

# Principia IURIS 18



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A  
*Experiencia y Calidad*



**FACULTAD DE DERECHO**  
Acreditación de Alta Calidad  
Resolución MEN. N° 3337  
del 25 abril de 2011



Principia IURIS Tunja Colombia N° 18 pp. 01 - 450 julio diciembre 2012 - II ISSN: 0124-2067

**CIS**  
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

GRUPO DE INVESTIGACIÓN  
CATEGORÍA COLCIENCIAS **A**



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
**SECCIONAL TUNJA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO**  
**PRINCIPIA IURIS**  
**N° 18**

**Tunja, 2012-II**

|                    |                    |       |           |                    |           |                |
|--------------------|--------------------|-------|-----------|--------------------|-----------|----------------|
| Principia<br>IURIS | Tunja,<br>Colombia | N° 18 | pp. 1-450 | Julio<br>Diciembre | 2012 - II | ISSN:0124-2067 |
|--------------------|--------------------|-------|-----------|--------------------|-----------|----------------|

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

DIECIOCHO (18)

SEGUNDO SEMESTRE DE 2012

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

**Teléfono :** (8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dirinvsociojuridicas@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:**

Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Ph.(c) Eyder Bolívar Mojica, docente investigador  
de la Facultad de Derecho

**Revisión inglés:**

Paola Torres

**Revisión francés :**

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

---

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.**

Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico

**Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.**

Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**

Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina**

Decano de la Facultad de Derecho

## **EDITOR**

**Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez**

Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO.**

**Ph. D Pierre Subra de Bieusses**

Universidad Paris X, Francia

**Ph. D Pablo Guadarrama**

Universidad central de las Villas, Cuba

**Ph. D Carlos Mario Molina Betancur**

Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph. D. Natalia Barbero**

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

**Ph.D. Alfonso Daza González**

Universidad Externado de Colombia

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico

**Mg. Ángela María Londoño Jaramillo**

Directora Centro de investigaciones

**Mg Andrea Sotelo Carreño**

Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**

Madison University, Estados Unidos.

**Ph. (c) Diego German Mejía Lemos**

National University Of Singapore, Faculty Of Law

**Ph. (c) Juan Ángel Serrano Escalera**

Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**

Universidad Externado de Colombia

**CORRECTOR DE ESTILO**

**Ph.(c). Eyder Bolívar Mojica**

Docente Investigador de la Facultad de Derecho



---

## **PARES ACADÉMICOS INTERNOS**

### **Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas**

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

### **Ph.(c). Robinson Arí Cárdenas**

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá. Ph.(c) Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá..

### **Mg. Fernando Arias García**

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

### **Ph. D. Fabio Iván Rey Navas**

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

### **Mg.(c) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magister en derecho administrativo de la universidad del rosario.Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

### **Mg. (c) Martin Hernández Sánchez**

Abogado, Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Magister en Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante Cortes y Tribunales Internacionales de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomas seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

### **Esp. Rubén Darío Serna Salazar**

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

---

## **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS**

### **Mg. Dominic Têtu**

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

### **Ph. (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404 deibysaenzr@hotmail.com

### **Esp. Genaro Velarde Bernal**

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. En Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. En Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. De la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

---

# CONTENIDO

**Editorial ..... 11**

## **PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.**

1. OBJETIVOS DE LA HACIENDA PÚBLICA TERRITORIAL EN COLOMBIA ..... x  
**Ph. D. Pedro Alfonso Sánchez Cubides**

2. LA PROYECCIÓN SOCIAL COMO FORTALEZA EN UNA ESCUELA DE FORMACIÓN  
POLICIAL ..... x  
**Esp. Rosalba Rivera Dueñas**

3. BREVE HISTORIA DEL DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN LA REPUBLICA DE  
COLOMBIA ..... x  
**Mg. Carlos Gabriel Salazar Cáceres**

