

**DIFICULTADES EN LA ACREDITACIÓN FÁCTICA DERIVADAS DEL VALOR
PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA, EN EL MARCO DEL DAÑO
ANTI JURÍDICO OCASIONADO POR ACTO MÉDICO.**

LINA GINNERY CAMPO GARCIA



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.**

2019

**DIFICULTADES EN LA ACREDITACIÓN FÁCTICA DERIVADAS DEL VALOR
PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA, EN EL MARCO DEL DAÑO
ANTI JURÍDICO OCASIONADO POR ACTO MÉDICO.**

LINA GINNERY CAMPO GARCIA

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL
TÍTULO DE:
ESPECIALICISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

DIRECTORA: DRA. PAULA MAZUERA AYALA



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.**

2019

DEDICATORIA

A Dios, que en su infinita bondad y amor me ha llevado por caminos altamente bendecidos, y me permite culminar hoy un objetivo más de vida.

A mis padres, Clara Inés y Javier, que son una extensión del amor de Dios en mi vida, y han estado para mí de una manera más que incondicional, en éste, y cada uno de los proyectos de mi vida. Gracias por ser ejemplo del amor absoluto, del apoyo sin condición y de la unión familiar como motor de vida.

A mi hermano, Gerson, amigo y cómplice de locuras, por su apoyo y motivación, por ser gestor y propulsor de muchos de mis propósitos de vida.

Al amor de mi vida, Cayetano, por ser el más enorme de los apoyos en todos mis proyectos. Por enseñarme que el significado de la expresión “caminar de la mano”, muchas veces trasciende del plano físico, y en qué manera !. Su amor, comprensión e impulso, han hecho que la conquista de un logro de vida sea siempre la puerta para buscar alcanzar un nuevo objetivo.

Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi agradecimiento a la Dra. Paula Mazuera, directora de éste proyecto, por su aporte de experiencia, conocimientos y sugerencias sobre el contenido de la investigación, así como sobre el desarrollo de la misma.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	8
PALABRAS CLAVE.....	8
ABSTRACT.....	9
KEYWORDS.....	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	14
1. ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.....	14
1.1 TÍTULO	14
1.2 LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	14
1.3 ANTECEDENTES.....	15
1.4 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	19
1.5 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	22
1.5.1 OBJETIVO GENERAL	22
1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	22
1.6 JUSTIFICACIÓN	23
CAPITULO II	26
2. MARCOS REFERENCIALES.....	26
2.1 MARCO TEÓRICO	26
2.1.1 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA:	26
2.1.1.2 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	29
2.1.1.3 LOS FINES DEL ESTADO	30
2.1.1.4 PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	33
2.1.2 EL DAÑO ANTIJURÍDICO	38
2.1.3 GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD	43
2.1.4 LA RESPONSABILIDAD EN EL ESTADO COLOMBIANO	54
2.1.5 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	58
2.1.6 RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	59
2.1.7 LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL	75
2.1.8 LOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA PROCESAL	88

2.1.9	LA HISTORIA CLÍNICA	94
2.2	MARCO CONCEPTUAL	103
2.3	MARCO JURÍDICO	105
2.3.1	NORMAS INTERNACIONALES	105
2.3.2	CONSTITUCION POLÍTICA.....	113
2.3.3	LEYES ESTATUTARIAS	115
2.3.4	LEYES ORDINARIAS	115
2.3.5	RESOLUCIONES	117
2.3.6	PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL	117
2.4	MARCO HISTÓRICO	118
CAPÍTULO III.....		119
3.	DISEÑO METODOLÓGICO	119
3.1	ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	119
3.2	TIPO DE INVESTIGACIÓN	120
3.3	MÉTODO.....	121
3.4	ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO	122
3.5	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	122
3.5.1	FUENTES DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	122
3.5.2	TÈCNICAS DE ANÀLISIS DE LA INFORMACIÓN	123
3.6	FASES DE LA INVESTIGACIÓN.....	124
CAPITULO IV.....		124
4.	RESULTADOS DE INVESTIGACION	124
4.1	SECCIÓN I: CONCEPTOS RECIENTES MÁS DESTACADOS DENTRO DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DESDE LA DOCTRINA NACIONAL, LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y EL DERECHO COMPARADO	124
4.1.1	LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: ASPECTOS RECIENTES MÁS RELEVANTES DE SU DESARROLLO DESDE LA DOCTRINA NACIONAL	125
4.1.2	ASPECTOS MÁS RECIENTES Y DESTACADOS EN LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.....	134

4.1.3	ASPECTOS RELEVANTES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DESDE EL DERECHO COMPARADO	138
4.2	SECCIÓN II: IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTO MÉDICO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO ENTRE 2014 Y 2018, PRINCIPALES REGLAS Y SUBREGLAS	153
4.2.1	RELEVANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO MEDIO PROBATORIO EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTO MÉDICO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA	154
4.2.2	PRINCIPALES REGLAS EVIDENCIADAS	157
4.2.3	PRINCIPALES SUBREGLAS EVIDENCIADAS	170
4.3	SECCIÓN III: EFECTOS JURIDICOS Y ECONÓMICOS EN EL ESTADO COLOMBIANO DE LAS CONDENAS PROFERIDAS POR LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO CON SOPORTE EN EL VALOR PROBATORIO Y LA DEFICIENTE ACREDITACIÓN FÁCTICA EMANADA DE LA HISTORIA CLÍNICA.	173
4.3.1	EFECTOS JURIDICOS.....	174
4.3.2	EFECTOS ECONÓMICOS.....	175
	CAPÍTULO IV	177
5.	CONCLUSIONES	177
	BIBLIOGRAFÍA	180
	ANEXOS	193
	MAPA CONCEPTUAL DE LOS MARCOS DE REFERENCIA	193
	JURISPRUDENCIA A ANALIZAR	194
		208
	PRINCIPALES DINÁMICAS EVIDENCIADAS	208

RESUMEN

Sin lugar a dudas, la Responsabilidad Médica ocupa un espacio importante dentro de la Responsabilidad patrimonial del Estado, en igual sentido, esta temática ha sido abordada desde la doctrina y la academia en múltiples oportunidades, no obstante, el estado del arte permitió evidenciar que poco se ha indagado en relación a la relevancia de la historia clínica como medio probatorio y las dificultades de acreditación fáctica que de allí se podrían derivar, convirtiéndose éste en el eje de investigación para el presente estudio. Así pues, se propende identificar qué efectos jurídicos y económicos tiene sobre el Estado Colombiano la deficiencia probatoria derivada de la historia clínica, habida cuenta su significativo valor probatorio en el marco de la responsabilidad por acto médico. Para arribar a las conclusiones del presente estudio, se realiza una amplia referencia conceptual y teórica, ahondando en lo fijado por la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado.

Encontrándose como conclusiones de investigación, una gran relevancia de la historia clínica como medio probatorio documental y como indicio significativo para casos medico sanitarios, al igual que la identificación de diez reglas y tres subreglas decantadas desde la hermenéutica de la Sección Tercera del Consejo de Estado para el periodo en estudio. De otro lado, se esbozan la *congestión judicial* así como la *ralentización de las decisiones judiciales* como principales efectos jurídicos, y la *alta carga fiscal* como principal efecto económico.

Finalmente, se deja abierta la invitación a realizar un análisis similar en un futuro, para validar si la implementación de la historia clínica electrónica permitió soslayar las dificultades en acreditación fáctica que se derivan hoy de la historia clínica convencional – de diligenciamiento manual- conllevando a una disminución en las condenas contra el Estado en términos de Responsabilidad Médica.

PALABRAS CLAVE

Historia clínica, responsabilidad médica, valor probatorio, responsabilidad patrimonial del Estado, daño antijurídico, acreditación.

ABSTRACT

Undoubtedly, the Medical Responsibility occupies an important space within the patrimonial responsibility of the State, in the same sense, this subject has been approached from the doctrine and the academy in multiple opportunities, nevertheless the state of the art allowed to show that little is has investigated in relation to the relevance of the clinical history as evidential means and the difficulties of factual accreditation that could be derived from there, becoming this the research axis for the present study. Therefore, it is proposed to identify the legal and economic effects of the probative deficiency derived from the clinical history on the Colombian State, given its significant probative value within the framework of the responsibility for a medical act, in order to arrive at the conclusions of the present study. makes a broad conceptual and theoretical reference, delving into the set by doctrine, jurisprudence and comparative law.

Finding as research conclusions, a great relevance of the clinical history as a documentary evidence and as a significant indication for health medical cases, as well as the identification of ten rules and three subgrades decanted from the hermeneutics of the Third Section of the State Council for the period under study. On the other hand, judicial congestion is outlined, as well as the slowing down of judicial decisions as the main legal effects, and the high fiscal burden as the main economic effect.

Finally, the invitation to carry out a similar analysis in the future to validate if the implementation of the electronic medical record allowed to avoid the difficulties in factual accreditation that derive today from the conventional clinical history - of manual completion - leading to a decrease in the sentences against the State in terms of Medical Responsibility.

KEYWORDS

Clinical history, medical responsibility, probative value, patrimonial responsibility of the State, unlawful damage, accreditation.

INTRODUCCIÓN

En el marco del Derecho Público, más propiamente del derecho Administrativo, la Responsabilidad Patrimonial del Estado es un acápite tan importante como interesante, de allí que sea un tema ampliamente referenciado y estudiado desde la doctrina, la jurisprudencia, y la academia. Manteniendo ésta línea pero con el ánimo de ahondar temas aún más específicos, se decide con el presente estudio, fijar la mirada en la Responsabilidad por Acto Médico, encontrando que sigue siendo éste un tema con bastante producción académica y literaria, de modo tal que se continúa en la individualización de la investigación, centrando la atención en la Historia Clínica, por ser éste un elemento pilar dentro de la actividad médica, se intuye su protagonismo como medio probatorio en éste campo. De tal suerte, que tras realizar un análisis primario de los desarrollos intelectuales en la materia, se encuentra poco material coincidente con el objeto de estudio, motivo por el cual se confirmó que era ésta la naturaleza de la investigación que quería abordarse.

Con el desarrollo del presente estudio, se buscan identificar las reglas y subreglas más evidentes de la hermenéutica de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para lo cual se delimitó temporalmente la investigación, analizando la casuística contenida entre los años 2014 a 2018, para de éste modo y tras comparar las dinámicas más relevantes que de aquí se desprendan, se puedan finalmente establecer los principales efectos jurídicos y económicos que acarrearán las condenas contra el Estado Colombiano a título de falla en el servicio por actos médico sanitarios.

Para lograr los objetivos propuestos, inicialmente, se realiza una amplia descripción teórico-conceptual que va de lo general a lo particular, abordando generalidades sobre los fines del Estado, la Función Pública, el concepto de daño antijurídico, la responsabilidad en sentido amplio, los diversos regímenes de responsabilidad, la responsabilidad extracontractual propiamente dicha, la responsabilidad médica, y los medios probatorios para aterrizar

finalmente en lo relacionado con la historia clínica, sus generalidades, y disposiciones normativas.

Acto seguido, se inicia la descripción de los conceptos más destacados - en el marco temporal del presente estudio- emitidos desde la doctrina, la jurisprudencia de las altas cortes y el derecho comparado. Para en un capítulo posterior, entrar a develar que tanto valor probatorio tiene la Historia Clínica para la resolución de los casos analizados por la Sección Tercera, cuales son las principales deficiencias en acreditación fáctica que de ella se derivan y qué consecuencias tiene para la temática escogida; buscando responder de ésta manera el problema jurídico eje de la investigación.

Se opta por un desarrollo investigativo de corte sociojurídico, que permita abarcar la temática bajo una perspectiva histórico hermenéutica, en aras de identificar los desarrollos teóricos y jurisprudenciales de los diversos ejes temáticos que componen el objeto investigativo, para entender el manejo conceptual que prepondera actualmente en la Sección Tercera al dirimir los conflictos medico sanitarios.

Esta estructura de trabajo, permite colegir que en efecto la Historia Clínica es un medio probatorio altamente relevante dentro de los casos de responsabilidad médica, no sólo porque es en primera instancia testigo directo –cuando es correctamente diligenciada- de los signos clínicos, condiciones y características del paciente, así como de los diagnósticos, decisiones y procedimientos que componen su historial médico, sino que adicionalmente se constituye en una herramienta para el juzgador en aras de determinar la procedencia de las actuaciones médicas conforme a los postulados de la Lex Artis, así como la calidad, pertinencia, integralidad y oportunidad de lo ejecutado versus lo requerido por el paciente.

Aunado a lo anterior, se logra identificar que la historia clínica completa y correctamente diligencia o no, se convierte para el operador jurídico en un indicio significativo, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de lo contencioso, del cual puede llegarse a declarar la responsabilidad del Estado a título jurídico de imputación de falla en el servicio.

Encontrando así, que son las omisiones, las inconsistencias, los tachones, los registros no cronológicos y los registros ilegibles, los que constituyen las deficiencias en acreditación fáctica; pues como se amplía en el capítulo correspondiente, la responsabilidad médica puede llegar a predicarse no sólo por los procedimientos mal ejecutados, sino también por lo no registrado en la historia clínica – ya que esto será valorado como actuaciones no ejecutadas-, así como por la infracción al deber de diligenciar completa, correcta y oportunamente la historia clínica, acorde a las estipulaciones legales. Sumando a lo anterior que la Sección ha manifestado que con éstas prácticas no solo se incurre en infracción a los deberes legales y profesionales, sino que adicionalmente se le está cercenando al paciente la posibilidad de conocer su estado de salud, sus diagnósticos y posibilidades de tratamiento.

Una vez identificadas y contrastadas las principales reglas y subreglas sentadas por la jurisprudencia de la Sección Tercera, se analizan las dinámicas más destacadas que emanan de la casuística sustrato del presente estudio, para determinar la incidencia de fallos condenatorios contra el Estado, la relevancia de la historia clínica, y el impacto fiscal de los fallos analizados. Posteriormente se plantean como principales efectos la *congestión judicial* así como la *ralentización de las decisiones judiciales* en la esfera jurídica, y la *alta carga fiscal* como principal efecto económico.

Finalmente, se concluye la presente investigación dejando abierta la invitación a realizar a posteriori una investigación similar, como quiera que la legislación colombiana ha

fijado desde diciembre de 2013 la obligación de llevar los registros de historia clínica de manera digital, y teniendo de presente que los procesos están siendo fallados con un espacio promedio de diez años en atención a la ralentización señalada en líneas precedentes, sería interesante realizar un análisis que permita establecer si las dificultades probatorias aquí evidenciadas son soslayadas con el uso de herramientas tecnológicas como la historia clínica electrónica, lo que a la postre debería significar una reducción en las condenas contra la administración pública con base en las situaciones aquí expuestas que serían fácilmente previsibles y modificables.

CAPÍTULO I

1. ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

1.1 TÍTULO

DIFICULTADES EN LA ACREDITACIÓN FÁCTICA DERIVADAS DEL VALOR PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA, EN EL MARCO DEL DAÑO ANTIJURÍDICO OCASIONADO POR ACTO MÉDICO.

1.2 LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

En atención a:

1. Que el presente trabajo de investigación busca indagar por la aplicación de las Teorías Jurídicas de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en los casos donde se dirime la existencia de Responsabilidad bajo el título de imputación de falla en el servicio por acto médico.
2. Y, que para poder determinar los efectos jurídicos y económicos que tienen dichos fallos, se hace necesario realizar un análisis profundo respecto de los pronunciamientos emitidos en estos casos, frente a las teorías jurisprudenciales y doctrinales, versus la realidad fáctica y las dinámicas sociales en el campo de la actividad médica.
3. Y que igualmente, las teorías tanto de derecho como jurídicas en materia probatoria permitirán decantar si la variable elegida (deficiencias probatorias en el marco de la historia clínica) se constituye en efecto como causal de dificultad de acreditación fáctica en los casos analizados, como quiera que el expediente clínico

del paciente – historia clínica-, es un documento con un alto valor probatorio cuando se da con la plena satisfacción de los presupuestos legales exigidos.

Se propenderá con la presente investigación:

Analizar los aspectos recientes más destacados respecto del desarrollo, evolución y aplicación de las teorías que cimientan la Responsabilidad Extracontractual del Estado, para contrastarlas con el problema jurídico aquí planteado, en aras de proponer alternativas de solución frente a los problemas que de dicha observación emanen.

Así las cosas, es preciso indicar que el marco de investigación elegido para el desarrollo del presente trabajo, exige que se desarrolle bajo las reflexiones y el análisis de la línea primaria de investigación:

Teoría del Derecho, de la Justicia y de la Política

de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia.

1.3 ANTECEDENTES

El componente temático del presente trabajo, bien puede abordarse dentro de tres grandes grupos, primero respecto de todo lo que hace alusión a la Responsabilidad, más propiamente a la Responsabilidad Extracontractual y sus distintos regímenes de imputación, a los principios rectores de la función pública y la relación de éstos con la consecución de los fines estatales y la prevalencia del interés general, un segundo gran acápite está conformado por todo lo atinente a la Responsabilidad Médica en sí misma, lo que comporta el acto médico como tal y la relación médico- paciente analizada desde los derechos y deberes que ostentan el marco normativo de los precitados escenarios, en igual sentido como un tercer acápite es

válido agrupar todo lo relativo a los medios de prueba en materia de responsabilidad por actividad médica, para hacer un especial análisis de la Historia Clínica, no solo como medio de prueba que es, sino como eje central de las observaciones que se harán con el desarrollo del presente trabajo.

Así, una vez analizados los referentes que acogen los tres grupos de observación, se podrán establecer cuáles son los aspectos más relevantes emanados de los antecedentes teóricos, y jurisprudenciales del tema base de la problemática de investigación para poder colegir finalmente en que tópicos se percibe que no se ha ahondado lo suficiente y desde donde se podría encaminar la problemática jurídica a estudiar.

En atención a lo anterior, inicialmente se evidencia que la responsabilidad extracontractual es un tema bastante amplio, lo que por sí mismo ha conllevado a la realización de numerosos estudios, mismos que han contribuido a la evolución y desarrollo de sus planteamientos. Sus tesis se han alimentado desde la jurisprudencia en aras de buscar dar el mejor y más justo alcance a la hora de decretar la existencia o no de responsabilidad del Estado sin relación contractual preexistente.

En tal sentido se tiene, que la expedición de una nueva Carta Política en Colombia, contribuyó sin lugar a dudas a constitucionalizar los fundamentos de la Responsabilidad Extrapatrimonial del Estado, permitiendo que el concepto de daño antijurídico tomara una posición protagónica dentro del precepto mismo, lo cual ha influido sin lugar a dudas en la aplicación del régimen objetivo o el subjetivo para éstos casos.

Ahora bien, los primeros enfoques de los estudios que se han adelantado en éste campo, se han establecido en determinar las principales características y diferencias que se dan entre los distintos regímenes – subjetivo y objetivo-, y las teorías que la componen, basta

revisar trabajos como los de Gómez (s.f.), Irrisarri (2000), o Vélez (2015), para entender los distintos elementos que estructuran los regímenes de responsabilidad y que han elaborado desde la doctrina posiciones válidas y pertinentes que han nutrido los lineamientos que han servido de plataforma para los grandes aportes que ha sentado la Jurisprudencia de lo Contencioso.

Bajo lo señalado, es importante destacar que tras los avances que trae el desarrollo del artículo 90 superior, se definen con claridad los elementos que componen la responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, siendo éstos el daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica, componentes que han servido como sustrato para otro gran grupo de investigaciones en donde se ha buscado establecer la relación de estos dos elementos, así como la incidencia de éstos sobre la declaratoria de Responsabilidad en el Estado, de allí que investigaciones como *El daño Antijurídico y la Responsabilidad, o Las Causales Exonerativas de la Responsabilidad del Estado*, han permitido comprender el alcance de los elementos esenciales de cada una de las teorías jurídicas que se manejan, y analizar la postura que ha tenido tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional frente a éste eje temático.

Abordando el segundo gran bloque temático de la presente investigación, debe hablarse de la Responsabilidad Médica en sí, en donde al hacer las revisiones pertinentes, se encuentra como situación común, que es un tema bastante trabajado y estudiado, algunos autores la señalan como una gran especie partiendo de la Responsabilidad del Estado como género, en tal sentido, se encuentra que son múltiples las temáticas desde donde se ha abordado el tema, así autores como Catalina Acosta se encargan de hacer una revisión respecto a los elementos, la naturaleza y la carga de la prueba, otras investigaciones se han enfocado en determinar el tipo de responsabilidad deviniente del ejercicio médico.

