucionar los diferentes padecimientos y cumplir óptimamente con sus fines, por ende, en el campo de la actividad médica, y en concreto en aplicación del Error Inexcusable, basados en el Principio de Confianza Legítima, es preciso, por cuestiones de seguridad jurídica “aplicar” como título jurídico de imputación el de Falla Presunta, para así llegar a una atribución jurídica del daño acorde con el ordenamiento jurídico, eximiendo de la prueba de la falla del servicio a la parte accionante, es decir, prescindir de ésa forma de la carga dinámica de la prueba y de la falla probada.

IV. OBJETIVO GENERAL

Averiguar si el error inexcusable del personal médico, constituye un factor generador de Responsabilidad del Estado, para la aplicación del régimen de la falla presunta del servicio, a la luz del principio de con-

fianza legítima.

V. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar los regímenes de Responsabilidad del Estado en la prestación servicio médico asistencial, a la luz de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.
2. Establecer la aplicación conceptual inherente al Error Inexcusable y el Principio de Confianza Legítima y la trascendencia de cada uno en la práctica de las actividades médico-hospitalarias
3. Analizar casos concretos en los cuales se presenten tanto el Principio de Confianza Legítima como el Error Inexcusable que generen Responsabilidad Médica del Estado.
4. Determinar los neologismos en materia de Responsabilidad Médica y su aplicación en el contexto de la Responsabilidad del Estado.

VI. TIPO DE INVESTIGACIÓN - MÉTODO

El estudio es de tipo Analítico – descriptivo, documental: Descriptiva por cuanto busca recoger la posición jurisprudencial asumida por el Consejo de Estado a través de sus fallos. Analítica: Va más allá de la simple lectura de sentencias. Éstas son apenas un insumo para dar aplicación a la metodología del análisis dinámico de precedentes e ingeniería de reversa propuesta por el profesor Diego Eduardo López Medina. Con la utilización de esta herramienta se clarifica mejor el sentido histórico de las decisiones tomadas por el Consejo de Estado.

En ese orden de ideas, se planteó un problema Jurídico a partir del cual se determinaron y seleccionaron sentencias del H. Consejo de Estado de las cuales se fijan

dos tesis; lo anterior con el objeto de determinar la evolución que se ha presentado con respecto a los Títulos Jurídicos de Imputación en materia de Responsabilidad Médica del Estado, lo cual se resume en el siguiente cuadro:

¿Se debe aplicar el Régimen de Falla Presunta del Servicio como título jurídico de imputación en materia de Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial?

<p><i>TESIS No. 1: La Falla Médica se debe presumir por la posibilidad en que se encuentran los Médicos –en general los profesionales de la salud-, dado su conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.</i></p>	<p><i>*S. 18364- Ago. 19-2009</i></p> <p><i>* S. 16775- Jul. 16-2008</i></p> <p><i>S. 13166- Mar. 22-2001</i></p> <p><i>S. 11878- Feb. 10-2000*</i></p> <p><i>* S.11169- May. 03-999</i></p> <p><i>*s. 9467- Abr. 03-1997</i></p> <p><i>*S. 6897- Jun. 30-1992</i></p> <p><i>*S. 5902- Oct. 24-1990</i></p>	<p><i>TESIS No. 2: No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva.</i></p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

VII. MARCO TEORÍCO

1. Títulos Jurídicos de Imputación en materia de Responsabilidad Médica del Estado.

Un presupuesto de la responsabilidad del Estado se constituye en que el daño sea imputable jurídicamente a la autoridad demandada, es por ello que “a partir de lo anterior se desarrolla el concepto de títulos jurídicos de imputación en cuyo fundamento se justifica la pervivencia -continuidad- bajo el artículo 90 de la constitución

política, de los distintos regímenes de responsabilidad (...) título jurídico, entendido como la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño. Las razones por las cuales el Estado debe indemnizar, que es lo que la jurisprudencia denomina títulos de imputación, comprenden los regímenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia” (VIDAL PERDOMO, Jaime y Otros; 2005; P 306) por la anterior definición se observa la importancia que recae sobre la presente investigación el estudio de dichos títulos dentro del marco de la responsabilidad del Estado.

2. El Principio de Confianza Legítima y el Error Inexcusable

Es de saberse que en materia de Responsabilidad Médica del Estado en los últimos años se han presentado grandes innovaciones por parte de la jurisprudencia, dentro de las cuales se encuentra la aplicación del Principio de Confianza legítima, que ha sido definido por parte de la H. Corte Constitucional diciendo que “este principio puede proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades (...) si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-478 de 1998).