4. INFORMALIDAD Y REGULARIZACION DEL SUELO URBANO ..... x  
**Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno**

5. EXTRADICION: DEL LEGADO DE LA ANTIGUEDAD A LOS MODERNOS PRINCIPIOS  
NORMATIVOS ..... x  
**Mg.(c) Martín Hernández Sánchez**

## **PARTE II. TEMA CENTRAL – MECANISMOS JUDICIALES PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

6. ¿GOZAN DE TRABAJO DECENTE LAS MUJERES DE LOS SECTORES PÚBLICO Y  
PRIVADO DE EL ESPINAL-TOLIMA? ..... x  
**Esp. Lucas Caballero Martínez**  
**Ph.(c). Omar Ernesto Castro Güiza**

7. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
DE LOS PROCESADOS ..... x  
**Ph. D. Alfonso Daza González**

8. CÓMO ERRADICAR LA EXPLOTACIÓN INFANTIL EN LAS MINAS DE CARBÓN DE  
BOYACÁ ..... x  
**Mg. Fernando Miguel Muñoz Buitrago**

|                    |                    |       |           |                    |           |                |
|--------------------|--------------------|-------|-----------|--------------------|-----------|----------------|
| Principia<br>IURIS | Tunja,<br>Colombia | Nº 18 | pp. 1-450 | Julio<br>Diciembre | 2012 - II | ISSN:0124-2067 |
|--------------------|--------------------|-------|-----------|--------------------|-----------|----------------|

---

9. RECONOCIMIENTO, PROTECCIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA A CARGO DEL ESTADO ..... x  
**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas**

10. EUTANASIA, ENTRE LA VIDA Y LA MUERTE ¿QUIÉN Y QUÉ LA DECIDE? ..... x  
**Ph. D. Olga Ligia Araque Moreno,**  
**Mg. Enrique López Camargo**

11. AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica” ..... x  
**Mg. Carlos Andrés Aranda Camacho**

12. TERRORISMO, SOCIEDAD DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ... x  
**Ph.D Yolanda M. Guerra García**

13. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL DILEMA DE LOS LÍMITES DE LA REFORMA ..... x  
**Abg. Fernando Tovar Uricoechea**

14. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS C-336 DE 2008, C-428 DE 2009 Y C-556 DE 2009 PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL ..... x  
**Abg. Rafael Ricardo Hernández Barrera**

15. EL DERECHO AL USO DEL ESPACIO PÚBLICO: ¿UN TEMA URBANÍSTICO O DE CONSTITUCIONALISMO HUMANO? ..... x  
**Ph.D. Andrés Rodríguez Gutiérrez**

16. LA PRUEBA VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA ..... x  
**Mg.(c) Yenny Carolina Ochoa Suarez**

### **PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.**

17. ¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA? ANÁLISIS JURÍDICO A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL ..... x  
**Ph. (c). Eyder Bolívar Mojica**

18. LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA. ENSAYO DE LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA ..... x  
**Mg. Daniel Rigoberto Bernal Gómez**

19. EL COMERCIO ELECTRONICO ¿UN ESCENARIO SEGURO PARA EL CONSUMIDOR? ..... x  
**Mg. Andrés Bernal Salamanca**

---

## EDITORIAL

La jurídica que se lleva a cabo en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la facultad de derecho, abarca temas de gran importancia nacional e internacional, dentro del ámbito de aplicación del derecho, siendo nuestra contribución a la vocación del jurista, en tal sentido presentamos la publicación científica especializada en áreas jurídicas y sociojurídicas, como espacio de calidad editorial, académica e investigativa.

En esta oportunidad Principia Iuris 18, presenta su publicación en tres partes. En la Parte I se desarrollarán temas resultado de diversos proyectos en materias de, los objetivos de la hacienda pública territorial en Colombia, la proyección social como fortaleza en una escuela de formación policial, una breve historia del desarrollo constitucional en la república de Colombia, informalidad y regularización del suelo urbano, extradición: del legado de la antigüedad a los modernos principios normativos.