Paralelamente, algunos autores como Alma Ariza, se han enfocado en abordar los factores de imputación de la responsabilidad profesional, mientras que otros estudios analizan

los eximentes de responsabilidad exigibles en uno u otro régimen de Responsabilidad según sea el caso. Otros escritos, como el de la autora González (2012), abordan algunos vacíos que desde la doctrina han devenido en interrogantes respecto a lo que implica hablar de responsabilidad médica. En igual sentido, algunos trabajos como el de Guzmán y colaboradores (1994) se detienen a analizar las implicaciones éticas y legales que conlleva de por sí el Acto Médico, observaciones que permitirán construir las hipótesis de imputación de responsabilidad o de exclusión de la misma en los casos en que se debata la culpabilidad por mala praxis médica.

Por otra parte, al analizar el tercer grupo temático escogido dentro de la presente investigación, se tiene que el tema probatorio configura un especial campo de investigación dentro de los autores que estudian lo pertinente respecto a Responsabilidad por Actividad Médica, y aquí se abre la gama de posibilidades a diversas temáticas, algunos autores como Toro y Vázquez (2016) han decidido abordar *el impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud*, otros como Palomino (2008), se ocupan de establecer la relación entre la Responsabilidad médica y el consentimiento informado asociado con las nuevas tecnologías.

Desde la perspectiva netamente procesal, se evidencia que un sin número de los estudios preexistentes se relacionan con la Carga de la prueba, analizando la importancia e implicación de la teoría de la Carga dinámica, la manera como acreditar la responsabilidad por acto médico, la evolución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica, entre otros. Encontrándose que en efecto, son todos estos análisis y artículos, una evidencia muy valiosa que permite entender la evolución, aportes e incidencia del paso de un régimen objetivo a uno subjetivo con posterior regreso sobre el primero en lo pertinente al análisis de la responsabilidad en los casos en que ésta se configura por el devenir de la práctica médica.

Ahora bien, al revisar el material reseñado, la doctrina, y la jurisprudencia de más referencia sobre el tema, se evidencia que si bien en muchos, sino en todas las investigaciones en donde se hable de responsabilidad médica se habla a la par de la historia clínica y del consentimiento informado -como quiera que el expediente médico del paciente es una prueba de vital trascendencia en estos casos-, no se evidencian estudios que se enfoquen plenamente en analizar las principales deficiencias probatorias que derivan de la Historia Clínica.

Habida cuenta lo anterior, y en atención a que la investigadora pertenece al gremio de la salud, y que conoce, uno: desde la teoría, la importancia que tiene la Historia Clínica bajo el punto de vista legal y clínico-asistencial, y dos: desde la práctica, que no es un mito que los profesionales de la salud no siempre diligencian la historia clínica con el pleno lleno de los requisitos legales y reglamentarios exigidos, y aunque conocen la obligatoriedad frente a éstos registros, prima la confianza frente a “esas cosas no suceden”, “yo trabaje todo bien”, “ahí se anota lo más relevante”. Por tanto, se decide abordar el problema jurídico desde las deficiencias en acreditación fáctica que pueden devenir de una historia clínica incompleta, inexistente o mal diligenciada, para extraer desde allí los efectos jurídicos y económicos que comporta para el Estado que sea por ésta causa que se declare la Responsabilidad Estatal, como quiera que si bien es cierto se cuenta -cómo se desarrolla más adelante- con otros medios de acreditación, muchas veces la historia clínica se convierte en la más eficiente pieza condenatoria.

1.4 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Las realidades de la sociedad colombiana diariamente generan un sinnúmero de situaciones en donde podría llegar a configurarse un escenario de responsabilidad extracontractual del Estado, y dentro de este panorama, son numerosos los casos en donde el acto médico se consolida como hecho generador en el contexto de la responsabilidad a título de falla en el servicio.

Paralelamente, a través de las dinámicas jurisdiccionales en cuanto a lo contencioso, las resultas de aquellas reclamaciones provenientes del ejercicio de la Reparación Directa como medio de control en los eventos antes mencionados, han permitido vislumbrar una importante carga fiscal que debe soportar el Estado muchas veces acaecida por déficit probatorio asociado a la historia clínica.

Ahora bien, en lo que respecta propiamente a las dificultades probatorias en el escenario de la responsabilidad por acto médico, no es un secreto que poder acreditar la ocurrencia o no de un hecho con la trascendental incidencia que pueda éste tener en el proceso, encuentra muchas veces grandes barreras tales como i) la necesidad de contar con conocimientos específicos en materia médica o en los protocolos de atención y manejo para pacientes o usuarios de los servicios de salud en el Estado colombiano, ii) Aunque se cuenta con la historia clínica como fuente de lo ejecutado en la atención médica realizada, y ésta se convierte en una de las principales, sino la más importante prueba dentro del proceso litigioso, lamentablemente no siempre se deja por parte de los profesionales de la salud un adecuado registro de los procedimientos y decisiones que conforman el tratamiento o la acción ejecutada, por tanto, la información es o incompleta, o es nula, iii) finalmente, acreditar la falla por acto médico se convierte en un acto difícil, puesto que no comporta el simple hecho que exista o se perciba un daño, sino que se debe pasar a confrontar las decisiones tomadas por el profesional a cargo, con las maniobras ejecutadas vs los protocolos tanto institucionales como con aquellos que la *lex artis* médica exige según el caso.

Con base en estos primeros planteamientos, nace con el presente trabajo la necesidad de indagar que efectos jurídicos y económicos devienen para el Estado tras aquellas dificultades que en materia probatoria se derivan de la historia clínica, entendida ésta desde el importante valor que comporta como prueba en aquellos casos donde se presume una responsabilidad del Estado por acto médico. Como se expuso en su momento, de ésta

problemática se deriva tras los respectivos fallos y condenas un compromiso económico para la administración a través de sus instituciones, y aunque es un fenómeno sumamente importante de analizar, se hace necesario estudiarlo desde una perspectiva más amplia, extractando por ello de manera adicional el componente jurídico de la temática en estudio.

De esta manera, se podrán decantar los principales vacíos tanto teóricos, como jurídicos y procesales en términos de dificultad probatoria con relación directa al valor de acreditación que ostenta la historia clínica en aquellos procesos donde se habla de responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, lo cual conllevará a la configuración de una estructura propositiva que permita soslayar los inconvenientes que del presente estudio emanen.

Así las cosas, al configurarse los tópicos previamente expuestos como un problema de relevancia sociojurídica, la presente investigación se desarrollará en aras de decantar:

¿Qué efectos Jurídicos y Económicos generan para el Estado Colombiano las dificultades de la acreditación fáctica del daño antijurídico ocasionado por acto médico, derivadas del valor probatorio de la historia clínica, en el marco de la Responsabilidad Extracontractual a título de Falla en el Servicio a partir de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado entre 2014 y 2018?

1.5 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1 OBJETIVO GENERAL

Identificar los efectos jurídicos y económicos que devienen sobre el Estado Colombiano en materia de Responsabilidad Extracontractual a Título de imputación por Falla en el Servicio, cuando en el escenario del Acto Médico se ocasiona daño antijurídico difícil de acreditar por dificultades asociadas con el valor probatorio de la historia clínica según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre 2014 y 2018.

1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar cuáles son los conceptos más destacados que dentro del periodo de estudio, ha tenido el tema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, desde la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado.

2. Distinguir la importancia que adquiere la prueba documental, específicamente la Historia Clínica como medio de prueba en los procesos de Responsabilidad por Acto Médico, develando para ello las principales reglas y subreglas encontradas en la jurisprudencia base para este estudio.

3. Determinar cuál es el efecto jurídico y cual el económico en el Estado Colombiano, de las condenas proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado con soporte en el valor probatorio y la deficiente acreditación fáctica emanada de la Historia Clínica.

1.6 JUSTIFICACIÓN

En 1991 Colombia decide variar su sistema político, entendido éste como aquellas dinámicas presentes entre las instituciones de gobierno y la sociedad civil bajo el marco de una forma de gobierno determinada, que hasta ese entonces había sido el de un Estado Social de Derecho, por el de un Estado Social y Democrático de Derecho, concepto que por sí mismo implica de un lado que dentro de su componente *Social* todos los propósitos y actividades que se realicen estén en pro del bienestar de sus asociados, es decir que prevalezca la satisfacción del interés general, y de otro lado mantiene sus lineamientos clásicos en donde todas éstas dinámicas deben desarrollarse y estar sometidas al imperio de la ley, característica derivada de su componente de *Derecho*.

Así las cosas, el modelo de Estado acogido por Colombia, implica que en todas sus actuaciones los distintos entes y autoridades que conforman su estructura, obren de conformidad con los presupuestos Constitucionales buscando en todo momento no solo alcanzar los fines del Estado sino además no lesionar las garantías individuales ni colectivas de sus administrados.

Atendiendo a éste marco, el presente trabajo pretende hacer una revisión a través de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado en aras de evidenciar cuales son las dificultades que respecto a la acreditación fáctica resultan del valor probatorio que representa la historia clínica en aquellos casos en donde por Acto Médico se busca establecer la Responsabilidad Extracontractual del Estado con imputación jurídica de Falla en el Servicio, análisis que se situará temporalmente en la franja comprendida entre los años 2014 y 2018. Luego de realizar las observaciones pertinentes, se pretenden dilucidar las principales reglas y subreglas empleadas desde la hermenéutica del Alto Tribunal, así como establecer que efectos a nivel jurídico y económico comportan dichos hallazgos para el Estado Colombiano en materia de Responsabilidad por Actividad Médica.

Con observancia en lo expuesto, se busca abordar el tema desde dos ópticas, de un lado el efecto jurídico del tema vértice de la presente investigación, partiendo de lo que implica la realidad probatoria para el curso del proceso en los casos de Responsabilidad por Acto Médico, al contar con una prueba de carente valor probatorio en lo que a Historia Clínica respecta, lo cual conlleva en muchos casos a exigir al operador jurídico el integrar la valoración probatoria con otros medios de prueba, mismos a los que de contarse con una Historia Clínica completa, pertinente y de conformidad con los parámetros legales exigidos no habría necesidad de recurrir.

Y de otro lado, analizar el efecto económico que deriva de las condenas impuestas al Estado al establecerse su responsabilidad extracontractual bajo el título jurídico de imputación de falla en el servicio, para ello se dirá en esta instancia que es notorio que el compromiso fiscal que surge a raíz del ya reiterado asunto, es bastante alto, y que tal y como se señalaba en líneas precedentes, en muchos casos una Historia Clínica completa, pertinente y adecuada permitiría superar las dificultades de acreditación fáctica que se persigue, y por ende cooperar en la disminución de las condenas al Estado por este conducto, no queriendo asumir que no es que no se presenten fallas en el servicio por el acto médico, pues es claro el componente subjetivo que el tema comporta, pero sí que en muchos casos la responsabilidad deviene de la imposibilidad de probar oportuna y adecuadamente la suma diligencia y cuidado en el proceder de los entes y autoridades estatales.

En este sentido, se busca al finalizar la presente investigación, identificar cuáles son las principales deficiencias en la historia clínica con incidencia probatoria, y que efectos tanto jurídicos como económicos emanan del problema analizado, para poder de esta manera dejar el camino abierto a futuras investigaciones que puedan de manera propositiva contribuir con aportes específicos que permitan superar las deficiencias que aquí se prevean y concomitantemente se brinden conceptos que sirvan de herramienta para que las entidades

estatales propendan por una mejor prestación de los servicios, actos médicos y procedimientos, en aras de mantener con su actuar la consecución de los fines del Estado y evitar que errores previsibles y corregibles continúen generando compromisos fiscales para la nación.

Así mismo, se hace pertinente señalar porque se opta por este eje temático desde la perspectiva personal, teórica y metodológica. Respecto al primer aspecto, cabe destacar que la presente investigación involucra tres bloques temáticos centrales que despiertan especial interés en la autora: la Responsabilidad derivada de la Actividad Médica, el Derecho Procesal, y la relación entre el Régimen Probatorio en lo que respecta a la Historia Clínica con las actuaciones del personal de la salud y su eventual responsabilidad con imputación jurídica por Falla en el Servicio; a su turno, en lo que comprende el aspecto teórico se opta por integrar estos tres temas, en aras de generar aportes que en materia jurídica fortalezcan y acrecienten lo hasta ahora trabajado en materia de Responsabilidad Extracontractual del Estado por imputación de Falla en el Servicio con especial énfasis en la trascendencia de la historia clínica y los efectos jurídico-económicos que allí tienen su génesis; finalmente en lo atinente al aspecto metodológico, se decide trabajar sobre una revisión sistemática de la jurisprudencia del Consejo de Estado en aras de decantar la hermenéutica jurídica de la Sección Tercera respecto a los ejes temáticos aquí seleccionados, y de una revisión teórica al tema de responsabilidad extracontractual derivada de la actividad médica, desde los conceptos que a partir la doctrina han desarrollado autores tan respetados en esta materia en nuestro país como el Doctor Enrique Gil Botero, Ex Consejero de Estado, entre otros.

Como complemento de la metodología elegida para el desarrollo del presente estudio, es necesario abordar el fenómeno objeto del mismo desde una perspectiva constitucional, en torno a los principios de eficacia y legalidad en desarrollo de los fines del Estado y a la obligatoriedad que conlleva para todos los entes y autoridades Estatales la prestación de un buen servicio público.

Finalmente, desde el aspecto meramente formal, los tópicos que integran la estructura de la presente investigación, se desarrollan abordando un estudio en primera instancia doctrinal, seguido de una mirada jurisprudencial y un análisis desde lo que permite el derecho comparado, previo al análisis de resultados y las conclusiones del estudio.

CAPITULO II

2. MARCOS REFERENCIALES

2.1 MARCO TEÓRICO

2.1.1 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA:

2.1.1.1 ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Sin duda alguna, uno de los cambios más importantes que trajo consigo la Constitución Política de 1991 está contenido en la siguiente frase: “Colombia es un Estado social de derecho” (C.P., art 1, 1991), con ella no sólo da inicio al artículo primero de la Carta Magna, sino que además se evidencia uno de los avances más significativos dentro de las dinámicas sociopolíticas del país, puesto que la adopción del Modelo Social y Democrático de Derecho como modelo de Estado, implicó en su momento una serie de cambios y transformaciones tanto en lo propiamente estructural del aparato del Estado, como en lo institucional y lo político en procura de desarrollar esta nueva ideología.

Así pues, esta nueva categoría jurídica, implicó que el Estado Colombiano virara hacia una materialización de los planteamientos y políticas de Estado que traía esbozados en el

antiguo Modelo del Estado de Derecho, en aras de construir garantías para sus asociados basadas en la participación no sólo institucional, sino además ciudadana, buscando de esa manera que las autoridades públicas mediante sus actuaciones procuraran la protección de derechos individuales, la prevalencia del interés general sobre el particular, así como la garantía de intereses y derechos de carácter colectivo.

Es pertinente, recoger en este punto la definición contenida en el escrito *La huida del Derecho Administrativo*, del autor Ariño (1999), donde se recoge la clara descripción de cada uno de los elementos que integran el concepto de la Expresión Estado Social y Democrático de Derecho:

Estado de Derecho que significa esencialmente tres cosas: - respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, anteriores al estado y la ley, - sumisión plena de la administración a la ley y al ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, subordinación del acto a la norma, inderogabilidad singular de los reglamentos, principio de tipicidad del acto administrativo, etc – control judicial a través de tribunales independientes.

Estado Social que significa la asunción por el estado de una serie de fines y funciones de asistencia vital al ciudadano, de procura existencial, en los términos contenidos en la constitución, todo lo cual genera un gran protagonismo estatal en la economía y en la prestación de servicios sociales.

Estado Democrático que significa una real presencia y participación de los ciudadanos a través de sus entidades representativas en los centros de decisión del gobierno y la administración. Es llevar la democracia y la representación social no sólo al legislativo sino también al ejecutivo. (Citado por Escobar, 2004, p. 133)

Así mismo, la Corte Constitucional avala y define el Estado Social de Derecho como una forma de organización política, en tanto “(...) forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección” (C.C., C 258, 2013)

En tal sentido, la jurisdicción Constitucional se ha pronunciado en aras de brindar una noción más amplia sobre el alcance y la interpretación que debe darse al concepto de *Estado Social de Derecho* desde un contexto no solo constitucional, sino también internacional, y en atención a ello, ha señalado:

Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho (C.C., T 406, 1992)

Así, el contexto expuesto permite entender el marco general de la presente investigación del cual se desprenderán otros conceptos y criterios que resultaran de vital importancia en los temas a desarrollar para responder a la pregunta de investigación aquí planteada.

2.1.1.2 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La Función administrativa comporta en sí misma uno de los objetos del Derecho Administrativo, razón que se convierte en otro aspecto relevante para el desarrollo del presente estudio.

Debe decirse en primera medida, que la función o actividad administrativa se encuentra inmersa dentro del concepto de función pública, siendo ésta última entendida como el conjunto de acciones que se encuentran exclusivamente en cabeza del Estado, de allí que deba concebirse a la primera como una sub especie dentro de este gran conjunto de actividades estatales.

La doctrina define la función administrativa como “la realización de los Actos Jurídicos o Materiales ejecutados dentro del mandato legal, que producen transformaciones concretas en el mundo jurídico” (Younes, 2007 citado por Cartilla de Derecho Administrativo, 2017, p. 41), así las cosas, puede decirse que la Función Administrativa comprende todas las acciones y actuaciones que deben desplegar las autoridades administrativas para ejercer de un modo eficaz las funciones encomendadas a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sin perjuicio que las otras Ramas (Legislativa y Judicial) o los particulares debidamente facultados para ello eventualmente puedan ejercer funciones administrativas dentro del giro ordinario de sus actividades.

En este cuadro de fondo, se hace pertinente extractar, que las actuaciones que para el desarrollo de la presente investigación se analizan con base en los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, emanan de diversas entidades que tanto por su naturaleza como por su finalidad en lo que les es propio en materia de salud están obligadas a observar los principios rectores del Estado Social de Derecho, por tanto se presume de ellas la ejecución de actuaciones que cumplen función administrativa. De allí que sea importante desarrollar los conceptos más relevantes que este aspecto comporta, en atención con la temática trabajada.

Dentro de la argumentación legal, se hace imperioso señalar lo preceptuado en el artículo 209 Constitucional:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (C.P., art. 209, 1991)

Entendible pues, que se exija en todo momento que las actuaciones tanto de los entes estatales como de sus agentes estén siempre orientadas y regidas por los principios a que hace alusión el precitado artículo, para de esta forma dar cumplimiento no solo a los mandatos constitucionales y legales, sino que adicionalmente se propenda por alcanzar la satisfacción del interés general, bajo el marco del respeto de las garantías individuales, fin primario del Estado Social de Derecho que se alimenta de las actuaciones de la función administrativa o administración pública.

2.1.1.3 LOS FINES DEL ESTADO

El marco constitucional fija en el artículo segundo superior los fines esenciales del Estado Colombiano, en aras de trazar un mapa de ruta que permita alcanzar y materializar la esencia del Estado Social y Democrático de Derecho:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y

deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (C.P., art. 2, 1991)

Del texto anterior se desprenden categóricos y contundentes enunciados, que basta analizarlos por sí solos para entender la amplia protección que hizo el legislador para asegurar un desarrollo de filosofía progresista en los aspectos más relevantes para satisfacer las necesidades, principios y prioridades del Estado Colombiano.

Y pese a que es un tema tan apasionante como extenso, se citarán los Fines del Estado de mayor influencia sobre la temática de investigación:

- a) Servir a la Comunidad: Este es sin duda el pilar tanto de la planeación, como de la materialización de las aspiraciones del Estado a través de políticas públicas y acciones de la administración, es un objetivo aplicable en todos los campos, pues con él, el Estado busca ofrecer lo mejor de sí a la comunidad, de modo tal que sus necesidades sean cubiertas en la máxima extensión posible, es un Fin que se articula con el deber estatal de proveer salud, educación, vivienda o trabajo entre otros, asegurándose de esta manera proveer seguridad y bienestar a sus administrados.
- b) Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución: Son éstos criterios la razón de ser del Modelo de Estado adoptado en 1991, y propenden por la consecución de esos objetivos y protecciones de mínimos individuales y grupales que permitan alcanzar las finalidades que ha trazado el Estado dentro de su desarrollo sociopolítico, administrativo, económico, etc., Así, al erigirse éste como garante,

protector y guardián, lo esperable es que sus políticas, decisiones y actuaciones estén siempre a favor del bienestar de los colombianos.