Igualmente, se ha referido al respecto el H. Consejo de Estado así: “En tratándose de la prestación del servicio público médico-hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico-hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos,

esto es, la vida y, por conexidad, la salud” (Consejo de Estado, Sentencia 16775, 16 de julio de 2008, Cp: GUERRERO DE ESCOBAR, Myriam).

Este principio ha sido reconocido por la doctrina extranjera, y fue desarrollado por en Alemania, cuyo objeto es brindar protección a los administrados de los cambios que se efectúan de manera arbitraria e intempestiva por parte de las autoridades; en el caso colombiano la confianza legítima se deriva de la buena fe (Art. 83 C.N.) y de la seguridad jurídica (Art. 1 y 4 C.N.)³

Ahora, en cuanto al Error Inexcusable este debe encuadrarse como un elemento subjetivo, es decir, tiene estrecha relación con la culpa de los galenos cuando se presta el servicio médico-asistencial y puede definirse como una conducta “que no hubiese sido cometida por una persona diligente (médico diligente) situada en las mismas circunstancias del agente investigado (...) la negligencia no es otra cosa distinta a la omisión por parte del sujeto de cierta actividad que podría haber evitado el resultado perjudicial; como quiera que el agente no hizo lo que debía hacer o hizo menos de lo debido, la imprudencia, por su lado se da cuando se obra de forma precipitada sin preverse las consecuencias que se pueden derivar de ese accionar irreflexivo: se hace lo que no se debe.” (VILLEGAS GARCÍA, ANDRE F.; 2008; P. 14 -18).

3. La Carga Probatoria en la Responsabilidad Médica del Estado.

Ahora, en materia de Responsabilidad del Estado encontramos una división en cuanto a los títulos jurídicos de imputa-

3 HERNÁNDEZ MEZA, Nelson. *EL VALOR DE LAS SENTENCIAS DE REVISIÓN DE FALLOS DE TUTELA PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA CASOS FUTUROS*, tomado: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/20/14_El%20valor%20de%20las%20sentencias%20de%20revisión%20de%20fallos%20de%20tutela.pdf

ción –régimenes- se refiere, es así como se observa generalmente dentro del Régimen Objetivo el riesgo excepcional y el daño especial, por otro lado se tiene el Régimen Subjetivo la falla del servicio que a su vez se divide en falla probada y falla presunta, igualmente hay que referirse a la carga dinámica de la prueba.

La anterior clasificación cobra gran relevancia práctica con referencia a la carga probatoria cuya consagración expresa se encuentra en el Código de Procedimiento Civil así: “ARTICULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”⁴, concordante con el artículo 1757 del Código Civil el cual reza: “PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”(RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember; 2008; P 77)⁵ con las anteriores normas se evidencia que la parte que alega un hecho es la que está obligada a suministrar la prueba, lo cual se debe tener como la regla general.

Ahora, con referencia al presente estudio es necesario centrarse en el régimen subjetivo, es decir en la falla del Servicio, es por ello que se encuentra:

• **Falla del Servicio Probada**

Según lo antes dicho sobre la carga de la prueba se encuentra que “en el régimen de falla del servicio probada se aplica en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo (...) frente al régimen co-

mentado la aptitud probatoria de la administración o de la autoridad demandada se encamina a demostrar que obró con prudencia y diligencia en el servicio que se encontraba prestando, es decir que obró con ausencia de falla”⁶ es importante señalar que la autoridad también podrá exonerarse probando alguna causa extraña.

De conformidad al análisis dinámico antes presentado es necesario recordar que en materia de Responsabilidad Médica del Estado antes de 1990 este era el título jurídico al cual se recurría para endilgar responsabilidad a las instituciones prestadoras del servicio medico asistencial.