En la Parte II Se tiene como Referencia un Tema Central: mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, en esta parte se desarrollan los temas como ¿gozan de trabajo decente las mujeres de los sectores público y privado de el Espinal-Tolima?, el principio de oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados, cómo erradicar la explotación infantil en las minas de carbón de Boyacá, reconocimiento, protección y restricción de la libertad como obligación jurídica a cargo del estado, eutanasia, entre la vida y la muerte ¿quién y qué la decide?, avances jurisprudenciales de la responsabilidad médica del estado “la probatio diabólica”, terrorismo, sociedad del riesgo y responsabilidad del estado, la teoría de la sustitución constitucional y el dilema de los límites de la reforma, análisis jurisprudencial sobre la utilización del espacio público por vendedores ambulantes en Colombia durante los años 2007 a 2011, EFECTOS en el tiempo de las sentencias C-336 de 2008, C-428 de 2009 y C-556 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, el derecho al uso del espacio público: ¿un tema urbanístico o de constitucionalismo humano?.

---

Se establece una Parte III. En el cual su tema central se Refiere a las temáticas internacionales, extranjeras o comparadas.en esta parte se desarrollan temas de: ¿es justificable la tortura en situaciones de necesidad extrema? análisis jurídico a través del derecho internacional y la la pérdida de investidura. ensayo de legislación comparada entre colombia y francia.

Agradeciendo a los múltiples participes de este espacio académico, invitamos a nuestros lectores.

**Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)**  
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

## AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica”

**Mg. Carlos Andrés Aranda Camacho\***

Fecha de entrega: 22-08-2012  
Fecha de aprobación: 18-09-2012

### RESUMEN\*\*

La dinámica al interior del Consejo de Estado desde 1990 ha sido bastante notoria en procura de evitar que el sistema en materia de responsabilidad médica se convierta en una probatio diabólica, sin embargo, no se ha logrado un criterio unificado, por ende, se cree que la falla presunta del servicio, dentro del esquema de imputación objetiva, sería la solución procesal-probatoria que brindaría mayor seguridad jurídica tanto para los sujetos en litigio como para el administrador de justicia.

### PALABRAS CLAVE

Consejo de Estado, Responsabilidad Médica, Carga de la Prueba

### ABSTRACT

The dynamics within the Council of State since 1990 has been quite notary in an attempt to prevent the system in medical liability becomes a diabolical probatio, however, has not been a unified approach, therefore, it is believed that alleged failure of the service, within the framework of

---

\* *Abogado de la Universidad Santo Tomás-Tunja, Título honorífico cum laude, Magister (c) en Derecho Administrativo, Abogado litigante y consultor, Docente de la Facultad de Administración de Empresas.*

\*\* *Artículo de investigación científica y lógica, vinculado a la línea de investigación en Derecho administrativo Del Centro De Investigaciones Socio- Jurídicas De La Facultad De Derecho De La Universidad Santo Tomas Seccional Tunja.*

*Método: Analítico – descriptivo de orden deductivo y documental tomando como fuente la jurisprudencia del Consejo de Estado y utilizando como metodología el analisis dinamico de la jurisprudencia que explixare en el numeral 2 del presente articulo.*

objective imputation would be the solution procedure, evidence that would provide greater legal certainty for the subjects in dispute and the administrator of justice.

#### KEY WORDS

Council of State, Medical Liability, Burden of proof

#### RÉSUMÉ

La dynamique au sein du Conseil d’Etat depuis 1990 a été tout à fait remarquable dans une tentative pour

empêcher le système de responsabilité médicale devient une probatio diabólica, cependant, n’a pas été une approche unifiée, par conséquent, est soupçonné d’manquement allégué des services, dans le cadre de la causalité, serait la procédure à l’épreuve solution qui offrirait une plus grande sécurité juridique pour les sujets en litige et l’administrateur de la justice.