En este sentido, la Corte Constitucional, respecto a las finalidades del Estado ha reiterado: “Como se ha indicado por esta Corte, el Estado Social de Derecho supone un compromiso de todos los poderes públicos y la sociedad con la garantía de unas condiciones de subsistencia dignas para todas las personas” (C.C., C 258, 2013).

Aunado a lo anterior, en la misma providencia, se hace un especial llamado a aquellas exigencias inherentes al Estado Social de Derecho y por ende a sus instituciones para coadyuvar en el bienestar y las garantías mínimas de sus asociados, que se traduzcan en unas condiciones de vida digna:

El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad (C.C., C 258, 2013).

Dentro de ésta perspectiva, se reiteran los deberes esperables de las actuaciones de todas las entidades e instituciones del Estado, y teniendo en cuenta el eje temático sobre el cual se desarrolla la presente investigación, se realizará especial observancia y análisis respecto a si en efecto se cumplen estos preceptos en aquellos entes relacionados con la prestación de servicios de salud.

2.1.1.4 PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En primera medida, es correcto señalar que los principios han sido conceptuados como aquellos mandatos que establecen deberes específicos, y gozan de gran importancia en cualquiera de los campos del derecho en que se estudien. En lo que a función pública atañe, y desde un marco constitucional, debe aludirse a los preceptos del artículo cuarto superior, el cual les otorga ese valor normativo de obligatorio cumplimiento, al resaltar la prevalencia constitucional sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano.

Al respecto, es pertinente recordar lo que el concepto de principio en sí mismo representa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, abordado desde la estructura de los principios constitucionales, esta disposición es incorporada por el autor Arboleda (2014) en su escrito: “El Estado Social de Derecho en la Jurisprudencia Constitucional” (p. 28):

La Alta Corte menciona sobre el asunto: “como se señaló anteriormente, los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. Así, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios” (C.C., T 406, 1992).

En tal sentido se tiene entonces, que dispuso el legislador a través del inciso segundo del artículo 209 superior, los lineamientos que deben orientar la función pública: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...)” (C.P., art. 209, 1991).

Desprendiéndose de ello, que cualquier decisión o actuación que ejecuten las entidades estatales debe en primera medida enmarcarse en dichos postulados, para concomitantemente buscar la satisfacción de intereses generales de los ciudadanos y la consecución de los objetivos fijados por el Estado colombiano. Tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (C.C., C 826, 2013)

En esa misma providencia, el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional se pronuncia respecto a la importancia que tiene el hecho que todas las actuaciones realizadas por los funcionarios que le sirven al Estado colombiano emanen del cumplimiento de los preceptos constitucionales, así como de las implicaciones que esto tiene sobre la administración pública como tal:

Los principios más relevantes consagrados por la norma superior, que deben ser los que guíen a los funcionarios al servicio del Estado con el fin de hacer cumplir la Constitución y la Ley, para que todas sus actuaciones redunden en provecho del interés general y de la comunidad, la cual es la beneficiaria de todas las actuaciones de la administración pública (C.C., C 826, 2013)

2.1.1.4.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio se erige como pilar dentro de la función administrativa, no sólo por ser inherente a cualquier Estado de Derecho, cuyas características persisten en el modelo de Estado regente actualmente en Colombia, sino por ser un principio que regula en todos los aspectos las actividades que implica el ejercicio del poder público, en cumplimiento de los cometidos estatales para beneficio directo de los administrados, así como para la estabilidad jurídica y administrativa del Estado y sus instituciones.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que este principio comporta una doble condición, pues de un lado y como se señaló en líneas anteriores es el principio rector del ejercicio del poder, mientras que de otro, se configura como principio rector del derecho sancionador. Y como quiera que la presente investigación tiene relación directa con el primero de los dos sentidos que se le atañen, se señalará el concepto dado por la corporación en el primero de los escenarios:

Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no éste prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara, y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas (C.C., C 710, 2013)

De modo tal, que bajo el curso de la presente investigación, se evaluará y analizará si en efecto las actuaciones de las entidades que intervienen en los casos objeto de estudio cumplen con los preceptos que por mandato constitucional comporta el desarrollo de la función administrativa, situación que en efecto traduce la materialización del principio aquí citado.

2.1.1.4.2 PRINCIPIO DE EFICACIA

Por regla general el término eficacia hace alusión al cumplimiento del logro o propósito deseado, pues bien, para el tema que se analiza dentro del presente estudio, no comporta nada ajeno a ello, ya que debe entenderse éste principio como esa capacidad del Estado para cumplir de una manera efectiva con sus cometidos, en aras de estar al servicio de la sociedad y con las garantías que de allí devienen para los colombianos.

De tal forma, es importante señalar que el marco rector del principio de eficacia reside esencialmente en los artículos 2° y 209° constitucionales, mismos que “imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales” (C.C., T 068, 1998).

Se explica entonces, que al centrarse en éste principio una de las rutas para alcanzar los fines del Estado y garantizar con ello la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales, se esboza como un lineamiento de obligatorio cumplimiento para aquellos sujetos que se encuentren desarrollando funciones administrativas, constituyéndose así como un principio pilar en lo que respecta a las actuaciones administrativas, lo cual hace pertinente su inclusión en éste acápite dentro del presente estudio, si se tiene de presente lo que ha expresado la Corte Constitucional en el sentido aquí planteado:

La eficacia constituye "una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo". Así mismo añade que "en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de `socialidad´ del Estado" (C.C., C 826, 2013)

Se explica así, que al entender a las distintas autoridades que componen la estructura del Estado como las principales destinatarias de éstos fundamentos que orientan la función pública, fijó el legislador en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2014 aquellos principios que en materia administrativa -con todo lo que ello comporta-, deben regir las distintas actuaciones, frente al principio de eficacia y en lo atinente al objeto de investigación acá desarrollado, el numeral 11 del artículo en mención señala “ (...) 11. En virtud del principio de eficacia, las

autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad (...)” (L. 1437, art. 3, 2011), y será justamente este aspecto uno de los transversalmente analizados con el desarrollo del presente trabajo de investigación.

2.1.1.4.3 EL BUEN SERVICIO PÚBLICO

Antes de abordar lo que comprende el buen servicio público, es menester hacer referencia a lo que significa Servicio Público en sí, para tal efecto, se hace preciso indicar que desde la doctrina (Maldonado, 2010) evoca un origen francés a la concepción de derecho público, siendo éste junto a otras instituciones los fundamentos que han nutrido las bases del derecho administrativo en Colombia.

En tal sentido, es propio citar la definición dada por el jurista francés León Duguit que incorpora el autor Maldonado (2010), en su artículo *La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho*, en donde al hablar de servicio público lo señala como: “la actividad en la cual su cumplimiento debe estar asegurado por los gobernantes, porque es tal su naturaleza que sólo puede ser realizada completamente por la intervención de la fuerza gobernante” (p. 56).

En Colombia, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia también ha señalado el carácter del servicio público:

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales (C.C., C 450, 1995)

En este mismo sentido, no puede perderse de vista que el servicio público implica la materialización de las misiones estatales, fijadas en lo dispuesto por el artículo segundo constitucional, lo cual debe traducirse en la procura que las entidades con su actividad aseguren en todo momento el bienestar de todos los asociados, pues tal y como lo señala el Departamento Administrativo de la Función Pública (2017): “La Constitución es categórica al afirmar que las autoridades, esencialmente, se deben a los ciudadanos” (p. 3).

Desde esta perspectiva, y atendiendo a los temas desarrollados con el presente trabajo en lo que respecta propiamente con la prestación de los servicios de salud, en lo particular los que derivan del acto médico, es propicio señalar que se buscará decantar si en efecto las actuaciones de los agentes estatales y de las instituciones buscan el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los administrados sin vulnerar los demás principios y preceptos tanto como constitucionales como normativos a que están llamados a dar cumplimiento.

2.1.2 EL DAÑO ANTIJURÍDICO

En su definición más básica, el daño es entendido como la “Lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso un valor tutelado por el ordenamiento jurídico” (Leal, 2015, P. 128), sin embargo bajo el marco que ampara la presente investigación se hace necesario estudiar este concepto más allá, siendo preciso incorporar la noción de lo que es antijurídico para poder establecer de esa forma su relación con los temas de Responsabilidad Extracontractual y de Reparación, los cuales se desarrollarán más adelante.

En tal sentido, se tiene que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una definición de daño antijurídico propiamente, no obstante la Constitución Política en el primer

inciso del artículo 90 lo señala como fundamento en lo que respecta a responsabilidad patrimonial del Estado: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (..)”.(C.P., art. 90, 1991)

De modo tal, que se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para determinar los alcances de este concepto para los efectos que esta investigación persigue, en ese sentido, la Corte Constitucional recoge en la Sentencia C - 333 de 1996 una pequeña sinopsis que permite entender la interpretación que ese tribunal le ha dado al mismo.

La precitada providencia, evoca la intención del constituyente de 1991 en acatar el sentido que la legislación y doctrina españolas le habían dado al concepto del daño antijurídico, en donde éste último es visto como el perjuicio causado más no como un producto de la actividad ilícita del Estado, añadiéndose un elemento importante al concepto y es que dicho perjuicio recae sobre una persona que no estaba en el deber jurídico de soportarlo.

Pero, se requería complementar el alcance a la noción de daño así planteada, motivo por el cual Consejo de Estado incorpora en esa definición el concepto de antijurídico, para poder entender de una mejor manera en la jurisprudencia colombiana la aplicación que debe darse a dicho precepto, señalando:

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo (C.E., Sección Tercera. Proceso 21861, 2012)

Resulta claro, que ésta concepción así integrada de lo que se entiende por daño antijurídico, corresponde sin duda al alcance que sentó el legislador en la Carta Magna Colombiana, y que soporta el desarrollo de los conceptos de responsabilidad patrimonial del Estado, es en tal sentido que lo ha desarrollado el máximo tribunal de lo contencioso, señalando por daño antijurídico:

La afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno (C.E., Sección Tercera. Proceso 53704, 2017)

En relación con las implicaciones que de tal concepto se desprenden, la jurisprudencia constitucional tras hacer una revisión de corte sistemática del tema en comento, colige que es ese deber de reparación implícito en la definición de daño antijurídico la expresión de los principios y valores constitucionales característicos del Estado Social de Derecho que rige el sistema político colombiano:

Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración (C.C., C333, 1996)

Por otra parte, es importante destacar que ese carácter de reparación y por ende de indemnización tras presentarse un daño antijurídico, tal y como se comentó en líneas precedentes obedece a una aplicación coherente de los principios y valores constitucionales, como quiera que éstos propenden por una protección que le es inherente a los administrados en esa relación de subordinación que le es propia al derecho público.

Resaltándose entonces, la solidaridad y la igualdad, características propias de un Estado Social y Democrático, la primera de ellas se concreta en aquellos eventos que en medio de las actividades de la función pública, los ciudadanos se ven expuestos a perjuicios que no están obligados a soportar, momento en el cual debe darse aplicación el principio social de la solidaridad, haciendo que las repercusiones sean asumidas por los coasociados; materializándose con ello el segundo de los principios señalados, es decir la igualdad, pues es la colectividad la que por los mandatos de aquel contrato social y mediando la responsabilidad del Estado debe soportar el daño y no la únicamente la persona que en principio se vio obligada a afrontarlo.

Y es en virtud de lo anteriormente expuesto, que la Corte Constitucional en la ya referida Sentencia C 333, señala que la responsabilidad patrimonial que en cabeza del Estado se desprende cuando se configura una situación de daño antijurídico es en sí un mecanismo de protección para los administrados, frente a los excesos o descuidos que puedan devenir de la actividad estatal toda vez que:

La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier

conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización (C.C., C333, 1996)

Otro aspecto relevante, lo introduce el Consejo de Estado, en lo que a los elementos que componen el daño antijurídico se trata, citando: la certeza del daño, el carácter de personal y que sea directo, con especial reparo en que sin la acreditación de éstos no podría llegar a ser reparable:

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria (C.E., Sección Tercera, Proceso 21861, 2012)

2.1.3 GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD

2.1.3.1 CONCEPTO

Un primer concepto plantea la Responsabilidad como la “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo y en ocasiones especiales por otro la pérdida causada, mal inferido o daño causado” (Leal, 2015, p. 352), sin duda alguna ésta impresión se erige como centro de la acepción que se ha aplicado de Responsabilidad en todas las áreas del derecho, no obstante se hace preciso buscar un enfoque más adentro de lo jurídico, mostrándose pertinente traer a este escrito las teorías incorporadas por el autor Vélez (2015) en su artículo *La responsabilidad jurídica: aproximación al concepto, relación con otros conceptos jurídicos fundamentales y su funcionamiento*, en donde abarca dos descripciones generales de lo que comporta la alcance de responsabilidad desde una óptica meramente jurídica, citando para ello las precisiones elaboradas por Hans Kelsen y por H. L. A Hart respecto al tema en mención, mismas que se referencian a continuación:

Kelsen, por ejemplo, acepta que la responsabilidad jurídica es un concepto jurídico fundamental, esto es, una herramienta del entendimiento jurídico aplicable a cualquier ordenamiento jurídico y a cualquier rama de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se ocupa en forma exhaustiva de definirla, sino más bien, como ya se vio, de explicar qué significa para él ser responsable jurídico (Citado por Vélez, 2015, p. 140)

Así pues, se infiere que la visión Kelseniana contempla la responsabilidad como ese mecanismo de exigibilidad tras un daño o contravención que es transversal al derecho en cualquiera de sus áreas, contrario a la interesante postura de Hart que disgrega el concepto desde varios frentes, y presenta:

Hart, por su parte, se ocupa de hacer patente el problema de la ambigüedad que, en el derecho, tiene las expresiones responsabilidad y responsable, poniendo de presente que cada uno de esos términos pueden entenderse al menos en cuatro sentidos: primero, responsabilidad como obligación o deber derivados del ejercicio de un determinado rol y responsable como el titular de ese rol; segundo, responsabilidad como sinónimo de capacidad y responsable como persona con capacidad; tercero, responsabilidad como sinónimo de causalidad y responsable como sinónimo de causante; y, cuarto, responsabilidad como sinónimo de sancionabilidad y responsable como persona sancionable (Citado por Vélez, 2015, p. 140)

Sin duda, para la temática objeto de ésta investigación la segunda de las definiciones abordadas por Vélez (2015), brinda una perspectiva más amplia y acorde al sentido del presente escrito, pues es la más completa en lo que respecta al concepto de Responsabilidad abordado éste bajo el marco constitucional y misional del Estado Colombiano, como quiera que en efecto las entidades estatales están llamadas a responder por lo deviniente de sus actuaciones en atención a esas facultades específicas conferidas en procura de la obtención de la satisfacción de los fines esenciales del Estado, reflejándose pues la importancia de la responsabilidad como obligación o en ejercicio de los roles que les han sido constitucionalmente otorgados.

De otro lado, cabe también endilgar a las entidades estatales su potencial responsabilidad con base en el sinónimo de capacidad que tiene ésta, pues como se señalaba en líneas precedentes, es en virtud del marco legal, que nace para ellas la obligación de responder por lo que pueda desprenderse de sus actos, así como de hacer velar el cumplimiento de la constitución y la ley en cada una de las acciones que en cumplimiento de la función pública y más propiamente administrativa deban adelantar.

Por su parte, en lo que respecta a la responsabilidad como causalidad, es una característica notoriamente desprendible tanto de la definición básica que brinda la doctrina, como de la estructurada que ofrece Hart, tratándose simplemente de las consecuencias esperables de las acciones desplegadas, en este caso en particular de las entidades estatales, y más específicamente aquellas que están encargadas de la prestación de servicios de salud, tal y como se desarrollará en los capítulos pertinentes.

Y, en lo que respecta a la visión de la responsabilidad como sancionabilidad, es otro rasgo perfectamente aplicable a las entidades estatales como sujeto de estudio en el análisis que aquí se elabora, toda vez que reúnen las condiciones objetivas y subjetivas que son requeridas para exigírseles el compromiso de responder por los frutos de sus actuaciones.

Así pues, atendiendo a las percepciones que pueden recogerse de la doctrina, se tiene a la responsabilidad como esa herramienta con la que cuentan principalmente los administrados para poder buscar el restablecimiento del equilibrio o tan siquiera el resarcimiento de la afectación sufrida por las actividades o ejecuciones de las instituciones y por ende del Estado en sí.

2.1.3.2 CLASES DE RESPONSABILIDAD

De manera general, es pertinente señalar que la responsabilidad en su sentido más amplio, puede ser concebida entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica, siendo la primera de éstas entendida como la resulta de una trasgresión a una norma de orden moral o religioso, misma que no tiene afectación o trascendencia sobre las dinámicas sociales o de la comunidad y por tanto no es subseguida de una consecuencia jurídica, pues desencadena juicios en la conciencia interna del individuo solamente, el autor colombiano Martínez (1998), señala el concepto concreto de lo que encierra la responsabilidad moral:

Responsabilidad moral aquella donde “... los resultados que deben enfrentarse son de índole moral, subjetivista, interno y no trascienden al campo externo de la persona y que surge generalmente cuando se violentan normas de conducta netamente morales, espirituales (Citado por Irrisarri 2000, p. 13)

De otro lado, y tal como se señaló en su momento dentro del presente análisis, aparece la Responsabilidad Jurídica como el otro de los dos grandes campos en los que prima facie puede dividirse el estudio de la Responsabilidad, siendo sin duda el de principal interés para los objetivos que ésta investigación busca desarrollar.

Al respecto, aunado a lo que se indicó en el acápite precedente, se tiene que en éste campo si es requisito que el daño trascienda al campo externo, afectando la vida tanto social como generándose una trasgresión de las normas o presupuestos jurídicos, con las características y consecuencias señaladas up supra.

Martínez (1998), señala los rasgos más relevantes de éste tipo de Responsabilidad, indicando a su vez que ésta puede subdividirse en Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil:

Responsabilidad jurídica “trasciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas. Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, o pautas de los componentes de la sociedad (Citado por Irrisarri, 2000, p. 14)

Siendo la segunda de éstas, es decir la Responsabilidad Civil, más relevante para el análisis en ejecución por la afinidad con las temáticas tratadas, será sobre la cual se haga un señalamiento más detenido.

2.1.3.2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL

Una vez generado el daño sobre una persona o su patrimonio, surge la obligación para quien por sus acciones u omisiones generaron tal agravio de reparar de manera económica las consecuencias dañosas en favor de la víctima, se está así ante una esfera diferente como quiera que al tratarse del campo civil, no se presupone un perjuicio social, sino privado, de allí que en la responsabilidad civil se persiga el resarcimiento más no una penalización.

De allí, que como se desarrollara seguidamente se tenga una clasificación en atención a la fuente generadora de la responsabilidad pudiendo entonces obedecer ésta a una Responsabilidad Contractual o Extracontractual, o a una Responsabilidad Objetiva o Subjetiva.

2.1.3.2.1.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

2.1.3.2.1.1.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:

Vista ésta, como la naciente tras el incumplimiento de lo convenido o de las obligaciones que de allí se desprenden, bajo el amparo de un acuerdo previo de voluntades, en donde bajo los postulados y garantías de la autonomía de la voluntad privada son el sustrato para que se pueda predicar éste tipo de responsabilidad, como quiera que el perjuicio reclamado será el proveniente de un contrato anteriormente celebrado. En atención a ello, la doctrina (Irrisarri, 2000) ha definido este tipo de responsabilidad como:

Para el autor chileno Arturo Alessandri “La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause. (p 18)

A su turno, y en líneas generales la Corte Constitucional, tras recoger conceptos de la doctrina ha definido la Responsabilidad Civil Contractual como:

La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico (C.C., C 1008, 2010)

No obstante lo anterior, se evidencian desde la doctrina dos postulados aplicables dentro de esta teoría de la responsabilidad contractual, atinentes al momento en el que ésta puede ser predicable, uno de la responsabilidad contractual propiamente dicha, y la otra de la responsabilidad emergente a partir del incumplimiento contractual particularmente considerado, de allí que sea válido y preciso traer los conceptos que desde la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre éste tema se ha decantado:

Y en relación con el concepto de Responsabilidad Contractual, la Sala explicó lo siguiente en sentencia proferida el 25 de febrero de 2009:

“Para resolver el caso que ahora se examina resulta necesario precisar el concepto de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, según el cual las entidades públicas están obligadas a indemnizar a sus contratistas por los daños antijurídicos que les sean causados con ocasión de los contratos celebrados con las mismas entidades” (C.E., Sección Tercera, Proceso 16103, 2009)

Y en sentencia proferida el 22 de julio de 2009, explicó el concepto de responsabilidad contractual por incumplimiento así:

Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento (C.E., Sección Tercera, Proceso 17552, 2009)

2.1.3.2.1.1.2 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL:

Contrario Sensu, la responsabilidad civil extracontractual se configura cuando la existencia del daño antijurídico no se da en virtud o bajo el contexto de una relación o vínculo contractual, sino por la ocurrencia de otra circunstancia.