• **Falla del Servicio Presunta**

Con respecto a la Responsabilidad Médica del Estado se observa que “al hablar de presunción de falla se está indicando que el demandante no tiene que acreditar la deficiencia del demandado en la causación del daño. Esto es, el actor queda relevado de la actividad de probar que la autoridad demandada no actuó, actuó irregularmente, o lo hizo bien pero de manera tardía, sin que ello quiera decir que no debe alegarlo (...) la presunción tiene que ver con un aspecto procedimental que surge para el damnificado de probar la falla frente a ciertas actividades que han venido complicándose por las circunstancias o por la ciencia que implican, razón por la cual la jurisprudencia razonablemente la presume, no porque normalmente se espere que ocurra la responsabilidad, sino porque la prueba está mas próxima al demandado, a quién le corresponderá entonces demostrar que dicha falla no existió”⁷

4 Código de Procedimiento Civil Colombiano DECRETOS NUMEROS 1400 Y 2019 DE 1970

5 Código Civil Colombiano

6 RIVADENEIRA BERMUDEZ, Rosember Emilio. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO ADMINISTRATIVO, Edición 2008, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Pág. 77

7 *Ibid.*

Sin embargo, no se puede creer que falla presunta es equivalente a un régimen objetivo y así lo ha determinado la jurisprudencia al decir: “Una segunda precisión viene dada por la necesidad de aclarar que la aplicación de la falla presunta a un caso, no lo hace per-se de responsabilidad objetiva, sino que aún siendo justificable bajo el sistema de responsabilidad subjetiva entra a caracterizarse porque no corresponde al accionante acreditar la falla, sino que al accionado probar la diligencia y cuidado debidos, pero el análisis del acontecimiento generador del daño resulta imprescindible porque hay necesidad de hallar o descartar en él un defecto de conducta.”(Consejo de Estado, Sentencia del 16 de agosto de 2006, Rad:14838 Cp: GÓMEZ FAJARDO, Mauricio).

• **Carga Dinámica de la Prueba**

La constitución Política de 1991 establece dentro de los deberes y obligaciones lo siguiente: “ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; (...) ⁸”, es así, como el anterior precepto constitucional es el sustento de la aplicación de la Carga dinámica de la prueba, es de aplicación para “casos en los cuales se alega una falla del servicio con ocasión de la actividad médica, se tiene, por regla general, en cuanto a la carga de la prueba, que al actor le incumbe demos-

trar la falla médica a menos que, por las especialidades características del paciente o del servicio, ello resulte extraordinariamente difícil para él, caso en el cual, a manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en que la regla que consagra resulta contraria al principio de equidad previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, como criterio auxiliar de la actividad judicial” (VELÁSQUEZ GIL, Catalina; VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván; 2006; P 208).

Por otro lado, es preciso hacer un estudio somero sobre los riesgos naturales o propios de ciertas intervenciones quirúrgicas, que quizá puede perfilarse como un eximente en materia de responsabilidad médica paralelo a la fuerza mayor por ello se dice:

* **Riesgo Inherente**

El Riesgo Inherente debe entenderse como aquel riesgo quirúrgico que lo define la doctrina como “aquella complicación que se puede presentar por la sola realización del acto médico como tal, y que tiene por causas la complejidad o dificultad del mismo, las condiciones del paciente o la naturaleza propia del procedimiento o de los instrumentos que se utilizan para llevarlo a cabo, el cual, una vez materializado o realizado, produce un daño físico o psíquico en el paciente, sin que lo anterior implique una negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamento”⁹ cuando hubo un riesgo quirúrgico -inherente- puede haber daño el cual en principio no debe ser reparado, es decir, hay imputabilidad del daño.

8 Constitución Política de Colombia de 1991.

9 Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO, Noviembre de 2008, Revista N. 24

VIII. CASOS CONCRETOS Y ARGUMENTACIÓN

Lo planteado en el marco teórico resalta la gran importancia del Principio de Confianza legítima y del Error Inexcusable en materia de Responsabilidad Médica del Estado, es por ello que para un mejor análisis del principio de Confianza legítima y del Error inexcusable, es preciso evidenciar la forma como el H. Consejo de Estado ha fallado en dos casos concretos, así:

• La Cirugía del lado Equivocado¹⁰

¿Cuál fue la Situación Fáctica?

La actora fue intervenida quirúrgicamente en la rodilla izquierda, cuando la operación debió practicarse en la rodilla derecha, debido a un accidente acaecido en su lugar de trabajo; la intervención realizada fue una artroscopia¹¹. Cuando la paciente despertó de la cirugía se percató la equivocación e informó inmediatamente al médico cirujano, quién se excusó y procedió a programar y practicar una nueva intervención en la rodilla lesionada; la paciente como consecuencia de las dos operaciones en las rodillas el mismo día, tuvo sufrimientos al permanecer en una silla de ruedas, con las incomodidades que ello implica, al igual que acudir al tratamiento de fisioterapia en ambas rodillas ya que lo requería dadas las condiciones del momento, de igual forma, dentro de la etapa probatoria se estableció que la accionante tenía una enfermedad en las dos rodillas.