#### MOTS CLÉS

Conseil d’Etat, la responsabilité médicale, charge de la preuve

#### SUMARIO

1. Introducción. 2. Metodología De La Investigación (Análisis Dinámico De Jurisprudencia). 2.1 Falla Presunta: 2.2 Falla Probada 2.3 ¿A Quién Le Corresponde La Obligación Procesal-Probatoria De Acreditar La Falla Del Servicio, En Materia De Responsabilidad Del Estado, Por La Prestación Del Servicio Médico? 3. La Evolución De La Responsabilidad Médica Estatal. 3.1. Falla Probada 3.2. Falla Presunta Del Servicio 3.3. Carga Dinámica De La Prueba 3.4. Falla Inferida 4. Fallos Recientes Y Elementos De La Responsabilidad Del Estado 5. Conclusiones Parciales. 6. Referencias Bibliográficas.

#### 1. INTRODUCCIÓN

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

se empezó a hablar de la falla presunta del servicio y de la inversión de la carga de la prueba, con providencias de gran connotación, donde vale la pena resaltar el fallo de 1992 (30 de julio, Rad. 6897) con ponencia del Consejero Dr. Daniel Suárez Hernández, con la presentación de una teoría que alivia al demandante de la obligación de probar la falla médica basados en que:



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

Por lo anterior, un presupuesto de la responsabilidad del Estado se constituye en que el daño sea imputable jurídicamente a la autoridad demandada, es por ello que a partir de ese postulado se desarrolló el concepto de títulos jurídicos de imputación en el seno del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, cuyo fundamento constitucional es el artículo 90 constitucional, que deben ser entendidos como la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño o las razones

jurídicas por las cuales el Estado debe indemnizar, por dicho concepto se observa la importancia que recae sobre la presente investigación el estudio de dichos títulos dentro del marco de la responsabilidad del médica estatal.

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

En ese orden de ideas, y mencionando nuevamente el artículo 90 constitucional, que se ha erigido como el fundamento superior de la Responsabilidad del Estado, es necesario referirse a la constitucionalización del derecho administrativo, que ha permitido a la jurisprudencia fundamentar e inclinar sus decisiones en aras de la protección de derechos fundamentales, y si nos ubicamos en materia de la prestación del servicio médico, donde sin duda, se debe hablar del derecho a la salud y en conexidad el de la vida, que son los más cercanos al tema de estudio, y que pueden llegar a ser consolidados o fortalecidos por el principio de confianza legítima, que igualmente ha sido traído a

colación en responsabilidad médica por parte del Consejo de Estado, quizá sin una fundamentación y argumentación sólida, pero con influencia a la hora del sentido de la decisión.

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

## **2. MÉTODOLÓGIA DE LA INVESTIGACIÓN (ANÁLISIS DINÁMICO DE JURISPRUDENCIA)**

La jurisprudencia es 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, en su libro *El Derecho de los Jueces*. Con la utilización de esta herramienta se clarifica 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 desde el año 1990.

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

2.1 *FALLA PRESUNTA: “La Falla Médica se debe presumir por la posibilidad en que se encuentran los Médicos –en general los profesionales de la salud-, dado su conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos”, por lo anterior, el demandante NO debe asumir ninguna carga probatoria al respecto.*

2.2 *FALLA PROBADA: se debe aplicar en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo. Demandante debe probar la falla del servicio.*

Igualmente, las sentencias referenciadas en la siguiente ingeniería de reversa corresponden en su totalidad a la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano, y se relaciona únicamente su número interno<sup>3</sup>, es así como la metodología de la investigación (análisis dinámico de jurisprudencia) se resume en el siguiente gráfico :

<sup>3</sup> *Para mayor análisis pueden ser consultadas todas las providencias en el siguiente enlace: <http://190.24.134.67/pce/consultaavanzada.asp>*