Entre las acepciones que refiere la doctrina, Alessandri (1981), define este tipo de responsabilidad como:

La que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro.... No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella.... Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño (Citado por Irrisarri 2000, p. 21)

La Corte Constitucional en su momento, la ha referido en la jurisprudencia, como: “la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil (C.C., C 1008, 2010)

Por su parte, en un rango legal el Código Civil Colombiano la define en su artículo 2341 como: “Responsabilidad Extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (C.C, art2341, 2019)

En efecto, las diversas acepciones en materia de Responsabilidad Extracontractual confluyen en ese deber de indemnización por el daño que se cause sobre una persona, su patrimonio o sobre cualquier otro derecho, con ocasión de una situación no proveniente de un vínculo contractual entre los sujetos, de allí que aunque el concepto aquí expuesto obedece al contexto del derecho civil, no puede apartarse la vista del eje temático central para la presente investigación, ante lo cual se dirá en este momento que el criterio de la Responsabilidad Extracontractual opera de igual forma en el derecho administrativo, pues cuando se tiene al

Estado como causante del perjuicio se pasará a hablar de una responsabilidad extracontractual por parte de éste último.

2.1.3.2.1.2 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

De otro lado, es importante hacer alusión a la Responsabilidad subjetiva y objetiva como otras formas de estructurar la responsabilidad, en donde sus marcadas características y diferencias, servirán para poder imputar o atribuirle un daño a quien se presume responsable.

2.1.3.2.1.2.1 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA:

El rasgo característico principal de éste sistema de responsabilidad, tiene sede en la conducta, es decir en la manera en que desplegó su accionar la persona que se presume responsable de la generación del daño antijurídico, y será justamente esta condición la determinante para atribuírsele o no éste a aquel.

De allí que, busque exigirse siempre un actuar concordante con la suma diligencia y cuidado respecto de lo mínimamente exigible a una persona en una situación determinada, en ese sentido lo señala el autor Fernández (s.f.), quien aunado a la descripción aquí planteada, cita el referente jurídico que en materia civil y para el caso mexicano comporta una traducción de lo aquí señalado: “hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella” (p.96), ante lo cual es posible inferir, que no basta con que se presente un daño, sino que además se integra el elemento subjetivo bajo el cual se hace necesario a la hora de imputar dicha afectación un actuar doloso o culposo del autor o responsable del mismo.

La doctrina incorpora a los criterios expuestos, no sólo el actuar culposo del agente productor del daño, sino además la relación de esa actuación con la generación de los resultados, de allí que se hable de tres elementos necesarios para éste sistema de Responsabilidad, a saber: “el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño” (Irrisarri, 2000, P. 23), mismos que al confluir generan la obligación de indemnizar por parte del responsable a quién en calidad de víctima se vio en la obligación de afrontar dicho daño.

2.1.3.2.1.2.2 *RESPONSABILIDAD OBJETIVA:*

Este sistema ha sido también denominado por la doctrina como la Teoría del Riesgo Creado, y centra su tesis en el hecho que produjo el resultado dañoso, pues “Implica que cualquier situación que genere, por su propia naturaleza, un riesgo para los terceros se tiene como una responsabilidad objetiva” (Fernández, s.f., P. 97), por tanto no debe considerarse la actuación del responsable de manera relevante, contrario a la visión de la Responsabilidad Subjetiva, así pues se evalúa que en efecto se está ante la presencia de un daño y la relación de causalidad entre el hecho generador y la producción del daño, y es de éste análisis que dependerá la indemnización a la víctima, más no de actuar culposo o doloso del responsable del resultado.

De esta forma lo incorpora la doctrina, Alissandri (1981), conceptúa este sistema de responsabilidad como:

La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad (Citado por Irrisarri 2000, p. 24)

Este sistema de Responsabilidad, tuvo su formulación y principal desarrollo, en procura de ayudar a quienes en la época del auge del maquinismo, no lograban ser indemnizados por daños devenidos de las maquinas o actuaciones propias de la actividad industrial, situaciones en donde ante la imposibilidad de comprender los muchas veces complejos sistemas de funcionamiento de dichos dispositivos, no lograban acreditar el elemento culpa requisito indispensable del hasta ese momento único sistema de responsabilidad y por ende se dejaba de resarcir los daños causados, eventos ante los cuales muchos juristas y doctrinantes de la época impulsaron esta otra teoría en aras de resarcir los resultados dañosos en los eventos descritos sin atropellar ni vulnerar la equidad ni la justicia social, tal como lo recrea la autora Irrisarri (2000, p 22).

Habida cuenta lo anterior, se hizo necesario identificar un nuevo criterio a seguir para poder llegar a determinar la responsabilidad bajo éste sistema objetivo, y en este aspecto la doctrina (Análisis de la Responsabilidad “memoria desconocida”, 2003) recoge la mirada de algunos autores donde al respecto se señala:

Algunos utilizan los términos de actos normales y actos anormales. Los actos o hechos anormales, dicen, comprometen la responsabilidad de su autor, los normales no. Ripert fue el principal vocero de esta tesis. Pero lo normal o anormal del acto o hecho termina en la calificación subjetiva del mismo, esto es, regresa en forma más o menos vedada al concepto de culpa.

Aparecen entonces los defensores del término riesgo, para identificar la teoría objetiva que desconoce la culpa. Todo el que ejecuta un acto o hecho que potencialmente pueda ser perjudicial para otro, debe responder por el desenlace (p. 100)

Ampliando el criterio ya trabajado, Marty (1952), plasma un las diferencias ente acto normal y anormal de una manera muy concreta, en cuanto señala:

Los riesgos normales son los que acompañan a toda actividad humana: son las consecuencias ordinarias de la explotación regular de una industria y del uso corriente del derecho de propiedad. De estos riesgos no se es responsable. Todo el mundo se halla, a este respecto, en un pie de igualdad.

Pero hay actividades, en cierta medida exorbitantes, que crean riesgos anormales, que sobrepasan la medida normal. De estos riesgos debe responderse a condición de que se hayan causado materialmente.

En resumen, bajo esta forma atenuada, el alcance de la teoría del riesgo se reduce a lo siguiente: No se responde de todos los daños que hayamos podido contribuir a causar por medio de cualquiera actividad. Se es responsable de los riesgos excepcionales que se hayan causado por una actividad anormal. (Citado por Irrisarri, 2000, p. 28)

En síntesis, es importante diferenciar la responsabilidad objetiva en cuanto que para este sistema no es necesario realizar una valoración subjetiva al momento de establecer la existencia de responsabilidad, pues como se indicó en su momento no se entra a analizar el comportamiento del agente causante del hecho dañoso, en este sistema sólo bastará que se produzca un acto o hecho, que en efecto exista un daño o perjuicio y que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo de éstos.

2.1.4 LA RESPONSABILIDAD EN EL ESTADO COLOMBIANO

La ley 1437 de 2011 en su artículo 3° numeral séptimo recoge lo tratado en las líneas precedentes al establecer: “Art. 3°. Principios (...) 7 En virtud del principio de Responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus decisiones, omisiones y extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos” (L. 1437, art. 3 ,2011)

En virtud de lo expuesto, no hay lugar a dudas que en efecto al Estado mediante sus diferentes ramas del poder público, órganos e instituciones está llamado a responder por todas aquellas actividades que puedan ocasionar daños o perjuicios a sus administrados, sin embargo, es propicio para el contexto temático del presente estudio ahondar en lo que comporta propiamente la responsabilidad en cabeza del Estado, partiendo de los cimientos que dejan los aportes que desde la doctrina se trataron en el acápite precedente en lo que respecta al concepto general de responsabilidad.

Así, en primera instancia debe señalarse que la Responsabilidad del Estado en Colombia tiene rango constitucional, como quiera que con la Carta Magna de 1991 se consolidó a través del artículo 90, lo que algunos autores retomando las palabras de la Corte Constitucional señalan como la “*cláusula general de responsabilidad*” (González, 2009, p. 77), pues es en este texto normativo que se sustenta cualquier tipo de responsabilidad que pueda imputársele al Estado, independientemente de la modalidad que se presente.

Sin dejar de lado, que como es constante en el ordenamiento jurídico colombiano, la disposición en comento debe obedecer a una interpretación sistemática, pues su teleología fue fijada por el constituyente en aras de dar protección y alcance al artículo 2º superior en lo que respecta a los cometidos del Estado, en procura de la garantía integral al patrimonio de los ciudadanos, la obligatoria protección que debe hacer el Estado de su vida, honra y bienes, así como las garantías conexas a la propiedad privada, por citar algunos aspectos centrales y afines con la responsabilidad del Estado desde la arista funcional o propia de sus roles, así como de la consecuencial una vez despliega las actuaciones propias del ejercicio de sus funciones.

Es pertinente citar el artículo 90 de la Constitución Política, en aras de disgregar sus elementos para poder entender porque se le reconoce como eje angular del tema aquí analizado:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (C.P., art. 90, 1991)

Del precepto en mención, se desprenden dos elementos que serán bastión de la responsabilidad aquí tratada: i) la noción de daño antijurídico, ii) su imputación al Estado, respecto al primero de los conceptos como se señaló en su momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado lo han establecido como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar por lo cual se reputa indemnizable”. (C.C., C 333, 1996), sin embargo es importante agregar un rasgo adicional que incorpora el Tribunal de lo Contencioso y que concentra y referencia la autora González (2009) en su escrito respecto a la *Responsabilidad del Estado en Colombia*, donde señala:

La postura acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado consagra que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”. De tal manera que la responsabilidad del Estado reposa en la calificación del daño que se causa y no en la “calificación de la conducta de la Administración” (p.80)

El segundo de los elementos, hace referencia a la imputación que de ese daño antijurídico pueda hacerse al Estado, es decir que se le pueda atribuir a éste último una acción u omisión que sea el factor causal del hecho dañoso y antijurídico que se comenta, al respecto la antedicha autora, indica:

El Consejo de Estado ha sostenido respecto a éste segundo elemento, que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión (González, 2009, p. 80)

Coligiéndose de lo anterior, que si bien es menester partir de un hecho que en efecto se pueda constatar cómo antijurídico, lo será también poder ejecutar ese juicio de imputabilidad que permita hallar un título jurídico completo que vaya más allá de la estricta causalidad material.

Concatenado a lo anterior, si bien es cierto los conceptos anteriormente expresados cobran por sí mismos y por su valor jurídico especial relevancia, no lo es menos el hecho que no deben atribuirse éstas actuaciones u omisiones como una condición de normalidad en el desarrollo y giro ordinario de la actividad Estatal, pues si bien y como se ha señalado a lo largo del presente escrito ésta última se da en aras de proteger las garantías de los administrados y buscar la satisfacción del interés general, no puede de ello desprenderse que la producción del daño le es inherente a estas realizaciones, y revestírsele con un carácter de normalidad pues no es esta la intención del Estado, y el tal sentido el órgano de cierre de lo Contencioso lo ha especificado en su jurisprudencia:

La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público (C.E., Sección Tercera. Proceso 32912, 2015)

Sin embargo, llegados a este punto, vale la pena, citar lo planteado desde la doctrina, donde explica que si bien son múltiples las situaciones o las fuentes que pueden conllevar a establecerse una responsabilidad extracontractual en cabeza del Estado, es sin duda la actividad administrativa la mayor fuente de obligaciones en lo que a ésta situación se refiere:

Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a sus asociados. No obstante cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido asociada con la función administrativa porque en compilación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria (Bustamante 1999, p. 29)

Y es sobre este último criterio que se realizará el análisis fáctico y jurídico que comporta las bases del presente trabajo de investigación, para poder llegar a determinar los efectos jurídico-económicos que se esperan colegir.

2.1.5 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Tal como se ha venido señalando, la responsabilidad extracontractual del Estado se desprende de las disposiciones clásicas de la responsabilidad civil, y aunque su desarrollo se atribuye más al campo jurisprudencial bajo los modelos del derecho francés, lo destacable es que haya logrado construir sus propios fundamentos legales, apartándose levemente de los lineamientos del derecho civil y sentando su propias bases con ayuda en los preceptos del artículo 90 superior.

En ese sentido, el Consejo de Estado se pronunció en 1960, abogando por la separación de los lineamientos del derecho civil y la necesidad de aplicar en lo pertinente las normas propias del derecho público:

La responsabilidad del Estado no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la ley de los principios y doctrina del derecho administrativo, en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos los fines perseguidos y el plano en que se encuentran (C.E., Sección Tercera. 1960)

Sin duda, se tiene que la Responsabilidad Extracontractual del Estado se traduce en la búsqueda de soluciones que permitan a éste resarcir a sus administrados por los daños o perjuicios sufridos en su persona, derechos o patrimonio tras una ineficaz actuación administrativa, alcanzado de ésta manera una protección legal que garantice mantener ese equilibrio que en principio se presume desbalanceado a favor de la administración.

2.1.6 REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Tal como se señaló en su momento, para el caso colombiano, ha sido mediante el desarrollo jurisprudencial que se ha logrado sentar las bases para poder determinar la existencia o no de Responsabilidad en cabeza del Estado, a su vez, se ha venido haciendo la diferenciación entre las características principales del Sistema de Responsabilidad subjetiva versus el Sistema de Responsabilidad Objetiva, ante lo cual es pertinente tratar en este apartado las fuentes de la responsabilidad del Estado, lo que llevará a su vez a disgregar los tipos regímenes que componen cada uno de las precitadas teorías.

No obstante, es preciso señalar que aunque el desarrollo jurisprudencial ha llevado a la descripción y construcción de diversas teorías, no puede el juez de lo contencioso “casarse” con una teoría en particular o aplicarla de manera sistemática sin realizar un adecuado y profundo análisis que permita llegar a la teoría jurídica de imputación más adecuada respecto de cada caso en particular, en tal sentido, Ruiz (2017), recoge el concepto plasmado a través de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, mediante providencia del 20 de octubre de 2014, Proceso 31250:

En lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que le imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas – a manera de recetario- un específico título de imputación (p. 12)

2.1.6.1 CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD O RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO ANTIJURÍDICO

Si bien en apartes precedentes se hizo una aproximación a las generalidades que comporta la Regla General de la Responsabilidad, vale la pena recordar en esencia tres cosas:

1. La teoría del daño antijurídico tiene su origen en el derecho español, viniendo de su jurisprudencia y su doctrina los aportes más relevantes.

2. En Colombia tiene desarrollo constitucional y su soporte en el enunciado normativo del artículo 90 superior.

3. Presenta como elementos centrales el daño antijurídico y la imputación al Estado.

Aunado a lo anterior, la cláusula general de responsabilidad, es denominada en éste sentido, toda vez que subsume para el Estado colombiano lo atinente a la Responsabilidad Estatal, haciendo importante traer lo que la doctrina ha recogido en cuanto a que al momento de presentarse un daño antijurídico, este deberá configurarse bajo uno de los siguientes regímenes o teorías jurisprudenciales de responsabilidad del Estado, sobre éste tema se volverá más adelante dentro del presente escrito, realizando un puntual desarrollo sobre aquellos que comportan singular relevancia con los temas analizados :

4. La clásica teoría de la Falla en el Servicio
5. La Teoría de la Falla Presunta
6. La teoría del daño especial
7. La Teoría del Riesgo Excepcional
8. La Responsabilidad por vías de hecho
9. La Responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra
10. La Responsabilidad por almacenaje de mercancías
11. La Responsabilidad por error judicial

2.1.6.2 RÉGIMENES SUBJETIVOS

Estos regímenes de responsabilidad subjetiva han sido denominados de culpa, falta o falla del servicio (González, 2009), y cabe evocarlos cuando frente a las actuaciones desplegadas por la administración puede demostrarse que:

1. No ha actuado, aun cuando debía hacerlo = No funcionamiento del servicio
 2. Ha actuado mal = Indebido funcionamiento del servicio
 3. Ha actuado de forma tardía = Funcionamiento del servicio, pero tardío
- (p. 81)

Siendo nuevamente un requisito sine qua non por el tipo de régimen del que se habla, que dicho defecto en la prestación del servicio sea atribuible a un actuar doloso o una omisión del servidor público.

2.1.6.3 FALTA PROBADA DEL SERVICIO

Dentro de este Régimen de Responsabilidad Subjetiva, se reitera que distingue la doctrina y la jurisprudencia la Falta del Servicio como el sistema común de responsabilidad estatal, que comporta “acciones u omisiones que se predica de la administración y que en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado” (Ruiz, 2017, p. 3), de allí que haya sido el más aplicado por la Jurisprudencia del órgano de cierre de lo contencioso administrativo y sus demás operadores judiciales.

Prima facie, debe recordarse lo ya antes señalado y es que el régimen de responsabilidad subjetiva en sí mismo es conocido como el de Falta en el servicio, y que sus antecedentes datan del siglo XVIII en acatamiento a los desarrollos del derecho francés, con la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, acaecida con el artículo 90 de la Carta Magna, se pudo empezar a construir una teoría alterna (Responsabilidad objetiva), para de éste modo dejar de ver a la falta en el servicio como el único factor de atribución al Estado en sede de Responsabilidad. (Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2007).

Así las cosas, se recoge lo señalado al principio de éstos acápites, en cuanto a las tres modalidades atribuibles per se a la Falla en el Servicio como generalidad del Sistema Subjetivo, i) indebido funcionamiento del servicio, ii) no funcionamiento del servicio, iii) funcionamiento del servicio, pero tardío.

Aunado a lo anterior, se deberán presentar de manera general los siguientes requisitos – se señalan como “requisitos de manera general”, como quiera que la doctrina ha realizado una subdiferenciación dentro del sistema, que se abordará seguidamente:

a) Una falla o falta en el servicio (manifestación que podrá darse a título de retardo, omisión, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio). Haciendo la salvedad que no se ésta juzgando en esta sede el actuar propiamente de un agente, como análisis subjetivo, sino que se toma de manera general, esto es como la falla o falta del servicio de la administración, de allí que se le conozca como anónima y no personal, pues lleva implícito el mensaje que es la administración la que ha dejado de actuar o lo ha hecho en la forma que no le es atribuida por la constitución o la ley.

b) Un daño, que debe conservar las características generales que le indilga el derecho civil en su esencia, como lo es el hecho que sea cierto, determinado o determinable, pero que además integre los avances que el derecho administrativo y propiamente el Consejo de Estado le ha conferido, esto es que sea antijurídico, que como se expuso en su momento, comporta básicamente el hecho que sea afectada una persona, un derecho suyo, o su patrimonio, siendo todos éstos protegidos por el derecho (en todas sus áreas, sea civil, penal, administrativo.. etc).

c) Un nexo de causalidad, que debe colegir la relación entre el hecho generador del daño y la falta o falla en el servicio, queda por demás decir, que si no logra demostrarse esta conexidad, por más que la falla o falta llegue a ser más que evidente y demostrable, no habrá lugar a imputársele al Estado responsabilidad.

Dicho sea de paso, se hace pertinente señalar algunas características adicionales en lo que a éste régimen se refiere:

2.1.6.3.1.1 Carga de la Prueba:

Este régimen mantiene las disposiciones procesales habituales, es decir la carga de la prueba se mantiene como carga para el demandante, quien deberá acreditar los hechos que busca se declaren como responsabilidad del Estado, toda vez que en este régimen no se habla de presunción alguna le corresponde a la parte actora acreditar el daño que alega.

2.1.6.3.1.2 Eximentes de Responsabilidad:

Como quiera que se está ante un marco de responsabilidad subjetiva, bastará con demostrar la suma diligencia y cuidado, el correcto obrar, el cumplimiento de estándares y protocolos para poder aducirlos como eximentes de culpa y con ello de responsabilidad. Sin perjuicio que puedan en igual sentido el caso fortuito o la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero obrar como eximentes.

Su desarrollo no se ha quedado en la descripción de la atribución del daño para poder cargarlo en la responsabilidad del Estado, sino que se ha subdividido, como lo indica el doctrinante Ruíz (2000) el concepto al punto de hilar distintos caminos que contribuyen a una mejor adecuación e imputación de la situación fáctica a dirimir, teniéndose entonces:

2.1.6.3.2 Falla por Retardo

Frente a este tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para se configure deben confluir tres elementos a saber: i) la existencia para la administración de un deber jurídico de actuar, ii) el incumplimiento de esa obligación, iii) la existencia de un daño antijurídico, y iv) la relación causal entre a demora y la existencia del daño, referencia tomada del análisis del autor Ruíz (2017).