¿Qué enseña el Honorable Consejo de Estado?

El máximo órgano de la jurisdicción contenciosa dijo que “tratándose de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, la parte actora deberá acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de esa responsabilidad; es decir, la falla en la prestación del servicio, el daño, y la relación de causalidad entre estos dos elementos, 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”¹².

De igual forma, establece lo siguiente: “no es dable exigir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad, pues de lo contrario, todas las complicaciones posibles que surjan dentro del vínculo médico-paciente serían imputables a los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado es consecuencia de un acto negligente o descuidado que no se ciñó a las reglas o postulados de la profesión, teniendo en cuenta, claro está, las circunstancias específicas de cada caso en particular. En el caso de la señora, es claro que el médico ortopedista no obró con la debida diligencia y cuidados exigidos, pues debido a una

¹⁰ Basado en: Sentencia 16775, 16 de Julio de 2008 C.P Doctora Myriam Guerrero de Escobar.

¹¹ Artroscopia de rodilla: “Es el examen realizado mediante un aparato endoscópico que se introduce en el interior de la articulación de la rodilla, pudiéndose realizar intervenciones de meniscos, tendones, y de la sinovia (envoltura de la articulación).” tomado de: http://www.tuotromedico.com/temas/artroscopia_cirugia_de_rodilla.htm

¹² *Ibíd.* Supra nota 16.

equivocación imperdonable, ésta fue sometida a una intervención quirúrgica que no debió practicársele, lo cual le produjo un daño moral que no estaba en la obligación de soportar.”¹³ (Resaltado fuera de texto)

• **Las cosas hablan por sí solas - res ipsa loquitur** -¹⁴

¿Cuál fue la Situación Fáctica?

La señora Mónica Andrea de 17 años de edad estaba embarazada y se puso al cuidado del I.S.S por ser afiliada a ese instituto, en los exámenes se desconocía el tiempo de gestación, por ende, se ordenaron dos ecografías pero nunca se practicaron, la gestante entró en angustia porque aumentó bastante de peso, los médicos consideraron que el nasciturus se encontraba en postura atravesada, y ordenaron remisión para su cesárea, al practicar dicha intervención los galenos se llevaron la sorpresa que se trataba de una trillizas en estado prematuro -24 a 25 semanas- que a pesar de ello nacieron con vida, pero su deceso se produjo el mismo día.

¿Qué enseña el Honorable Consejo de Estado?

En éste evento, el Consejo de Estado admitió “la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo

se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño”¹⁵. Por otro lado es hecho de no diagnosticar un embarazo múltiple y no realizar las ecografías pertinentes tiene gran relación con “el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado. En esa perspectiva, en el sub examine, se presentó un evento de res ipsa loquitur, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término. La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transversal, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas, (...) refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un yerro flagrante en la etapa

13 *Ibid.*

14 *Basado en Sentencia 18364, 19 de Agosto de 2009 C.P Doctor Enrique Gil Botero.*

15 *Ibid.*

de atención, valoración y diagnóstico de la gestante.”¹⁶ (Resaltado fuera de texto)

Ahora, en el análisis dinámico de jurisprudencia presentado –en el método de investigación- muestra una tendencia en la aplicación de la carga dinámica de la prueba, sin embargo, se cree que en casos concretos de errores inexcusables es conveniente emplear como título jurídico de imputación el de la falla presunta, y de esa forma se exonere en cierta medida de la carga probatoria a los pacientes afectados; de igual forma a pesar de la postura del Consejo de Estado en cuanto al aligeramiento probatorio no puede entenderse que en esos eventos de Responsabilidad del Estado se estructure como un régimen objetivo, ya que en todo caso se debe observar la actuación del galeno, es decir, si actuó con culpa o no, debido a que cuando nos ubicamos en el régimen subjetivo siempre a de considerarse el actuar de la administración por medio de los prestadores del servicio médico asistencial.