**2.3 ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE LA OBLIGACIÓN PROCESAL-PROBATORIA DE ACREDITAR LA FALLA DEL SERVICIO, EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO?**

|  |   |  |
|--|---|--|
| <p><b>TESIS No. 1:</b> <i>La Falla Médica se debe presumir por la posibilidad en que se encuentran los Médicos –en general los profesionales de la salud-, dado su conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos, por lo anterior, el demandante NO debe asumir ninguna carga probatoria al respecto.</i></p> | <p>S. 5902 (1990)<br/>(Falla presunta)</p> <p><b>S. 6897 (1992)</b><br/>(Falla presunta)<br/>S. 11169 (1999)<br/>(Carga dinámica de la prueba)</p> <p><b>S. 12123 (2000)</b><br/>(Falla probada)</p> <p><b>S. 13166 (2001)</b><br/>(Carga dinámica de la prueba)</p> <p>S. 17918 (2008)</p> <p><b>S. 18364 (2009)</b>(Falla inferida)<br/>S. 17655 (2010)<br/>S. 22466 (2011)<br/>S. 18948 (2011)</p> | <p><b>TESIS No. 2:</b> <i>se debe aplicar en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo.</i></p> |
|--|---|--|

**3. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL**

Partiendo del análisis dinámico de jurisprudencia, se puede decir que los avances jurisprudenciales en materia de Responsabilidad Médica, dentro de las providencias del Consejo de Estado son palmarios, en todo caso, el desarrollo ha sido muy dinámico y controversial, es por ello, que dentro de las relaciones entre el Estado y los administrados, concretamente en fallos por la prestación del servicio médico-asistencial, nos enfrentamos a un atareado estudio de sentencias del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa; de esa manera se pretende realizar un

esquema histórico de la evolución de la temática objeto de la disertación, ya que sin lugar a duda, el rigor técnico y científico de la medicina es innegable y ha conducido a que en ocasiones los administradores de justicia inviertan la carga de la prueba, e inclusive a que apliquen “sistemas” de aligeramiento probatorio que permiten resolver el fondo del asunto contentándose con la probabilidad de la existencia de la falla del servicio.

Por ello, vale recordar que el recorrido histórico se realiza con referencia exclusivamente a las diversas posturas del Consejo de Estado en relación a la carga de la prueba en casos de responsabilidad

médica estatal con fundamento en la jurisprudencia y en la doctrina nacional, sin profundizar, en temas como lo son la diferenciación de responsabilidad extracontractual y contractual o la responsabilidad de medios y resultados, que igualmente han venido evolucionando con las sentencias administrativas.

Antes de analizar la evolución precitada, debemos recordar un aspecto en cuanto a la carga de la prueba se refiere, que es establecido por el Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos: “ARTICULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”, que es concordante con el artículo 1757 del Código Civil el cual reza: “PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Lo anterior, se constituye como la regla general, cobrando relevancia en la presente exposición, dadas las circunstancias particulares con respecto a la Responsabilidad Médica Estatal.

Vista la regla general, con relación a sujeto procesal obligado a aportar la prueba, se hablará de la probatio diabólica, definición dada por el Consejo de Estado (ECHEVERRY ALEGRIA y otros CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2009) que enseña: “esta dificultad viene promovida por diversos motivos, lo que la constituye en una prueba diabólica. Una de las primeras dificultades con las que se encuentra el paciente o sus herederos -en caso de muerte de aquél- es que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a los que mayormente resulta

extraño y no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes a dictaminar en contra de los intereses de un colega... Por lo general, el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas o estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de las mismas, incluso muchas veces hasta desconoce su diagnóstico. A esto se suma la práctica actual de la medicina en nuestro país, la que no escapa a los procesos de masificación despersonalizando las relaciones médico – paciente. Allí donde antes existía el médico de familia o cabecera, al que uno libremente elegía y con el cual normalmente entablaba un diálogo profundo, hoy ha sido suplantado por el especialista –que muchas veces viene impuesto por la obra social– al que hay que ir a ver al consultorio para una visita que dura pocos minutos y al cabo de la cual el enfermo sale con una colección de recetas pero tal vez desconociendo el mal que lo aqueja.”.