No obstante, aunque como marco general se atiende al incumplimiento de esa obligación legal y reglamentaria que le es exigible a la administración para que ejecute sus acciones, atribuciones y competencias en los plazos que bien le fija la ley o la normatividad vigente, la misma corporación, ha reiterado que “no todo retardo es causante de daño antijurídico” (Ruiz, 2017, p. 4), puesto que como se ha venido trabajando es un requisito imperioso que se acredite el nexo causal, puesto que un daño generado puede en algunos casos no provenir de un retardo acotable a la administración.

2.1.6.3.3 Falla Por Omisión

Hacer referencia a la Omisión de la administración, implica que se está ante una ausencia de actividad o funcionamiento en lo que le es exigido legal y reglamentariamente a las entidades que conforman el aparato estatal y que están obligadas al ejercicio de la función pública.

Dicha falta de las actividades exigidas y además esperables por lo administrados, se ven reflejadas en la existencia o generación de detrimentos sobre éstos últimos, de donde finalmente podrá predicarse la ocurrencia de un daño acaecido por la negligencia injustificada en la actuación estatal.

Cuando se analiza si en efecto se está ante un caso de Falla por omisión, debe valorarse i) si esa no prestación del servicio obedece a situaciones externas o ajenas a la entidad en lo que comporta factores de tiempo, modo y lugar, ii) si la entidad contaba con todos los recursos y medios para el normal ejercicio de sus funciones y desarrollo de actividades, para poder colegir si la no actuación de la administración es justificada o no, lo que dará finalmente el criterio para poder imputar la responsabilidad del Estado por medio de ésta teoría jurídica.

Finalmente, es pertinente reseñar que la jurisprudencia ha realizado distinción entre dos modalidades de omisiones, las omisiones laxas y las omisiones en sentido estricto, donde de las primeras se predica “la negligencia u olvido de los deberes del ciudadano, que de haberse cumplido, pudieron haber evitado un hecho dañoso previsible”, mientras que al hablar de las segundas se hace referencia al “incumplimiento de un deber legal previamente establecido, y que el estado está en la obligación de ejecutar, resultando de su incumplimiento igualmente un resultado dañoso”, recogiendo lo citado por Ruíz (2017, p. 6) respecto del pronunciamientos del Consejo de Estado.

2.1.6.3.4 Falla Por Defectuoso Funcionamiento de la Administración

Esta subdivisión agrupa todas aquellas fallas en donde es la prestación de un mal servicio el eje central de la teoría, implica deficiencias propiamente dichas en las actuaciones o irregularidades que decaerán en una prestación deficiente del servicio del Estado, en donde además de generarse la responsabilidad estatal por el daño generado, podría coincidir con la comisión de conductas delictivas por parte de los agentes o servidores públicos inmersos en el caso.

2.1.6.4 *FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO*

Este sistema tiene el carácter de especial, habida cuenta que ha sido desarrollado y decantado por la jurisprudencia como un régimen intermedio entre el Régimen de falla en el servicio (R. subjetivo) y los Regímenes objetivos, su creación y evolución obedecen de un lado a la creciente necesidad de hacer prevalecer el principio de igualdad entre los afectados, puesto que bajo el régimen de falla probada se hace mucho más difícil la acreditación del daño para el afectado, bien sea por que no se tiene acceso a los medios idóneos de prueba, no se conoce sobre la materia o simplemente con lo que se cuenta no es factible acreditar el perjuicio sufrido, por más que éste en efecto se halla presentado cumpliendo con los requisitos propios de ese sistema.

De otro lado, porque empezó a considerarse un elemento adicional, emergente de las situaciones comunes en el diario vivir, como la conducción, el uso de aeronaves, o el uso de armas de fuego, y se determinó que estaban constituidas por una serie de procesos que son altamente riesgosos y podrían desencadenar daños sobre terceros beneficiarios de dicha actividad o ajenos a ésta. La actividad estatal no fue ajena a ésta mirada, pues se consideró que ésta en sí misma trae implícita una serie de riesgos que se traducen en condiciones de peligrosidad que podrán generar sobre los administrados consecuencias antijurídicas.

De allí que, se haya erigido como un sistema alternativo que permitió subsanar las deficiencias probatorias y por consiguiente de reconocimiento respecto a la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, eje temático importante en el presente trabajo de investigación.

Sin embargo, es importante señalar que éste régimen ha sufrido unos avances y desarrollos importantes que han modificado la concepción de la teoría jurídica de la falla presunta. Inicialmente se tuvo, que las actividades consideradas como peligrosas (conducción

de automotores, de naves o uso de armas de fuego, por ejemplo) fueron catalogadas por la Jurisdicción de lo Contencioso dentro del régimen de la falla probada, posteriormente la concepción de la jurisprudencia cambia (en 1989) y se empiezan a valorar éstos casos bajo la mirada de la falla presunta, pero luego en 1992 mediante providencia del 24 de agosto, se determina que no opera simplemente una falla o falta en el servicio sino de responsabilidad tras configurarse un daño antijurídico, por tanto deben juzgarse éstos casos de actividades peligrosas desde una tesis de *presunción de responsabilidad*, no obstante la tendencia de los fallos de la jurisdicción nuevamente han ido mutando, orientando las resultas de éstos ejercicios de actividades peligrosas bajo los lineamientos de la teoría jurisprudencial del riesgo excepcional, sin perjuicio que se le denomine así prima facie o que se le designe como teoría de la falla presunta o de la presunción de responsabilidad, sobre estos conceptos se retomará en líneas posteriores.

En cuanto a sus características más relevantes, se tienen:

2.1.6.4.1.1 Carga de la Prueba:

Contrario a lo que se tiene en el régimen de falla probada, y obedeciendo a las situaciones anteriormente descritas, este régimen presentó como novedad lo que en materia probatoria se conoce como Inversión de la carga de la prueba, situación mediante la que se le quita la carga de probar al demandante, y se establece que la parte que se encuentre en mejores condiciones de acreditar está en la obligación de hacerlo.

No obstante, se mantiene para el demandante la carga de acreditar el daño, y el nexo de causalidad entre la actuación generadora de éste y aquel.

2.1.6.4.1.2 *Eximentes de Responsabilidad:*

Respecto a los eximentes, operan de manera muy similar a como lo hacen en el régimen de falla probada, señalando que si el agente responsable del perjuicio demuestra su proceder con diligencia, cuidado, observancia y cumplimiento de los mínimos exigibles, logrará desligarse de la responsabilidad que se le imputa. En igual sentido, se conseguirá ese mismo objetivo cuando medie la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, finalmente en lo que respecta al caso fortuito y la fuerza mayor, el Consejo de Estado ha manifestado:

La determinación del régimen bajo el cual debe analizarse una situación particular tiene incidencia no solo en el aspecto probatorio sino también en cuanto a las causales exonerativas de responsabilidad. Así, en tanto que el caso fortuito exonera de responsabilidad en el régimen de la falla del servicio – probada o presunta-, no tiene esa virtualidad en el de presunción de responsabilidad, porque en este solo la causa externa o elemento extraño al demandado rompe el nexo de causalidad (C.E., Sección Tercera. Proceso 13288, 2000)

En suma, se tiene que la falla presunta es un régimen que aplica para aquellos casos en donde la probabilidad de falla en el servicio se incrementa en razón del alto riesgo que trae implícita la ejecución de algunas actividades, o en un segundo escenario aplica también en los casos en donde el afectado se encuentra ante una mayor dificultad o casi imposibilidad de conseguir acreditar el daño sufrido.

Otro aspecto relevante, es el que si bien es cierto se ha señalado que la evolución de esta teoría – falla presunta- al punto que en la actualidad éstos casos se analizan bajo la teoría

del riesgo excepcional, no deben entenderse ambos regímenes como sinónimos, pues mientras en la primera de las tesis lo que se presume es que en efecto se dio una falta o una falla del servicio, en la segunda lo que se presume es que exista responsabilidad en razón del daño antijurídico acaecido.

Finalmente, no puede pasarse por alto que en lo que a exoneración de responsabilidad se refiere, el hecho de demostrar la suma diligencia y cuidado en los eventos de falla presunta bastará para que obre como eximente, en tanto que cuando se está frente a la teoría del riesgo excepcional, solo servirá de eximente la acreditación de la culpa exclusiva o determinante de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, sentándose así diferencias que no pueden pasar inadvertidas, pues como se indicó en su momento son regímenes –la falla presunta y la teoría del riesgo excepcional- que podrían catalogarse como especies de este género que se compone por la modalidad de régimen subjetivo.

2.1.6.5 RÉGIMENES OBJETIVOS

Retomando lo que se señaló en su momento, el régimen de responsabilidad objetiva tiene como factor la “atribución”, como quiera que “la imputación objetiva parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar decisiones” (Ruiz, 2017, p.18), descartándose pues cualquier tipo de valoración respecto a conductas u obras del autor de la conducta analizada.

Es importante destacar que éste régimen ha tenido un desarrollo importante en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en tanto el alto tribunal empezó a observar mayor eficacia preventiva en algunos casos en la Responsabilidad Objetiva que en la Responsabilidad por Culpa –R. Subjetivo-, como quiera que con el primero de ellos, si bien no es posible contrarrestar la diligencia predicable al responsable, si es un régimen que de por sí incide sobre la cantidad de daños que puedan llegar a producirse, situación que permitió que la

corporación ampliara estos conceptos a la tesis de la posición de garante, desde la cual se entra a analizar lo que en palabras de Ruíz (2017) corresponde a “determinar si el sujeto era competente o estaba obligado a proteger un bien jurídico determinado y luego, evaluar si era evitable y cognoscible por ese sujeto” (p.19)

Por tanto, bajo lo aquí señalado, se tiene que la imputación del daño y por ende de la responsabilidad no está basada en que se haya desplegado una conducta bien sea por acción o por omisión, pues, con base en los criterios de la posición de garante el juicio se enfoca en analizar si el sujeto cumplió o no con los deberes mínimos que le exigía su condición.

Así las cosas, ante la existencia de un caso en donde deba entrar a realizarse una atribución jurídica, debe realizarse un análisis minucioso para poder determinar si en efecto se está antes una responsabilidad extracontractual del Estado en virtud de los lineamientos que da la falla en el servicio; en tanto éste como régimen general de responsabilidad permitirá determinar si se vulneraron los deberes legales y normativos. Si de ese primer juicio, no es posible encuadrar la conducta y la responsabilidad sobre esos parámetros, deberá considerarse las alternativas que ofrece el régimen objetivo, el cual mediante la teoría del desequilibrio de cargas públicas permitirá acudir a la tesis del daño especial o del riesgo excepcional, en cuanto:

2.1.6.5.1 Daño Especial

Abordar este concepto, implica que se haga referencia en todo momento a la igualdad de los ciudadanos frente a las Cargas Públicas, bajo el entendido que si bien es cierto todos los administrados deben soportar ciertos “pesos” que trae implícito el desarrollo de la actividad del Estado, no es menos cierto que son situaciones que por disposición constitucional y legal deben asumirse por el conglomerado social en igual manera sin que se desprendan de allí indemnizaciones o consideraciones particulares, pues como se señaló en líneas precedentes,

son estas cargas la resulta de las exigencias en las actuaciones en procura de la satisfacción de las necesidades sociales de la vida cotidiana.

Ahora bien, cuando dicho equilibrio es quebrantado, es decir recae sobre una sola persona una de éstas cargas, se configura el deber indemnizatorio del Estado, pues como se dijo en su momento el ciudadano no está en un deber de asumir de manera particular dichas consecuencias. Teniéndose de presente que tal como lo refiere Ruiz: “el daño producido por la administración, no da lugar a la reparación sino en el caso que es anormal, de ahí su importancia y su carácter *excepcional* (cursiva propia)” (2017, p. 20).

Por tanto, de los lineamientos sentados vía unificación de la jurisprudencia en lo que a este tema respecta, se tiene que una vez el operador judicial ha realizado los análisis pertinentes, debe establecer si en efecto se está ante los presupuestos de la Falla en el Servicio, para seguidamente determinar si se trata de una imputación por daño especial o por riesgo excepcional, en donde tal como lo refiere el profesor Ruiz, la definición que mejor ilustra lo planteado por la Jurisdicción, señala:

Si la actividad del Estado es legítima, no es riesgosa y se ha desarrollado en cumplimiento de un mandato o deber legal y en beneficio del interés general, pero con ella se ha producido un perjuicio concreto, grave y especial a un particular, o a un grupo de particulares, imputable al Estado, el fundamento será el título de Daño Especial (Ruíz, 2017, p. 23)

En lo que respecta a los eximentes de responsabilidad, la administración deberá demostrar en debida forma, la existencia de culpa exclusiva de la víctima (en forma exclusiva y determinante), el hecho de un tercero (igualmente en forma exclusiva y determinante) o la configuración de una causal de fuerza mayor. Y en materia de carga de la prueba, por

encontrarse dentro de los regímenes objetivos, la parte actora solo debe entrar a demostrar el daño causado y el nexo de causalidad, pues el daño antijurídico acaecido hace que se presuma la responsabilidad del Estado.

2.1.6.5.2 Riesgo Excepcional

Tal como se señaló en su momento, los eventos producidos bajo el marco de aquellas actividades consideradas por la jurisprudencia como peligrosas, son la tesis central del desarrollo de ésta parte de la teoría jurídica. Ésta es una teoría conocida también como la Responsabilidad sin Falta.

Previo a la expedición de la Constitución de 1991, se manejaba la teoría del Riesgo Excepcional dentro de los regímenes objetivos, situación que permanece en la actualidad, lo cual llevaba implícito para el actor la no obligatoriedad de probar la falla en el servicio, ni para la administración a desvirtuar su existencia, dejándose como único eximente de responsabilidad el demostrar la existencia de una causa extraña que obrara como rompimiento del nexo causal.

Dentro del grupo de actividades peligrosas, ha destacado el Consejo de Estado: el uso de armas de dotación oficial, la conducción de vehículos, las redes de energía eléctrica y cualquier otra situación que pueda generar riesgo o peligro como por ejemplo los atentados terroristas a objetivos públicos ubicados cerca de bienes o de personas particulares, o la ejecución de determinadas obras públicas, como lo destaca el profesor Ruíz en su obra. En el mismo texto el autor recoge los elementos y criterios que deben tenerse en cuenta cuando se analiza un evento de Responsabilidad Objetiva en sede de Riesgo Excepcional, señalando al respecto:

- Hecho Dañador: al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho vinculado al ejercicio de la actividad peligrosa y por esto no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, como si ocurre por ejemplo en el régimen de responsabilidad por falla probada. Por aquello mismo, el demandado no se exculpa demostrando diligencia y cuidado.
- Daño: el actor tiene que demostrar la existencia de un daño con las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga o sobre una situación de acto o de hecho que esté protegida jurídicamente o sobre la cual el Estado haya generado confianza legítima.
- Nexo de Causalidad: el accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos de un juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser:
 - a) Directa: mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo.
 - b) Indirecta: mediante indicios, este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. (Ruíz, 2017, p. 28).

Finalmente, es pertinente cerrar este acápite con la definición que respecto de esta teoría de la Responsabilidad Objetiva por Riesgo Excepcional ha desarrollado el Consejo de Estado:

Si la actividad del Estado es legítima y además riesgosa, el daño es producto de la concreción del peligro que ella conscientemente crea para el cumplimiento

de ciertos deberes legales y constitucionales asignados, el fundamento será el título de riesgo excepcional con algunas evoluciones (Ruíz, 2017, p. 29)

2.1.7 LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL

Como bien se ha venido exponiendo, la responsabilidad implica el asumir los efectos jurídicos y económicos que resultan tras la comisión de una conducta impropia que lesiona los derechos de una persona, pero para adentrarse en lo que implica esta obligación ya en materia médica, es preciso citar lo que incorpora la doctrina (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007) en materia de Derecho Médico, definiendo este último como:

La regulación jurídica de actos, procesos, condiciones y elementos que inciden o pueden tener trascendencia en la protección del Derecho a la vida, la salud y a otros derechos fundamentales, así sea por conexión, como también Derechos sociales, culturales y económicos del ser humano, y frente a las condiciones de vida de otro seres vivos, relacionados con el objeto central temático, teniendo en cuenta especialmente variables de tipo social, ambiental y económico (p. 113)

En tal sentido, Ponce (2018) define la Responsabilidad Médica como:

La obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y cuidados adecuados en la asistencia al paciente, pudiendo adquirir a veces relevancia jurídica.

MEDIOS:

1. Defectuoso examen del paciente.
2. Errores groseros de diagnóstico y tratamiento.
3. Daños causados por el uso indebido (o mal estado) de cosas (aparatos e instrumental) y medicamentos.
4. Omisión de pautas esenciales para el diagnóstico de una enfermedad.
5. Falta de control hacia los auxiliares del médico y los daños que los mismos culposamente puedan ocasionar (Ponce, 2018, Párr. 16)

En lo esencial, se tiene que la deficiencia en la prestación de los servicios médicos a cargo del Estado o los efectos nocivos que devienen de una mala praxis médica comporta sin lugar a dudas una de las más altas causas de declaratoria de Responsabilidad en contra del Estado colombiano, en atención a ello y conforme a las dinámicas propias del tema analizado, se evidencia que la Jurisprudencia del Consejo de Estado también ha venido evolucionando en aras de mantener unas tesis próximas y apropiadas para el tema que puede decirse es tan amplio como complejo.

En una primera instancia, es propicio resaltar que la Responsabilidad Médica ha sido mayormente analizada bajo el Régimen Subjetivo de Responsabilidad, es decir, el régimen de Falla en el servicio, habida cuenta que el Acto Médico propiamente dicho presupone de parte de quien lo ejecuta una serie de conocimientos, destrezas y habilidades propias de la *lex artis*, en donde claramente se exige a el profesional que conjugue y ejecute sus actividades desplegando sus conocimientos teórico-científicos y los éticos, bajo un marco de pericia y responsabilidad en procura de generar siempre el bienestar o el mejor resultado posible sobre el paciente.

Sin embargo, los cambios y dinámicas sociales han llevado al máximo Tribunal de lo Contencioso a plantear en distintos momentos, diversas teorías en aras de resolver los eventos en donde se cuestiona la responsabilidad por acto médico, groso modo es pertinente resaltar las tesis y posiciones más relevantes que ha trabajado la corporación:

a) Falla Probada: Inicialmente, la Jurisprudencia Contenciosa se inclinó por adoptar la Tesis Jurídica del Régimen de la Falla Probada para analizar la responsabilidad en los casos por acto médico, bajo éste régimen y teniendo en cuenta los lineamientos teóricos que se trataron en su momento, debe señalarse que con ésta teoría se conservaba la exigencia para el demandante de probar las fallas hospitalarias por los errores cometidos o las deficiencias en la prestación del servicio, no obstante, prontamente (1992) se reflexionó sobre las barreras que implicaba en algunos casos para el demandante llegar a probar las fallas hospitalarias o procedimentales, bien porque en algunos casos el acceso a la prueba no era fácil o concreto, o bien porque claramente el acto médico comporta en sí mismo una serie de conocimientos que son propios del profesional más no del paciente, demostración ésta que se terminó configurando en una exigencia que en múltiples casos terminó desconociendo derechos en los demandantes por la imposibilidad de probar lo alegado.

b) Falla Inferida: Esta segunda tesis, surge teniendo como base la acreditación de la prueba de falla en el servicio con base en las circunstancias que rodeaban el caso, situación bajo la cual la misma realidad fáctica le permitiría al operador inferir la falla, en palabras del profesor Ruiz (2017, p. 145): “en aplicación del principio aquel de << las cosas hablan por sí solas >> o *ipsa loquitur*”.

c) Falla Presunta: Bajo esta tercera teoría, el Consejo de Estado analizó los casos de Responsabilidad médica bajo la óptica que debía equipararse a las partes del proceso, sustentando que claramente por sus conocimientos y pericia, el profesional médico estaba en mejores condiciones de probar el cumplimiento de protocolos y el proceder con diligencia, que el demandante, motivo por el cual se incorpora la novedosa figura de la *Inversión de la Carga Probatoria*, debiendo pues el actor únicamente acreditar el daño acaecido y el nexo de causalidad, mientras que para el demandado estaría la carga procesal de acreditar tal como se señaló que actuó con la mayor pericia y diligencia en los procesos y procedimientos ejecutados en el paciente.

d) Cargas Probatorias Dinámicas: Éste obedece a un régimen adoptado posteriormente por la Jurisdicción Contenciosa, en igual sentido para el análisis de los casos de responsabilidad médica, su base estriba en que debería primero establecerse cuál de las partes se encontraba en mejor condición de acreditar lo alegado, situación pues que eliminaba esa presunción que venía siendo aplicada de manera general que el personal médico estaba con mayor probabilidad de acreditar, y se opta por un análisis más a fondo para dilucidar cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones de probar y en tal sentido actuar procesalmente.