Con respecto a la carga dinámica de la prueba se encuentra que el momento en el cual se adjudica la obligación probatoria –carga de la prueba- es cuando el juez entra a proferir sentencia que resuelve el fondo del asunto determinando igualmente quién estaba en mejores circunstancias para probar la falla en el servicio, es por ello que se considera que el dinamismo probatorio puede ser violatorio del debido proceso que preceptúa la Constitución Política de 1991, ya que sería una “sorpresa” para un demandante que en la providencia que da fin al proceso contencioso administrativo le informen que era él obligado a probar cierto hecho, es por ello que por seguridad jurídica es mejor aplicar como título jurídico de imputación el de la falla

presunta, eximiendo al accionante de probar la falla del servicio, otra opción sería dar aplicación a la carga dinámica de la prueba siempre y cuando en la apertura de la etapa probatoria sea el juez contencioso quién indique desde ese preciso momento sobre quién recae la carga probatoria y no esperar hasta el fallo.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

1. La evolución de los títulos jurídicos de imputación en materia de responsabilidad médica muestra sin lugar a duda una preponderancia en la aplicación de la carga dinámica de la prueba, sin embargo, se cree que por cuestiones de seguridad jurídica es factible aplicar la falla presunta, sin que ello implique per se la aplicación de un régimen objetivo, ya que en todos los casos la culpa de los galenos cobra vital importancia para endilgar eventualmente responsabilidad al Estado.

2. El juez contencioso administrativo de llegar a aplicar la carga dinámica de la prueba debería al momento de decretar la etapa probatoria determinar claramente a quién le corresponde la obligación probatoria y no esperar hasta el momento del fallo pues sorprende claramente a las partes del proceso, con lo cual el derecho al debido proceso puede verse violentado.

3. Con base en el principio de confianza legítima los administrados los pacientes dentro de un servicio médico no tienen el deber de soportar ciertas cargas las cuales no están obligados a tolerar, que se generen por cambios intempestivos por parte de la autoridad médica, aún mas cuando se trata de errores inexcusables cuyo fundamento de imputación puede

¹⁶ *Ibid.*

ser “res ipsa loquitur” (las cosas hablan por si solas) que de contera endilga responsabilidad al Estado y en consecuencia reparar los daños causados.

4. Cuando se está en presencia de un riesgo quirúrgico se debe usar como título jurídico de imputación el de la falla presunta, ya que es el galeno quién debe asumir la carga probatoria y de esa forma acreditar que actuó con diligencia y cuidado durante la prestación del servicio por encontrarse dentro del límite de la actuación y la naturaleza misma del acto médico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (1990). Sentencia del 4 de Octubre. Expediente N° 5902. Consejero Ponente: Gustavo De Greiff Restrepo.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (1992). Sentencia de 30 de Junio. Expediente N° 6897. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (1997). Sentencia de 03 de Abril . Expediente N° 9467. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (1999). Sentencia de 03 de Mayo. Expediente N° 11169. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (2000). Sentencia de 10 de Febrero. Expediente N° 11878. Consejero Ponente: Ariel Eduardo Hernández Enríquez

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera

(2001). Sentencia de 22 de Marzo. Expediente N° 13166. Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (2006).

Sentencia de 16 de Agosto. Expediente N° 14838. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (2008). Sentencia de 16 de Julio. Expediente N° 16775. Consejero Ponente: Myriam Guerrero De Escobar

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera (2009). Sentencia de 19 de Agosto. Expediente N° 18364. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

CORTE CONSTITUCIONAL. (1998) Sentencia C-478 de, 9 de Septiembre, Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Cabilero.

HERNÁNDEZ MEZA, N. El valor de las sentencias de revisión de fallos de tutela proferidas por la corte constitucional para casos futuros, recuperado de: <http://ci-ruelo.uninorte.edu.co>

LÓPEZ MEDINA, D. E. (2006). El Derecho De Los Jueces. (2ªed.). Bogotá. Legis.

RIVADENEIRA BERMUDEZ, R. E. (2008). Manual De Derecho Probatorio Administrativo, Medellín Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

VELÁSQUEZ GIL, C. VELÁSQUEZ GÓMEZ, I. (2006,) Responsabilidad Contractual Y Extracontractual Del Estado, Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Primer Semestre. Me-

dellín. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

VIDAL PERDOMO, J. (2005). El Título Jurídico De Imputación En La Responsabilidad Estatal. Bogotá D.C. Centro Editorial Universidad del Rosario.

VILLEGAS GARCÍA, A. F. (2008). La materialización del Riesgo Inherente y su diferencia con la Culpa Médica. En: RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Medellín. Revista N° 24.