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

En ese orden de ideas, se encuentra:

### **3.1 FALLA PROBADA**

Un presupuesto de la responsabilidad del Estado se constituye en que el daño sea imputable jurídicamente a la autoridad demandada, es por ello que, se ha dicho que (VIDAL PERDOMO, 2005) “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” por la anterior definición se observa la importancia que recae sobre dichos títulos dentro del marco de la responsabilidad del Estado, partiendo del análisis de la falla probada.

La falla Probada como título Jurídico de Imputación, se basa en que (RIVADENERIA BERMUDEZ, 2008) “se aplica en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo (...) frente al régimen comentado la aptitud probatoria de la administración o de la autoridad demandada se encamina a demostrar que obró con prudencia y diligencia en el servicio que se encontraba prestando, es decir que obró con ausencia de falla”, igualmente, la administración en aras de su defensa puede invocar la causa extraña; con lo anterior, es preciso afirmar que antes de 1990

era la falla probada el título jurídico de imputación bajo el cual se fundamentaban las sentencias administrativas, es decir, (CLEMENTINA BAUTISTA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2001) en un primer momento en la evolución jurisprudencial, en el seno de la jurisdicción contenciosa sobre la responsabilidad médica, se le exigía al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

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

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

### **3.2 FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO**

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

pretendía un resarcimiento a través de la demanda, es por ello, que se ha dicho, (RIVADENERIA BERMUDEZ, 2008) 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 más próxima al demandado, a quién le corresponderá entonces demostrar que dicha falla no existió”, valiéndose de todos los mecanismos de defensa. -vg. Demostrar la idónea prestación del servicio o alegar Causa Extraña-.

Ubicados en 1990 y 1992, se presentó una carga argumentativa disímil dentro del Consejo de Estado pero con una respuesta equivalente, con relación al sujeto procesal obligado a probar la falla del servicio, por ello, en primera medida en (CLEMENTINA BAUTISTA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2001) “sentencia de octubre 24 de 1990, la Sala consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica”, basados en dicha norma civil que consagra que “la prueba de diligencia o cuidado

incumbe al que ha debido emplearlo”, por ende, se logra la inversión de la carga de la prueba fundamentados en el derecho común (MARIA HELENA AYALA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 1990).

Luego, la presunción de falla en la prestación del servicio médico que se acogió en 1990, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992 con Ponencia del Dr. Daniel Suarez Hernández, pero con una fundamentación jurídica diferente, que hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales – galenos y expertos de la medicina en general-, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos, en la presente providencia, (GUSTAVO E. RAMIREZ CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 1992), enseñó el Consejo de Estado que “se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios... resultaría más beneficioso ... si en lugar

de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.” Sin embargo, vale la pena reiterar, que no se puede creer que falla presunta es equivalente a un régimen objetivo, porque es necesario aclarar que la aplicación de dicho título jurídico de imputación a un caso, no nos ubica necesariamente en dicho régimen, sino que aún en el régimen subjetivo es el accionado quién debe probar la diligencia y cuidado debidos, ya que existe la urgencia de hallar o descartar en un defecto de conducta del ente estatal, igualmente, la falla presunta debe ser considerada como un verdadera razón jurídica, que busca alejar a la responsabilidad médica de la probatio diabólica.

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

### **3.3 CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA**

La constitución Política de 1991 establece dentro de los deberes y obligaciones lo siguiente: “ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional.

Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; (...)”, es así, como el anterior precepto constitucional, es el sustento de la aplicación de la Carga dinámica de la prueba, teoría que sirve como sustento para (VELÁSQUEZ GIL & VELÁSQUEZ GÓMEZ, 2006)“casos en los cuales se alega una falla del servicio con ocasión de la actividad médica, se tiene, por regla general, en cuanto a la carga de la prueba, que al actor le incumbe demostrar la falla médica a menos que, por las especialidades características del paciente o del servicio, ello resulte extraordinariamente difícil para él, caso en el cual, a manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento en que la regla que consagra resulta contraria al principio de equidad previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, como criterio auxiliar de la actividad judicial”.