En este aspecto, es importante también señalar que no solo se hace referencia a la demostración de la falla en el servicio, sino también del nexo de causalidad, al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado señala:

Por razones de equidad la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendientes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a éste último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esa materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueban dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir , que la relación de causalidad queda probada “ cuando los elementos de juicio suministrados conducen a “un grado suficiente de probabilidad”. En síntesis, puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla en el servicio médico, 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 del alto grado de dificultad que representa para ésta acreditar hechos de carácter

científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. (Citado por Ruíz, 2017, p. 147)

Ahora bien, tras lo anotado puede evidenciarse como la Jurisdicción ha procurado ajustar sus teorías a las dinámicas jurídicas y sociales pasando por el Régimen de falla probada del servicio, falla presunta, carga dinámica de la prueba, sin embargo, en el año 2006 el Consejo de Estado retoma su Teoría Jurídica de la Falla Probada, argumentando la complejidad que los temas relacionados con el acto médico comportan, así como las dificultades probatorias desde la óptica del volumen de casos y en algunos casos las dificultades probatorias devinientes de los largos lapsos de tiempo que conllevan el desarrollo de esos procesos.

Se tiene entonces que, es éste —el *régimen Subjetivo de falla probada*— el Régimen acogido y manejado actualmente por la Jurisprudencia de lo Contencioso en los temas relacionados con la Responsabilidad por Acto Médico, por tanto se regresa a la obligación hacia el demandante de demostrar no sólo la existencia del daño, sino también la imputabilidad de éste a la entidad que se demanda.

Surgiendo con ello, lo que Ruíz (2017), denomina como *un concepto fundamental*, dentro de éste régimen de responsabilidad y es el **Acto Médico**, al respecto la doctrina lo describe como:

Lo que realiza el profesional de la medicina en el desempeño de su profesión frente al paciente (Ética Médica Individual) y a la sociedad (Ética Médica Social). Los actos que lleve a cabo en función de su vida privada, no profesional, caerán en el campo de la Ética General, la misma que permite juzgar los actos de cualquier persona. Es toda acción o disposición que el

médico realiza en el ejercicio de su profesión en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico así como los que se deriven directamente de éstos (Vera, 2013, p. 73)

Otros autores (Guzmán, Franco, Morales & Mendoza, 1994), destacan los procesos tanto cognitivos, como éticos, morales y sociales que debe tener presente el profesional de la medicina, resaltando que el acto médico comporta tanto los actos que comprenden los procedimientos clínicos o de atención al paciente como los actos documentales y administrativos que deben soportar a los primeros, puntualizando:

Se llaman actos médicos directos aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación. La prevención hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos. El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente. La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad. La rehabilitación es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social. No nos referimos a los actos médicos indirectos, ni a los denominados extracorpóreos (investigación, experimentación, autopsia, etc.), los cuales requieren para su análisis otro capítulo completo. (p. 139).

A su turno, Ruiz (2017) hace referencia a lo señalado por el Consejo de Estado en relación a lo que debe tenerse de presente respecto a la conducta médica:

La conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, debe ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante” (p. 151)

De lo decantado por la jurisprudencia, se evidencia la *Posición de Garante*, como otro de los elementos importantes dentro del análisis de la Responsabilidad Médica, puesto que en muchas ocasiones el diagnóstico del paciente implica que el profesional despliegue conductas mucho más allá de la formulación médica, chequeos o práctica de exámenes, requiriendo atención especializada, vigilancia del personal médico, custodia o procedimientos especializados. Por cuanto en virtud de la Posición de Garante, podría llegar a endilgarse la responsabilidad del profesional médico, si no se tienen en cuenta los aspectos mínimos de la historia clínica, diagnósticos, signos y síntomas del paciente; vulnerando así lo implícito en el principio de legalidad, es decir todos los preceptos constitucionales y legales que en dicha materia le son exigibles al profesional; en tanto que el paciente, sus cuidados y las results de los procesos que sobre éste se apliquen son su responsabilidad.

Para los efectos teóricos aquí desarrollados, Ruíz (2017) realiza una referencia de lo que se ha conceptualizado vía jurisprudencial respecto a la posición de garante:

Aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley – en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a

ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida (p. 151)

Para el tema objeto de estudio, es imperioso señalar que el legislador ha fijado tres situaciones puntuales y específicas bajo las cuales un médico puede excusarse de prestar atención médica a un paciente –salvo en situación de urgencia-, circunstancias que eventualmente pueden servir eximirle de esa responsabilidad inicialmente exigida, estos escenarios son: “ a) Que el caso no corresponda a su especialidad. b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya. c) Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas” (Ley 23, art. 4, 1981)

Bien, como quiera que la Responsabilidad Médica, es sin duda una especie dentro de las distintas clases de Responsabilidad que pueden acaecer sobre el Estado, y que como se dijo en su momento, es una figura que implica por parte de la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud y del profesional tratante, la asunción de los efectos jurídicos que se deriven por la ejecución infortunada u impropia al momento de desplegar los diversos comportamientos que conforman el Acto Médico, por tanto sin salir de la órbita que le da el Género, es decir la Responsabilidad propiamente dicha, deberán analizarse los más elementos característicos, sobre el tópico aquí expuesto:

2.1.7.1 Elementos de la Responsabilidad Médica:

Por tratarse la Responsabilidad Médica de una extensión de la Responsabilidad propiamente dicha, se tiene sobre la primera, la convergencia de los tres elementos señalados como componentes por regla general de la segunda, es decir:

1) Falta o falla en el servicio: Que como se acotó en su momento implica por parte de la administración una prestación deficiente, tardía o una no prestación del servicio, lo cual genera una trasgresión de derechos o bienes jurídicamente tutelados, dicha falla puede ser: por culpa o falla funcional, de carácter anónimo u orgánico.

2) Daño: Como se expuso previamente, sin que éste se origine y tras su debida demostración, no hay lugar a reclamación de indemnizaciones, no se trata meramente de un daño cualquiera, pues éste deber ser Antijurídico, es decir contra derechos subjetivos, jurídicamente tutelados.

3) Relación de Causalidad: Como hilo conector, esa relación que debe existir entre la acción ejecutada por el profesional médico y el hecho dañoso alegado, de modo tal que se pueda imputar a la administración que éste último es resultado innegable de lo desplegado tras la ejecución de la primera. Éste es un elemento pilar en materia de responsabilidad extracontractual, y propiamente médica del Estado, la doctrina le atribuye dos connotaciones, una material o natural y otra jurídica, en tanto:

Material o Natural: Comporta el vínculo físico existente entre la acción o el hecho y el daño acaecido.

Jurídico: En tanto se pueda atribuir el daño a un ente o autoridad capaz de asumir las consecuencias del hecho alegado.

2.1.7.2 Eximentes de Responsabilidad:

La doctrina dispone que en tanto se establezca la actividad médica como una obligación de medio, o de resultado, así mismo se observarán distintas circunstancias como exoneradoras de culpa, por tanto:

- *Acto Médico como Obligación de Medio:* Bastará que el profesional médico demuestre que obró con plena diligencia y cuidado de lo que le es exigido por la *lex artis* y los protocolos médicos.

- *Acto Médico como Obligación de Resultado*: en este caso, para que el profesional pueda exonerarse de responsabilidad, deberá demostrar: a) que el hecho se produjo puesto que sucedió un evento de fuerza mayor, b) que se dio un evento que es catalogable como culpa exclusiva de la víctima, para éste caso correspondería a demostrar que fue la misma persona quien causo el daño en su cuerpo o en su salud, o quien busco la producción del perjuicio como tal, c) la tercera situación que puede servir como eximente es el hecho de un tercero, con lo cual deberá demostrarse que quien generó dicho daño fue una persona ajena de la relación médico- paciente.

2.1.7.3 *Carga de la Prueba:*

a) Principio Carga Dinámica de la Prueba: una vez le evolución de las teorías jurídicas de la Responsabilidad del Estado en lo que a Responsabilidad por Acto médico se refiere, evidenciaron que en muchos casos o bien se requería de una serie de conocimientos técnicos o científicos que el demandante no poseía, o bien era la parte actora la que se encontraba en mejor situación para probar y acreditar el daño alegado y los demás elementos de la Responsabilidad, se determinó que en todos los casos debía el juzgador realizar un análisis profundo y comprometido del cual pueda establecer cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar lo alegado, para de esa manera buscar la demostración de los hechos relevantes que le permitieran llegar a la más óptima decisión.

b) Principio de la Pérdida de Oportunidad: Esta teoría ha tenido asidero en la Jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de criterios de la doctrina en donde se establece que en algunos eventos la falla en la prestación del servicio (prestación tardía, incompleta o no prestación) genera que el paciente pierda la oportunidad que tenía de mejorarse, recuperarse o sobrevivir, en ese sentido el alto tribunal de lo contencioso señala:

Debe advertirse que, para que haya lugar a la reparación, no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo

que la doctrina ha considerado como la “Pérdida de la oportunidad” (Citado por Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007, p. 117)

c) Vía de Hecho: Esta figura se erige como una alternativa para que las partes puedan controvertir aquellas decisiones que se consideren contrarias a derecho, de modo tal que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado y permitido que se emplee la Acción de Tutela contra providencia judicial, en los casos en donde se evidencie y demuestre que con dicha decisión se está vulnerando un derecho fundamental, al respecto la doctrina recogiendo las palabras de la Corte Constitucional, señala:

Es así como la jurisprudencia constitucional acepta la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales donde se prevé una vía de hecho que, por supuesto, tiene como consecuencia la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental. Es por eso que la arbitrariedad con la que obra un operador jurídico que no decreta una prueba conducente, o que decretándola no la valora, o siendo una prueba insuficiente que no tiene la entidad de demostrar un determinado se le da un alcance y un valor que no posee, e purga, no sólo con recursos ordinarios sino también con la vida expedita de la tutela, cuando tales actos arbitrarios e ilegales, atacan indirectamente, o amenazan un derecho fundamental (Citado por Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007, p. 119)

2.1.7.4 Clases de Responsabilidad Médica:

Para efectos prácticos, se adoptará a continuación la descripción que frente a la clasificación de la Responsabilidad Médica incorpora la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2007) en su Cartilla de Responsabilidad del Estado, en donde se cataloga la Responsabilidad por Acto Médico en:

Responsabilidad Médica de Medio: esta clasificación obedece a la visión doctrinaria y jurisprudencial que ha fijado el ejercicio de la actividad médica como una actividad emanada de la prestación de un servicio del médico hacia el

paciente, situación que hace que se tenga una obligación de medio y no de resultado, esta acepción fue avalada por el legislador quien la incorpora en la Ley 23 de 1981 y sus correspondientes decretos reglamentarios, la Cartilla de Responsabilidad del Estado incorpora una de las definiciones que maneja la doctrina respecto a lo que es una Obligación de Medio señalando: “Aquella en donde el deudor de la prestación pone toda su diligencia y cuidado para la consecución de su fin sin que por ello se esté comprometiendo a conseguir el mismo, o sea, se compromete a realizar una determinada conducta y no el fin que persigue”.

Responsabilidad Médica de Resultado: Teniendo de presente que esta tesis desarrolla los conceptos contrarios a los de la Obligación de Medio, la doctrina la define como “Aquel débito prestacional consistente en asegurar un fin determinado por parte del deudor de esa obligación, donde si no se cumple se verá en la obligación de indemnizar” y pese a que en algunos casos llegó a considerarse éste régimen de responsabilidad para casos específicos como los trabajados en áreas como la cirugía plástica, en donde el médico cirujano debe prever y comprometerse con el paciente a alcanzar un resultado que busca corregir, modificar o perfeccionar algún tema específico, para el caso colombiano ésta teoría no presenta receptividad, pues la legislación en tema de ética médica ha previsto la responsabilidad lejos de una actividad médica de resultado, habida cuenta lo anterior el artículo 16 de la Ley 23 de 1981 dispone: “la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados” (Ley 23, art. 16, 1981)

Responsabilidad Médica Extracontractual: Claramente, esta responsabilidad e configura ante un escenario en donde la relación contractual es inexistente, por ello se aduce responsabilidad sobre el profesional médico cuando se evidencia que no cumplió con los deberes mínimos que le eran exigibles, así aunque no exista la intención de causar el daño, se tendrá que existe responsabilidad en atención a la existencia de culpa o la negligencia que se

hubiese podido presentar, así tras el análisis minucioso y confrontado con los procedimientos y protocolos médicos establecidos para la ejecución y atención de los diferentes eventos en la práctica médica, se tiene que “van a ser tipificadas como faltas médicas, aquellas conductas que se hagan con negligencia, de forma imprudente o con falta de conocimientos o impericia manifiesta y que lleve consigo el no cumplir con algunos de los deberes médicos a los cuales viene obligado por la relación con el paciente” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007, p. 121).

Responsabilidad Contractual: Como todo vínculo contractual previo, en esta categoría de responsabilidad debe mediar un acuerdo previo de voluntades entre el médico y el paciente, no solo a través del contrato en sí, sino soportado en el consentimiento médico donde el profesional exprese con claridad tipo de tratamiento, procedimientos, riesgos, pros y contras del mismo para que de ese modo el paciente pueda aceptar la realización del mismo, bajo el conocimiento pleno de las características y condiciones del acto a ejecutar. Aunado a lo anterior, existe otra necesidad que surge de la institución prestadora con el paciente, que en atención a su obligatoriedad de respetar los protocolos y asegurar los cuidados mínimos para que pueda alcanzarse los resultados médicos buscados, convierte para la entidad esta responsabilidad no en una de medio como se predica respecto del médico, sino una de resultado, pues como se dijo se debe exigir a todo el personal de la institución “el más exagerado cumplimiento de su diligencia en la prestación de los servicios contratados, a los fines de asegurar la calidad de vida del usuario de estos servicios sanitarios” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007, p. 121)

Responsabilidad Médica Subjetiva: Tal como su nombre lo indica, en esta categoría se evalúa el proceder del profesional de la salud, buscando establecer si éste procedió de la manera correcta o por el contrario lo hizo con un grado notable de culpa (por negligencia, impericia, imprudencia o no acatamiento de los protocolos), análisis que implica tener en cuenta esferas tanto cognitivas, como éticas, morales y sociales del profesional a la hora de interactuar y tratar a

su paciente, para poder establecer si cumple con los parámetros que le exige la *lex artis*.

Responsabilidad Médica Objetiva: Como se señaló en su momento, este régimen no sanciona la responsabilidad con base en el dolo o la culpa predicable en el actuar del profesional, no se trata de analizar o juzgar la conducta desplegada por el médico, sino que se pretende asegurar el carácter indemnizatorio emanado de la producción de un daño producido, por el solo hecho de haberse presentado. (Escuela Lara Bonilla, 2007, pp. 119 - 122)

2.1.8 LOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA PROCESAL

Jurídicamente, probar implica demostrar la verdad de una afirmación. Desde el aspecto procesal, implica de un lado la facultad que tienen las partes de poder acreditar lo que alegan para llevar al convencimiento de ello al juez, y por otro lado ese deber de cercioramiento que le es exigido al juzgador sobre los hechos que deben esclarecerse para poder resolver una controversia.

En Colombia, la regulación en materia probatoria está instituida de manera general en el Código General del Proceso, misma que en su artículo 165, determina:

“Medios de Prueba: Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. (...)” (Ley 1564, art 165, 2012)

Bajo ese gran marco, se da la dinámica procesal en la sede contencioso administrativa, como quiera que adopta de manera subsidiaria lo dispuesto por el Código General del Proceso en lo no dispuesto por el C.P.A.C.A., aunado a lo anterior, como se indicó en acápites precedentes, la jurisdicción contenciosa viró su teoría jurídica de Responsabilidad por Falla Presunta acogiendo nuevamente la teoría de la Falla Probada, situación en donde deben acreditarse dentro del proceso los tres elementos que configuran por regla general la Responsabilidad, habida cuenta: i) el daño, ii) la actividad médica y iii) el nexo de causalidad entre los dos anteriores, frente a lo cual el legislador ha dotado a las partes de la facultad para acreditar lo que alegan basándose en todos los medios de prueba legalmente aceptados, bajo esa perspectiva, y bajo la óptica de la Responsabilidad por Acto Médico, respecto a los medios de prueba, es pertinente señalar:

2.1.8.1 LA PRUEBA DOCUMENTAL

Leal (2015), en su acepción de documento lo relaciona como:

Todo objeto susceptible de representar una manifestación de pensamiento con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. En ese orden de ideas no sólo son documentos los que llevan signos de escritura, sino también todos aquellos objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas, fotografías, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas, etc, poseen la misma aptitud representativa (p. 150)

A su turno, el legislador ratifica ese ámbito de validez que tienen los diferentes medios a los cuales se les clasifica como documentos, y bajo esa óptica de “Todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo” (Toro y Vásquez, 2016, p.8), ofrece adicionalmente una distinción en lo que respecta a documentos públicos y privados, como puede leerse en el inciso segundo del artículo 243 del Código General del Proceso:

(...) Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública (Ley 1564, art. 243, inc 2, 2012)

Por tanto, dentro de la temática manejada dentro del presente trabajo, se tiene que es la Historia Clínica el documento más importante de la relación médico – paciente que obrará como prueba documental, sin perjuicio de los demás que puedan componer el expediente clínico del usuario como exámenes, radiografías, y demás emergentes de los distintos procesos y procedimientos clínicos realizados.

2.1.8.2 *LOS TESTIMONIOS*

Prima facie, se define como testigo “el individuo llamado a declarar, según su experiencia personal, a cerca de la existencia y naturaleza de un hecho, o que relata un hecho que ha caído bajo su percepción” (Leal, 2015, p. 390), otros autores como Toro y Vásquez (2016), ilustran la prueba testimonial como aquella en que “un tercero ajeno al proceso realiza ciertas manifestaciones ante un Juez, sobre los hechos que han pasado o no, o están pasando con relación al tema del litigio” (p. 7).

A nivel normativo, el Código General del Proceso en su artículo 208 y siguientes contiene las disposiciones y regulaciones propias de la prueba testimonial, teniéndose que es

ésta una prueba que amerita la concurrencia de unas características específicas como que sólo puede ser rendido por una persona natural, quien en efecto tenga conocimiento respecto a los hechos sobre los que se le indagará, cumpliendo las solemnidades que la ley impone para que su declaración tenga plena validez y sirva para los fines perseguidos.

En lo que a Responsabilidad Médica respecta, se tiene que las pruebas testimoniales son generalmente provenientes de testigos técnicos, en atención a los temas, situaciones y eventos analizados que se salen de la esfera de la cotidianidad, requiriendo la aplicación de conocimientos y conceptos específicos de la materia galena; Parra (2006), en lo que respecta al Testigo técnico, señala: “aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte y que al narrar unos hechos se vale de aquellos para explicarlos” (Citado por Toro y Vásquez 2016, p. 8).

2.1.8.3 EL INTERROGATORIO DE PARTE

La legislación procesal lo contempla en el artículo 203 de la Ley 1564 de 2012, en donde se define su finalidad y las pautas para poder practicarlo, autores como López (2016), definen este medio de prueba como “aquel mediante el cual se pretende que la parte rinda su versión de los hechos para poder cumplir los requisitos de la confesión” tal como lo referencian (Citado por Toro y Vásquez 2016, p. 7), convirtiéndose pues el medio idóneo mediante el cual las partes pueden lograr de quien está manifestando su conocimiento frente a lo sucedido, la confesión que permita corroborar los hechos que se pretenden hacer valer ante el juez.