En muchos eventos el demandante podía ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, (CLEMENTINA BAUTISTA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2001) en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso

a la información. En algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia.

Debe resaltarse el carácter excepcional para la aplicación de la carga dinámica de la prueba, ya que, depende de cada caso concreto y del sabio entender del juez o magistrado para determinar el sujeto procesal que está en mejores posibilidades para demostrar la eventual falla del servicio.

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

hasta el fallo, pero nos encontraríamos con serias dificultades, porque hablaríamos del carácter rogado de la jurisdicción contenciosa y la intervención activa del juez en dicha etapa no sería posible.

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

#### **3.4 FALLA INFERIDA (FALLA POR INFERENCIA)**

El concepto de falla inferida, es una postura igualmente nacida en el Consejo de Estado, que pretende considerar como aceptable (RUIZ OREJUELA, 2010) la prueba de la falla del servicio a través condiciones que encierran la situación fáctica, es así como nos encontramos en una etapa que quizá no está muy definida temporalmente, dado que la jurisprudencia contenciosa aplica indistintamente las diferentes teorías, -podría sin embargo, ubicarse en el año 2004 -, es así como (JOSE WILSON OCAMPO CONTRA NACIÓN, 2004) “el primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en



aplicación del principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas)”.

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

Las reglas de Derecho extranjero, han sido consideradas por la doctrina (PARRA GUZMAN, 2004) una “verdadera aplicación de la responsabilidad objetiva, en la cual se facilita, por no decir se presume, en algunas situaciones el nexo causalidad”, sin embargo, nos apartamos de la anterior postura, ya que como se ha reiterado la presunción no nos lleva a ubicar a la responsabilidad médica en el régimen objetivo, en la medida que en todo caso se habla de una falla del servicio, y la inversión de cargas o la presunción obedece exclusivamente a la complejidad del recaudo probatorio; por lo anterior, vale la pena estudiar los diferentes sistemas de “aligeramiento probatorio”; éstas reglas, son referenciadas tanto en la doctrina (PARRA GUZMAN, 2004) como en la jurisprudencia (MARCO EMILIO CARMONA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2011), haciendo una remisión al libro “El

régimen de la Prueba en la Responsabilidad civil médica” del profesor Calixto Diaz Regañon-García-Alcalá, es así como se encuentra:

**Res ipsa loquitur:** las cosas hablan por sí mismas o los hechos hablan por sí mismos; es el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia, procede de los ordenamientos de common law; el demandante sólo tiene que probar el daño sufrido quedando a cargo del médico demandado la carga de probar no haber violado aquel; el hecho habla por sí como prueba de la culpa. No será necesario demostrar la negligencia del médico o de la entidad. (MARCO EMILIO CARMONA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2011)

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

**Prueba prima facie:** la teoría tiene su origen en Alemania y consiste en que (PARRA GUZMAN, 2004) “el convencimiento del juez se trae de la máxima experiencia común”, para el Consejo de Estado es otra forma de expresión para llegar a la afirmación de la culpa, es decir, consiste en una presunción judicial. (MARCO EMILIO CARMONA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2011).

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

Igualmente, dentro de la falla inferida o por inferencia, tanto en España como en Italia se ha venido hablando de las presunciones judiciales cualificadas, (LUNA YERGA, 2004) “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”. Ahora, con relación al Discovery Rule (Auskunftsaspruch), consisten en permitirle al demandante elevar una

pretensión mediante la cual le solicite al demandado que aporte las pruebas con relación al procedimiento o circunstancias que han materializado el daño, es decir, (MARCO EMILIO CARMONA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2011) “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.”