2.1.8.4 EL DICTAMEN PERICIAL

Aunque en primera instancia puede llegar a confundirse con el testimonio técnico, en razón a que son informes rendidos por terceros especializados o con conocimientos específicos, es propicio traer la diferenciación que incluye Parra (2006), donde al respecto aclara:

Es de suma importancia diferenciar la declaración de un testigo técnico con la participación de un perito; el testigo técnico llega al proceso a dar una percepción individual, teniendo una relación histórica de los hechos que fueron llevados por las partes al proceso y únicamente declara sobre los hechos pasados o presentes que él percibió relevantes para el proceso. Un ejemplo claro sobre la presencia de testigo técnico, dentro de un proceso de responsabilidad médica, sería el caso de un anestesiólogo que estuvo presente en el procedimiento quirúrgico realizado a un paciente, donde fueron perforados sus intestinos; dicho profesional es llevado al proceso por el demandado, como testigo sobre los hechos que presencié. El médico anestesiólogo es considerado técnico ya que tiene conocimientos sobre la medicina pero no va a dar su punto de vista sobre los hechos, como sí lo haría el perito, simplemente asiste al proceso como testigo, es decir, a presentar una declaración sobre los hechos que él percibió (Citado por Toro y Vásquez, 2016, pp. 7 - 8)

Desde la doctrina se entiende el dictamen de perito como: “Conclusión lógica que obtiene el perito mediante la aplicación de sus conocimientos técnicos a la observación del hecho que se somete a su examen” (Leal, 2015, p. 146), bajo esa referencia y teniendo en cuenta el tema aquí tratado, es notoria la importancia de este medio probatorio cuando de acreditar y soportar lo que se alega está en juego para las partes.

No cabe duda, que la actividad médica como ciencia que es, requiere como toda especialidad de unos conocimientos específicos y adicionalmente de la observación y seguimiento de unos protocolos preestablecidos en aras de alcanzar los objetivos perseguidos; por tanto, no podrá el operador judicial lograr el análisis de los elementos probatorios allegados sin apoyarse en muchos casos en un dictamen pericial, pues es de éste, de donde obtendrá el concepto técnico y específico requerido que le permita analizar si para el caso examinado el profesional obró acorde a lo que la praxis médica exige o si por el contrario hay lugar a endilgarse responsabilidad. Solo con ese apoyo probatorio en lo que el dictamen pericial representa, hallará el mérito que le es exigido para poder fallar.

Autores como Solórzano (2011) con su artículo *La prueba pericial y su importancia dentro de los procesos por mala práctica médica*, en atención a que en efecto no podría llegar el juzgador a un fallo en un proceso de mala práctica médica sin que medie un dictamen pericial, refiere:

La importancia de este medio probatorio en los temas de responsabilidad médica es fundamental, ya que para que la conducta de un médico pueda ser valorada, y establecer si este actuó conforme a lo que establece la ley de ética médica, o la *lex artis*, necesariamente se requiere de un experto que en la calidad de perito determine si el médico actuó o no conforme a lo que ordena la ciencia médica, de allí que necesariamente se debe señalar que en procesos en donde se juzgue a un profesional médico, sin que exista perito médico, difícilmente se podrá concluir si éste es o no responsable. (Citado por Toro y Vásquez, 2016, p. 11)

Con el ánimo de permitir que se verifiquen dentro del proceso aquellos hechos que no sólo son de interés para el mismo, sino que además requieren de especiales conocimientos, el legislador dispuso en el artículo 226 y siguientes de la Ley 1564 de 2012 los presupuestos básicos en cuanto a la procedencia, la aportación, contradicción y demás disposiciones procedimentales respecto al dictamen pericial, a su turno el Código de Procedimiento Administrativo lo trata en su articulado 218 a 222.

2.1.9 LA HISTORIA CLÍNICA

2.1.9.1 CONCEPTO

Como puede colegirse, la Historia Clínica comporta un documento pilar tanto como elemento de la relación médico – paciente, así como medio de prueba cuando se está frente a un proceso por responsabilidad por acto médico, de allí que se convierte en un aspecto clave para el tema estudiado.

La legislación colombiana, en la Ley 23 de 1981 que dicta las normas en materia médica, ha definido la historia clínica como: “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley” (Ley 23, art 34, 1981)

A su turno, la Resolución 1995 de 1999, la reseña como:

La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente,

los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley (Res. 1995, art 1, 1999)

Como se evidencia, la historia clínica junto a los demás exámenes, documentos y anexos que la conforman son de vital importancia como quiera que es allí donde se refleja el enrutamiento y dirección que el profesional ha dado a un paciente una vez examinado y diagnosticado conforme a las condiciones iniciales del mismo, es así como sin dejar de lado el carácter privado y de reserva que comporta la historia clínica, debe atenderse a su importancia tanto institucional en lo que respecta a seguimiento de procesos, adhesión a protocolos y evidencia de archivo, como a evidencia clínica y científica en sí misma, seguimiento de casos e información médica relevante clínica y epidemiológica.

2.1.9.2 GENERALIDADES Y CARÁCTERÍSTICAS

Al emanar tanta importancia de éste documento, es entendible la rigurosidad que es exigible al personal que está a cargo de su diligenciamiento, seguimiento y custodia, en Colombia, el Ministerio de Salud a través de la Resolución 1995 de 1999 ha fijado los criterios a tener en cuenta en todo lo concerniente a historia clínica, en la normatividad aludida en su artículo 3° se referencian las características que debe reunir el precitado documento, tales como: i) integralidad: debiendo llevarse un registro completo y detallado desde todos los aspectos, sociales, psíquicos, científicos, técnicos y demás que tengan que ver con el paciente y todas las fases de su tratamiento desde que consulta por primera vez, así como a medida que se surte la atención por él requerida, ii) secuencialidad: como se mencionó, la historia clínica vista como expediente del paciente, debe reunir y cumplir con todas las exigencias desde el punto de vista archivístico, por tanto se requiere que en ella queden consignados todos los detalles de cada una de las atenciones con una estricta e inviolable secuencia cronológica, iii) racionalidad científica: entendida ésta como la

aplicación de todos los criterios científicos en los registros de la actividad y seguimiento hecho a un paciente durante las distintas fases de su atención, y finalmente iv) disponibilidad: toda vez que la historia clínica como expediente debe estar abierto a la posibilidad de requerirse en cualquier momento, y así debe atenderse salvo las restricciones y limitaciones legalmente instituidas.

En efecto, en materia de generalidades cabe aclarar que normativamente se exige de los profesionales de la salud y de todo aquel que en razón a las actividades que desarrolla, que adicionalmente al ceñimiento a las características enlistadas previamente, se diligencie la historia clínica de una manera completa, absolutamente clara y legible, en donde se registren plenamente todos los pormenores de cada atención clínica realizada al paciente sin ningún tipo de tachón, borrón o enmendadura, previendo no dejar espacios en blanco, ni utilizar siglas o abreviaturas, adicionalmente se exige que cada una de las atenciones dejen un registro escrito de la fecha y hora de la atención realizada, así como la identificación de forma clara de la persona que realiza la atención, quedando constancia de su nombre, firma, registro médico y sello profesional.

En atención a la problemática trabajada en la presente investigación, empieza a manifestarse la importancia que cobra la Historia clínica como “testigo documental”, si se quiere, de todo lo que puede comportar el acto médico y la relación de un profesional con su paciente, de allí que su debido diligenciamiento y el cumplimiento de los requisitos esenciales en la materia permitirá con facilidad lograr determinar la correcta praxis, la diligencia y el cuidado exigidos al profesional en su proceder; contrario censu, de faltar alguna de éstas características básicas, la historia clínica pasará a convertirse en la más grande herramienta en contra del profesional, en palabras del profesor Vásquez “Una buena historia clínica es la mejor defensa para el profesional de la salud pero... sin el cumplimiento de los mandatos legales puede ser la más eficaz pieza condenatoria”. (Citado por Buitrago, 2016, p. 3).

2.1.9.3 *MARCO JURÍDICO*

La reglamentación en lo atinente a la Historia Clínica, la ha dispuesto la legislación colombiana en la Resolución número 1995 de 1999 del Ministerio de Salud que establece las normas para el manejo de la Historia Clínica, allí se fijan los lineamientos para su correcto diligenciamiento, las características que debe reunir y la manera como debe organizarse y disponerse.

En igual sentido la Ley 23 de 1981, que dicta las normas en cuanto a ética médica, hace algunos señalamientos en cuanto a la obligatoriedad y exigencias de diligenciamiento de la historia clínica.

Aunado a lo anterior, y en atención a la obligatoriedad en darle un manejo adecuado en lo que a archivo y disponibilidad de la historia se refiere, la Resolución 001715 de 2015 modificó con su artículo 2° el artículo 15 de la Resolución 1995 de 1999, estipulando en materia de Retención y Conservación de las Historias Clínicas:

Artículo 2°. Modificar el artículo 15 de la Resolución 1995 de 1999, el cual quedará de la siguiente manera: "Artículo 15. Retención y tiempo de conservación. La historia clínica debe conservarse por un periodo mínimo de diez (10) años, contados a partir de la fecha de la última atención. Mínimo tres (3) años en el archivo de gestión del prestador de servicios de salud, y mínimo siete (7) años en el archivo central. Una vez transcurrido el término de conservación, la historia clínica podrá destruirse. (Res. 1715, art. 2, 2005)

Así mismo, la Ley 594 de 2000 por la cual se dicta la Ley General de Archivos, respecto a la gestión de documentos, dispone:

De los documentos contables, notariales y otros. El Ministerio de la Cultura, a través del Archivo General de la Nación y el del sector correspondiente, de conformidad con las normas aplicables, reglamentarán lo relacionado con los tiempos de retención documental, organización y conservación de las historias clínicas, historias laborales, documentos contables y documentos notariales. Así mismo, se reglamentará lo atinente a los documentos producidos por las entidades privadas que presten servicios públicos (Ley 594, art. 25, 2000)

Desde el 2014, con la expedición de la Ley 1438 de 2011, paso a ser exigido de carácter obligatorio el uso de la historia clínica electrónica,: “Articulación Del Sistema De Información: (...) Parágrafo Transitorio. La historia clínica única electrónica será de obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013, ésta tendrá plena validez probatoria” (Ley 1438, art 112, parágrafo, 2011)

No significando lo anterior que las características, exigencias o validez probatoria de la Historia Clínica como tal, se hayan diezmado o modificado, adicionalmente los anexos y demás documentación que compone el expediente del paciente y que se lleva o debe llevarse en físico, continua manejándose de la misma manera, siguiendo los preceptos legales ya referidos, e integrando las regulaciones que en materia de documentos electrónicos y mensajes de datos emite la Ley 527 de 1999, como quiera que es ésta la que reglamenta lo referente al acceso y uso de mensajes de datos, entre otras disposiciones.

Siendo el anterior, el marco más significativo en lo que respecta a la regulación en materia de diligenciamiento, gestión y manejo de la historia clínica.

2.1.9.4 VALOR PROBATORIO

Como se ha venido señalando, la Historia clínica comporta un amplio valor probatorio como quiera que el historial central y sus anexos componen el expediente clínico del paciente y es éste por excelencia el medio de prueba documental más relevante en el momento de dirimir una controversia por acto médico.

Debe señalarse, que aunque con la ley 1438 de 2014 se establece de manera obligatoria la historia clínica electrónica, sus alcances y validez probatoria se mantienen, como se lee en la parte final del párrafo transitorio del artículo 112 ibídem “esta tendrá plena validez probatoria”, en ese sentido lo manifiesta el Ministerio de Salud y Protección Social en concepto emitido en el 2015, donde frente al tema señala basado en el concepto técnico emitido por la Oficina de tecnología de la información y comunicación del ministerio, que la validez de la historia clínica se mantiene, siendo pertinente tener presente regulaciones como:

La circular externa 1 de 2015 del Archivo General de la Nación, donde se establece:

El alcance de la expresión: “cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta” hace recomendaciones relacionadas con los medios técnicos, la reproducción exacta y la disposición final de la información cuando se implementen procesos tecnológicos para administrar la información, o las entidades deseen utilizarlos en cumplimiento de otras normas legales, en los cuales se utilicen las expresiones: cualquier medio técnico adecuado, cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta, o expresiones similares (Circ. Externa 001, 2015, p.1)

Siendo importante recoger, que cuando se trate de historia clínica electrónica será imperioso que se garantice su reproducción y disposición, tan como lo señala la normatividad.

Respecto a la validez probatoria de los documentos electrónicos o mensajes de datos la Ley 527 de 1999, dispone:

Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original (Ley 527, art 10, 1999)

En el mismo sentido, el Código General del Proceso frente a la valoración de los mensajes de datos, señala:

Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos (Ley 1564, art. 247, 2012)

2.1.9.5 CONSENTIMIENTO INFORMADO

La doctrina contempla el consentimiento informado en lo que refiere a práctica médica, como: “el procedimiento médico formal cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente” (Ministerio de la Protección Social., 2009), en Colombia, los lineamientos respectivos los da el Ministerio de Salud y Protección Social, quien ha destacado como los elementos constitutivos del consentimiento informado, los siguientes:

- Voluntariedad: acto mediante el cual un individuo libre ejerce su autodeterminación al autorizar cualquier intervención médica para sí mismo, en forma de medidas preventivas, de tratamiento, de rehabilitación o de participación en una investigación.

- Información en cantidad suficiente: sólo la reflexión basada en la relación que se ha establecido con un paciente en particular nos permitirá establecer cuáles son las necesidades reales de conocimiento del paciente respecto a su patología. La comunicación de la verdad en medicina constituye un imperativo ético, pero la determinación de la oportunidad de su comunicación sigue siendo un juicio clínico. La información que debe darse a un paciente determinado ha de entenderse como un proceso evolutivo, no como un acto clínico aislado dándole al enfermo la opción de escoger. Esto deberá adaptarse a la situación particular de cada paciente.

- Información con calidad suficiente: se considera que existen dos aspectos que pueden alterar la calidad de la información. La primera de carácter objetivo y se origina en el médico, la segunda es de carácter subjetivo y se origina en el paciente como receptor de la información. La información debe ser provista usando un lenguaje inteligible para el paciente, esto es de acuerdo a su nivel cultural y sus posibilidades de comprensión.

- Competencia: según la teoría del consentimiento informado, solo los pacientes competentes tienen el derecho ético y legal de aceptar o rechazar un procedimiento propuesto, o sea de otorgar o no el consentimiento. La

competencia se define como “la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores” (Ministerio de la Protección Social., 2017).

La Resolución 1995 de 1999 le da al consentimiento informado la categoría de anexo, cuando contempla:

ANEXOS. Son todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, tales como: autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), procedimientos, autorización para necropsia, declaración de retiro voluntario y demás documentos que las instituciones prestadoras consideren pertinentes (Res. 1995, art 11, 1999)

El Ministerio de Salud señala como base jurisprudencial del instrumento que representa el consentimiento informado, lo señalado por la Corte Constitucional , que sostuvo “toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de Derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional” (C.C., T 401 de 1994)

Así las cosas, el consentimiento informado sin lugar a dudas es uno, sino el más importante de los anexos de la historia clínica, pues es en él que queda reflejado el primer acto importante de comunicación que debe darse entre el profesional y el paciente una vez se ha iniciado la relación médica, en él debe condensarse toda la información relevante para el

paciente como su diagnóstico, que tratamiento se propone, que implica, como se ejecuta, que riesgos tiene, que otras alternativas existen de tratamiento, y que sucede si no se toma la propuesta médica dada, todo esto bajo un lenguaje claro y asequible que permita al paciente informarse en debida forma de su condición, sus alternativas y que se pretende realizar para que de una manera libre, informada y esporádica proceda a autorizar o a rechazar la intervención médica que se prevé, este acto, tal como se tratará más adelante, pesa en gran medida sobre los efectos de la problemática analizada con la presente investigación.

2.2 MARCO CONCEPTUAL

ACTO MÉDICO: Es una forma especial de relación entre personas, que surge en el momento en el cual, una persona afligida por su estado de salud –paciente–, acude a una segunda –médico– para que con base en sus conocimientos y técnicas la restablezca al estado en que se encontraba; el médico, por su parte, deberá orientar todos sus esfuerzos para lograr este objetivo, convirtiendo en acto médico toda acción o disposición que este realiza en el ejercicio de su profesión durante el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico así como los que se deriven directamente de éstos. (Rivera, 2014, p. 128)

DAÑO: Lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso un valor tutelado por el ordenamiento jurídico. (Leal, 2015, p. 128)

DAÑO ANTIJURÍDICO: Corresponde a la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno. (C.E., Sección Tercera. Proceso 35298, 2016)

FALLA EN EL SERVICIO: Es el título de imputación de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, inmerso dentro de este Régimen de Responsabilidad

Subjetiva, distingue la doctrina y la jurisprudencia la Falla del Servicio como el sistema común de responsabilidad estatal, que comporta “acciones u omisiones que se predica de la administración y que en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado”, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración generadoras de perjuicios, se han convertido en el criterio usual de responsabilidad administrativa.

HISTORIA CLÍNICA: Documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. (Ley 23, art 34, 1981)

MEDIO DE PRUEBA: Son los elementos o instrumentos que se utilizan dentro del proceso para convencer al juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el mismo. (Meneses, 2014, p. 49)

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro.... No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella.... Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño. (Irrisarri, 2000, p. 21)

RESPONSABILIDAD MÉDICA: Es la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y cuidados adecuados en la asistencia al paciente, pudiendo adquirir a veces relevancia jurídica.

MEDIOS :

1. Defectuoso examen del paciente.
2. Errores groseros de diagnóstico y tratamiento.

3. Daños causados por el uso indebido (o mal estado) de cosas (aparatos e instrumental) y medicamentos.
4. Omisión de pautas esenciales para el diagnóstico de una enfermedad.
5. Falta de control hacia los auxiliares del médico y los daños que los mismos culposamente puedan ocasionar. (Ponce, mensaje en un blog, 2018)

RESPONSABILIDAD: Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo y en ocasiones especiales por otro la pérdida causada, mal inferido o daño causado. (Enciclopedia Jurídica, página web, 2014)

VALOR PROBATORIO: Comporta las características que debe reunir un medio de prueba para que al ser aportado al proceso sirva como instrumento de convicción para el juez, en tanto que sí representa los hechos que se le atribuyen y no otros diferentes, situación que se traducirá en términos de derecho probatorio en la Eficacia del medio de prueba, principio fundamental para su valoración.

2.3 MARCO JURÍDICO

Teniendo de presente las diferentes aristas que conforman el todo del tema aquí analizado, es importante señalar como marco de referencia:

2.3.1 NORMAS INTERNACIONALES

Como quiera que la presente investigación centra sus análisis en la Responsabilidad por Acto Médico, y que como se estableció, hablar de responsabilidad lleva implícito una reparación por un daño causado a otro con ocasión de una actividad desplegada, es pertinente hacer en este punto un análisis respecto de los deberes generales que exige la praxis médica.

En el contexto internacional, es válido acudir en primera instancia a las Convenciones sobre Derechos Humanos, en tanto la base jurídica de la mayor, sino la totalidad de las figuras e instituciones en derecho gira en torno al concepto, relevancia y respeto de la dignidad humana, no siendo la temática aquí desarrollada la excepción.

Así las cosas, respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, debe indicarse que al ratificarse que la carta reafirma sus disposiciones resaltando la preponderancia de la dignidad humana, aplica como referente normativo de un lado las disposiciones del artículo 3° en cuanto evoca el derecho a la vida inherente a todos los seres humanos, y de otro lo normado en el artículo 22 en lo atinente al derecho a la seguridad social, campo en el que se tiene la atención en salud, del cual deviene la actividad médica y por ende el acto médico, eje central del tema analizado con el presente trabajo, así las Naciones Unidas en la precitada Declaración señalan:

Artículo 3 Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona

Artículo 22 Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (énfasis fuera de texto) (Organización de las Naciones Unidas, ONU, art, 3 y art 22,1948)

Lo propio hace la Organización de Estados Americanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), donde se ratifica la importancia del

respeto por la vida y la dignidad humana, lineamientos a tener en cuenta por todas las personas independientemente de la labor u actividad que ejerzan, y por ende se convierten en preceptos de especial importancia para la aplicación del profesional de salud, no visto dentro de la esfera del médico, sino como persona obligada a observar y aplicar lo allí señalado con las demás personas con quienes trate, quienes en algún momento adicionalmente ostentarán frente a él la calidad de pacientes.

De la Convención es importante citar lo dispuesto en sus artículos 4° y 5 que señalan:

Artículo 4. Derecho a la Vida:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (énfasis fuera de texto)

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (énfasis fuera de texto) (Organización de Estados Americanos, OEA, art. 4 y 5, 1969)

En materia de Seguridad Social, y vista la Salud inmersa dentro de esa prestación, el Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratifica en su artículo noveno: “Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.” (ONU, 1966)

En igual sentido, los preceptos del artículo 12 ibídem, frente al aspecto netamente de salud, regulan:

Artículo 12:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. (ONU, art, 12, 1966)

Siendo esos precitados lineamientos, regulados por lo dispuesto por el Comité Económico y Social de las Naciones Unidas mediante el Concepto General 14 de 2000: “Cuestiones Sustantivas Que Se Plantean En La Aplicación Del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales Observación General N° 14 (2000) El Derecho Al Disfrute Del Más Alto Nivel Posible De Salud”.