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

#### **4. FALLOS RECIENTES Y LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

En relación a la evolución de la Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, es necesario analizar los elementos de responsabilidad extracontractual en sentido general, es así

como se encuentra clásicamente un división tripartida a saberse: daño, nexos causal y falla del servicio; por ende, y ubicándonos en un fallo del 7 de febrero de 2011 con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio, en el cual se exige al demandante acreditar los tres elementos, con notable aplicación la falla probada del servicio (MARCO EMILIO CARMONA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 2011), a pesar de lo anterior, el Dr. Enrique Gil Botero y la Dra. Olga Melida Valle de la Hoz aclararon su voto, ya que consideraron que “es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado - en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación –entendida esta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.”, por otro lado, en la misma aclaración los consejeros se apartan de la ponencia en relación al “sistema estático de falla probada” concluyendo de manera contundente, que en concordancia “a este específico tópico toda vez que estamos convencido que la Sala debería retornar a un sistema de falla presunta, en garantía del extremo de la relación jurídica que no posee conocimientos doctos sobre los aspectos científicos que involucra la ciencia médica”. Con el retorno a la falla presunta del servicio, se enfrentaría la probatio diabólica, y se llegaría a un sistema de responsabilidad médica estable y con reglas claras que permitirían una atribución jurídica conforme a las exigencias de principios como el de legalidad y la seguridad jurídica propia de un Estado Social de Derecho.

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

Enseña entonces el fallo (LEONOR SALCEDO DIAGO CONTRA INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS, 2011) que con la Constitución de 1991 “se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés”. También que con el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento el año antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. “Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-;

riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado”.

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

## 5. CONCLUSIONES PARCIALES

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

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

Los fallos del Consejo de Estado son muy vacilantes, con relación a la carga de la

prueba, por ello, se han aplicado distintas teorías traídas del derecho foráneo, sin embargo, cada teoría y regla aplicada es muy cercana a la presunción de la falla del servicio que garantiza una administración de justicia idónea, ya que la falla probada en aplicación de la regla general de los artículos 177 y 1757 del C.P.C y del C.C. respectivamente es estática y ajena a los diferentes dificultades relacionados con la recolección de pruebas en materia de responsabilidad médica.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CLEMENTINA BAUTISTA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 13166 (CONSEJO DE ESTADO 22 de MARZO de 2001).

ECHEVERRY ALEGRIA y otros CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 18364 (Consejo de Estado Agosto de 19 de 2009).

GUSTAVO E. RAMIREZ CONTRA INSTUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 6897 (CONSEJO DE ESTADO 30 de JULIO de 1992).

JOSE WILSON OCAMPO CONTRA NACIÓN, 25416 (CONSEJO DE ESTADO 10 de JUNIO de 2004).

LEONOR SALCEDO DIAGO CONTRA INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES ISS, 18948 (CONSEJO DE ESTADO 24 de MARZO de 2011).

LUNA YERGA, A. (2004). LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO-SANITARIA- CULPA Y CAUSALIDAD. MADRID ESPAÑA: 1º EDICIÓN.

MARCO EMILIO CARMONA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 22466 (CONSEJO DE ESTADO 7 de FEBRERO de 2011).

MARIA HELENA AYALA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, 5902 (CONSEJO DE ESTADO 24 de OCTUBRE de 1990).

PARRA GUZMAN, M. F. (2004). CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. BOGOTÁ D.C.: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.

RIVADENERIA BERMUDEZ, R. E. (2008). MANUAL DE DERECHO PROBATORIO ADMINISTRATIVO. MEDELLIN: LIBERÍA JURÍDICA SÁNCHEZ R. LTDA.

RUIZ OREJUELA, W. (2010). RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS REGIMENES. BOGOTÁ D.C.: ECOE EDICIONES.

VELÁSQUEZ GIL, C., & VELÁSQUEZ GÓMEZ, I. (2006). JURISPRUDENCIA DEL LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, PRIMER SEMESTRE 2006. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO , 208.

VIDAL PERDOMO, J. (2005). EL TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. En TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORANEO (pág. 306). BOGOTA D.C.: CENTRO EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO (2006). EL DERECHO DE LOS JUECES. BOGOTA D.C. EDITORIAL LEGIS. SEGUNDA EDICION.