Ya entrando en los tópicos propios de la materia médica, es oportuno revisar la Declaración de Ginebra en donde la Asociación Médica Mundial acuerda los preceptos base de la praxis médica, mismos que han sido recogidos en atención a la estructura del Juramento Hipocrático que representan, de ahí la importancia respecto a los cimientos éticos y de comportamiento que sientan en el personal médico, puesto que dispone:

Al integrarme como miembro de la comunidad médica, juro solemnemente:

- consagrar mi vida al servicio de la humanidad;
- tratar con respeto y gratitud a mis maestros;
- cumplir mi deber profesional a conciencia y con dignidad;
- preocuparme ante todo por la salud de mis pacientes;
- guardar los secretos que me fueran confiados por el paciente, aun después de su muerte; mantener por todos los medios que están a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;
- tratar a mis colegas como hermanos;
- no permitir que circunstancias vinculadas con la edad, el estado de salud, el credo, el origen étnico, el sexo, la nacionalidad, las convicciones políticas, la orientación sexual o la posición social me impidan el cumplimiento de mi deber para con el paciente;
- mantener el mayor respeto por la vida humana desde sus comienzos, aun bajo amenazas, y no utilizar los conocimientos médicos en contra de las leyes de la humanidad.

Hago estas solemnes promesas libremente, y juro cumplirlas por mi honor
(ONU, 2000)

Bajo esos lineamientos, la Asociación Médica Mundial –AMM-, emite el Código Internacional de Ética Médica, en donde se dan los lineamientos generales respecto a deberes de los galenos, citando para el caso estudiado lo dispuesto respecto de:

DEBERES DE LOS MEDICOS EN GENERAL:

EL MEDICO DEBE mantener siempre el más alto nivel de conducta profesional.

EL MEDICO DEBE, en todos los tipos de práctica médica, dedicarse a proporcionar un servicio médico competente, con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana.

DEBERES DE LOS MEDICOS HACIA LOS ENFERMOS:

EL MEDICO DEBE recordar siempre la obligación de preservar la vida humana.

EL MEDICO DEBE a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.

EL MEDICO DEBE guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.

EL MEDICO DEBE prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención (Asociación Médica Mundial, AMM, 1994)

Como quiera que la ciencia médica tiene un amplio alcance y ámbito de aplicación, es válido citar también los criterios emitidos por la UNESCO en materia de Bioética relacionados con derechos humanos, como quiera que dentro de la actividad médica, en algunas ocasiones se requiere hacer uso de procedimientos que tocan el campo de la bioética en lo atinente a las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, en atención a su desarrollo, implicaciones u aportes, en atención a ello el artículo 3° de la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dispone:

Artículo 3 – Dignidad humana y derechos humanos:

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad (ONU, art 3, 2005)

En igual sentido, al entender que la actividad médica parte de una relación entre el profesional y el paciente, es imperioso mantener en todo momento un acto de comunicación oportuno, claro y completo, que permita al paciente entender su condición de salud, las medidas que se requieren tomar y los protocolos que deberán adaptarse y ejecutarse, con esta información, el paciente podrá ejercer su derecho de autonomía para tomar sobre él y su salud las decisiones que considere pertinentes, en ese sentido el artículo 5° de la precitada Declaración aduce:

Artículo 5 – Autonomía y responsabilidad individual:

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses (ONU, art, 5, 2005)

De lo anterior deviene, la obligatoriedad de informar en todo acto y momento cada una de las acciones y decisiones que componen la relación médico – paciente, siendo requisito sine qua non el diligenciamiento de un consentimiento informado que obre como constancia de ese acto de comunicación entre las partes, y como manifestación de la voluntad del paciente sobre

los procedimientos que se le realizan como parte de su tratamiento, en ese sentido lo señala el artículo 6° *ibídem*:

Artículo 6 – Consentimiento

1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.
2. La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.
3. En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deberían sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona (ONU, art. 6, 2005)

De lo anteriormente expuesto, se evidencia que la normatividad internacional brinda unos lineamientos amplios y generales en lo atinente a la actividad médica y al deber ser de su praxis, desde una óptica de índole subjetiva, no obstante son aquellos mínimos los que recoge la legislación colombiana a la hora de emitir las directrices en materia de ética médica, mismas que son analizadas a la hora de contrastar si en efecto se está frente a una deficiencia en el proceder del profesional en los casos de Responsabilidad por Acto Médico.

2.3.2 CONSTITUCION POLÍTICA

Una vez analizado el marco internacional respecto a las garantías observables del profesional de la salud hacia el paciente visto éste desde su dimensión como ser humano, y los lineamientos éticos de la práctica médica, es oportuno analizar el marco constitucional con especial énfasis desde la esfera de la responsabilidad extracontractual, y los principios aplicables a la función pública, siendo este otro importante aspecto a abordar.

Inicialmente y como se adujo en su oportunidad, es imperioso señalar que toda actividad del Estado obedece a la consecución de sus fines, buscando asegurar la satisfacción del interés general, para la temática aquí desarrollada cabe resaltar del artículo 2° superior, el servir a la comunidad como precepto rector en materia de función administrativa y por ende de la ejecución de la actividad desplegada por los distintos órganos estatales:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (C.P., art. 2, 1991)

En igual sentido, es pertinente señalar la importancia del artículo 209 constitucional, como quiera que fija los principios que deben regir la función pública, y teniendo de presente que para la situación acá investigada se evaluará el desempeño de funcionarios públicos y entidades estatales es propicio citarlos:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (C.P., art. 209, 1991)

De otro lado, se tiene que la Carta Política regla en el artículo 90 los preceptos en materia de responsabilidad patrimonial:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (C.P., art. 90, 1991)

Con referencia en lo anterior, se efectuará el análisis de la temática aquí trabajada desde la perspectiva constitucional.

2.3.3 LEYES ESTATUTARIAS

Dentro de éste tópico, se tiene que la Ley 1751 de 2015 Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud, es sin duda un pilar muy importante dentro de las regulaciones marco del presente trabajo de investigación.

Toda vez, que en ella no sólo se están garantizando y regulando los mínimos frente a las garantías respecto a la salud, sino que también se hace alusión a derechos y deberes tanto de profesionales como de los pacientes, situación que sin duda es convergente al tema que se analiza dentro del presente escrito.

2.3.4 LEYES ORDINARIAS

Otro marco de referencia lo brinda lo estipulado en la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas de ética médica, en todo lo atinente a los mínimos exigibles en cuanto a comportamiento de los galenos en su praxis médica, haciendo énfasis en los deberes exigidos al profesional, los mínimos de la relación médico- paciente, así como lo relativo a historia clínica y consentimiento informado.

Frente a la conservación de las historias clínicas, en términos de archivística y gestión de documentos, se debe observar lo señalado en la Ley General de Archivos:

De los documentos contables, notariales y otros. El Ministerio de la Cultura, a través del Archivo General de la Nación y el del sector correspondiente, de conformidad con las normas aplicables, reglamentarán lo relacionado con los tiempos de retención documental, organización y conservación de las historias clínicas, historias laborales, documentos contables y documentos notariales. Así mismo, se reglamentará lo atinente a los documentos producidos por las entidades privadas que presten servicios públicos (Ley 594, art. 25, 2000)

En lo que respecta a la Historia Clínica Electrónica, debe tenerse de presente lo normado en el párrafo transitorio del artículo 112 de la Ley 1438 de 2014 Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, en donde se determinó la obligatoriedad frente a la implementación y uso de la historia clínica en medio digital u electrónico: “Articulación Del Sistema De Información: (...) Parágrafo Transitorio. La historia clínica única electrónica será de obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013, ésta tendrá plena validez probatoria” (Ley 1438, art. 112, 2014)

Así mismo, concatenada a la disposición anterior deberá observarse en lo pertinente las disposiciones de la Ley 527 de 1999, -por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones-, frente al acceso y uso de los mensajes de datos.

En lo que respecta a los medios probatorios, y demás aspecto de índole procesal, debe tenerse de presente lo regulado para dicha materia en la Ley 1437 de 2014 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y de manera subsidiaria lo incorporado por la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso.

2.3.5 RESOLUCIONES

El marco normativo en este aspecto, implica tener en cuenta la Resolución 1995 de 1999, misma que establece las normas para el manejo de la Historia Clínica, en esta resolución se tendrán los lineamiento para poder decantar si existen para los casos analizados dentro de la presente investigación falencias respecto al diligenciamiento, el manejo o la disposición de la historia clínica, en cuyo caso no solo se traducirán dichos yerros en una contravención a lo normado, sino que adicionalmente servirán de evidencia frente a los objetivos del análisis aquí trazado.

En materia de retención y conservación de las Historias Clínicas, debe estarse a lo dispuesto en la Resolución 001715 de 2005 que modifica dicho tópico respecto de lo estipulado inicialmente en la Resolución 1995 de 1999.

2.3.6 PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

El referente jurídico de la presente investigación está determinado por los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en lo atinente a cada uno de los temas aquí analizados.

2.4 MARCO HISTÓRICO

Hasta antes de 1991 no se contaba en Colombia con un soporte normativo ni constitucional respecto a Responsabilidad Extracontractual del Estado, posteriormente, con la expedición de la Constitución Política se instituye en su artículo 90 lo que desde la doctrina y la jurisprudencia como la “cláusula general de responsabilidad” y es éste el marco rector para el análisis de los eventos en donde es factible reclamar al Estado indemnización por los daños antijurídicos que le sean imputables con ocasión a las actuaciones de sus agentes.

Ahora bien, una vez centrado el análisis en el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, bajo el referente histórico es propio señalar los cambios de regímenes como principal característica en el tópico de referencia.

Por tanto, puede observarse como la jurisprudencia de lo Contencioso ha venido modificando la teoría base en materia de regímenes de Responsabilidad Extracontractual, nutriendo así mismo la característica y análisis propios a surtir en cada caso, en tal sentido, se tiene que inicialmente se trabajó bajo un régimen de *Falla Probada*, pro en atención a las múltiples barreras que ello comportaba para los afectados en calidad de demandantes, se viró hacia un régimen de *falla inferida*, óptica bajo la cual no se tenían mayores exigencias probatorias como quiera que básicamente centraba su desarrollo en la premisa “las cosas hablan por sí solas”.

Posteriormente, hacia 1989 se empiezan a elaborar los avances jurisprudenciales de lo contencioso bajo los lineamientos de la Teoría del Régimen de la Falla Presunta, con el principal objetivo de equiparar las cargas entre las partes, de donde se tiene el desarrollo de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba como su más relevante aporte.

Finalmente, tras diversos avances y análisis, en el 2006 el Consejo de Estado decide retomar el régimen de *Falla Probada* como teoría jurídica base en el estudio de los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, manteniendo en el juez la potestad de solicitar de oficio los medios que considere pertinentes en aras de llegar a su total convencimiento sobre la situación fáctica bajo análisis, el argumento es equilibrar las complejidades que pueden emanar del acto médico y las dificultades probatorias que de allí puedan devenir, siendo éste el régimen y criterio que maneja actualmente la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

CAPÍTULO III

3. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1 ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El desarrollo de la presente investigación, pretende indagar las aplicaciones, deficiencias u omisiones que en materia de responsabilidad por acto médico se presentan dentro del sistema jurídico colombiano, por tanto, y como quiera que se basa en el conocimiento de la norma, así como de la jurisprudencia y la doctrina jurídica se tiene que el marco de referencia para este estudio es el propio de la **Investigación Jurídica**, con los enfoques y criterios que lo estructuran.

No obstante, es pertinente tener presente que la temática analizada requiere hacer un breve análisis de carácter socio jurídico, que deviene al analizar las conductas y situaciones propias de las dinámicas sociales que en materia de actividad médica sirven para determinar sus efectos jurídicos desde la perspectiva legal y económica.

No obviando, que ello implica un análisis acucioso de la **hermenéutica jurídica** de la sección tercera del Consejo de Estado, para dilucidar los métodos de interpretación y la aplicación de las normas existentes para el tema en estudio, y para dilucidar las principales reglas y subreglas que aplica la Sección en la resolución de éstos conflictos.

Motivo por el cual, se opta por un enfoque investigativo de corte **Histórico Hermenéutico** con un énfasis como se señaló anteriormente sociojurídico, erigiéndose así un tipo de investigación basado en el estudio de casos que se da al analizar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de donde se tomarán los criterios objetivos en lo que respecta a dificultades probatorias, al valor probatorio de la historia clínica para casos de responsabilidad extracontractual del Estado a título de falla en el servicio, y los efectos e implicaciones que ello conlleva como objeto de estudio.

3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Atendiendo a que con el desarrollo del presente trabajo se busca indagar acerca de la problemática entorno a la deficiencia de acreditación fáctica con base en la historia clínica, y no se tiene dentro de lo antecedentes de la temática otros estudios o investigaciones que manejen esta misma temática como referencia, se busca que con las observaciones que de este análisis se deriven, se contribuya a nutrir el estado del arte en lo que respecta a la Responsabilidad Por Acto Médico, por tanto el tipo de conocimiento que se pretende obtener con el desarrollo de la investigación es el correspondiente a una **Investigación Exploratoria**.

3.3 MÉTODO

Para el desarrollo de la presente investigación, en atención a que es una indagación netamente jurídica, se opta por una metodología teórica bajo la categoría de Análisis y Síntesis.

Bajo esta óptica, se realizará el análisis lógico disgregando el objeto de estudio en tres grandes grupos para de ésta forma poder analizar a profundidad sus elementos y características más relevantes para de esta manera construir en conjunto un concepto que sirva como respuesta a la hipótesis aquí planteada.

En tal sentido, se decidió trabajar un **Método Exegético y Sistemático** para la interpretación y aplicación de los marcos referenciales, la temática analizada y la Hermenéutica Jurídica de los casos a analizar.

Así, al efectuar un análisis sistemático de los ejes que componen la temática de éste trabajo, se puede entender cuál es la importancia de cada ítem y su nexos para conformar el escenario bajo el cual se realizarán los análisis planteados como objetivos de investigación.

Para lograr lo anterior, en una primera instancia se pretende determinar la incidencia que comporta la Historia Clínica en sus múltiples esferas (diligenciamiento, pertinencia, disposición, credibilidad) en la hermenéutica jurídica de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para determinar su valor probatorio y su relación con las condenas en contra del Estado Colombiano en los casos en que se evalúa su Responsabilidad Extracontractual a título de Falla en el Servicio, para ello se sistematizan, analizan e integran los resultados que contienen las decisiones de la precitada sección sobre el tema objeto de

estudio en la franja de tiempo comprendida entre 2014 y 2018, esto con el fin de dar cuenta de los efectos que genera el tema investigado para el Estado Colombiano.

3.4 ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO

En concordancia a la estructura metodológica presentada, se aborda el desarrollo de la presente investigación desde una perspectiva **Histórico – Hermenéutica**, realizando un análisis del contexto espacio temporal de la temática en estudio, así como de la interpretación que frente a cada uno de los tópicos trabajados ha realizado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, para poder desarrollar y alcanzar los objetivos planteados y resolver de esta manera el problema de investigación aquí trabajado.

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.5.1 FUENTES DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

El trabajo de investigación se desarrolla a partir del material jurídico obtenido de las siguientes fuentes:

PRIMARIAS: la información recolectada como marco jurídico en el presente estudio, y que comporta todo el soporte normativo del mismo, es decir las fuentes de derecho internacional, constitucional, y legislación tanto estatutaria, ordinaria, así como decretos, jurisprudencia y demás disposiciones relacionadas.

SECUNDARIAS: Esta fuente está compuesta por todo el desarrollo doctrinario que se ha dado en torno a los ejes temáticos que nutren esta investigación, teniéndose la literatura jurídica, artículos académicos, ensayos y conceptos atinentes.

TERCIARIAS: El desarrollo de la temática trabajada, implica para el desarrollo de los marcos de referencia trabajados citar conceptos que citan algunos de los autores consultados dentro las fuentes de información secundarias, motivo por el cual alguno de los conceptos trabajados se desarrollaran empleando como fuente el sistema de cita de cita.

3.5.2 TÈCNICAS DE ANÀLISIS DE LA INFORMACIÒN

En el mismo sentido, y teniendo como base las fuentes de información aquí trabajadas, puede señalarse que la presente investigación se desarrolla a partir de:

EL ANÁLISIS DE DOCUMENTOS: Para ello se recolectan y manejan los datos provenientes de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el periodo comprendido entre 2014 y 2018, donde se hayan dirimido conflictos de Responsabilidad Extracontractual por acto médico a título de falla en el servicio.

OBSERVACIÓN CASUAL: Se hace seguimiento particular sobre en cuales de los casos analizados la condena contra el Estado se da con base en una deficiencia en la historia clínica que se tradujo en una dificultad probatoria que llevo a la pérdida del caso objeto de la Litis.

3.6 FASES DE LA INVESTIGACIÓN

ARGUMENTATIVA:

1. Definición conceptual y delimitación teórica de los ejes temáticos de la investigación.
2. Análisis de la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el periodo comprendido entre 2014 y 2018, donde se hayan dirimido conflictos de Responsabilidad Extracontractual por acto médico a título de falla en el servicio.

ANALÍTICA:

1. Determinar los efectos jurídicos y económicos en el Estado Colombiano de las condenas proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado con soporte en el valor probatorio y la deficiente acreditación fáctica emanada de la Historia Clínica.
2. Juzgar qué incidencia tienen los hallazgos encontrados, en las dinámicas jurídico-procesales que en materia de Responsabilidad Extracontractual del Estado a título de Falla en el Servicio se surten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

CAPITULO IV

4. RESULTADOS DE INVESTIGACION

4.1 SECCIÓN I: CONCEPTOS RECIENTES MÁS DESTACADOS DENTRO DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DESDE LA DOCTRINA NACIONAL, LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Y EL DERECHO COMPARADO

4.1.1 LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: ASPECTOS RECIENTES MÁS RELEVANTES DE SU DESARROLLO DESDE LA DOCTRINA NACIONAL

Sin duda, el tema de la responsabilidad Extracontractual del Estado ha sido ampliamente estudiado por distintos doctrinantes en el ámbito nacional, por tanto, para efectos académicos de la presente investigación, en este acápite se abordarán en primera instancia las tesis desarrolladas por Gil (2013), quien ha sido uno de los autores que más aportes ha efectuado al tema en comento.

Así pues, en la obra que lleva por título *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, el precitado autor, realiza en primera media una introspección desde lo axiológico y lo deontológico del tema de la responsabilidad extracontractual, haciendo un análisis que permite valorar en primera instancia la Responsabilidad como i) concepto jurídico fundamental, ii) noción normativa, y iii) como sistema de responsabilidad.

Para ampliar la explicación en comento, cita la posición jurídica de Kelsen frente al tema en donde se colige que su postura obedece a ver la Responsabilidad como una obligación jurídica, al citar al autor Ross se evidencia que si bien se amplía un poco más el concepto, en tanto incluye al estudio de la Responsabilidad conceptos como el de culpabilidad y de sancionabilidad, como quiera que abarca la Responsabilidad desde dos grandes aristas: la Responsabilidad como exigibilidad es decir buscando que el individuo causal de la afección responda, y de otra lado la Responsabilidad como Sancionabilidad, pues entrará a sancionársele por lo cometido, no obstante, si bien es una tesis que amplía más los conceptos teóricos, se queda del todo corta pues no logra explicar otro aspecto relevante como lo es el de la Responsabilidad Objetiva.

Desde la óptica del autor Larrañaga, uno de las aproximaciones más completas al concepto de Responsabilidad, es la ofrecida por H. L.A. Hart,:

Como capitán del barco, X era *responsable* por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue *responsable* por la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy irresponsablemente y varios accidentes, que tuvo en su carrera demostraron que no era una persona *responsable*. El Capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió, fue encontrado responsable de la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente *responsable* por la muerte de muchas mujeres y niños (Citado por, Gil, 2013, p. 3)

Del anterior ejemplo el Gil (2013), extracta las acepciones que H.L.A. Hart le da al concepto de Responsabilidad presentándola como: Capacidad, como Factor Causal, como deberes y obligaciones derivados de un cargo o rol social y como sancionabilidad, conceptos que claramente han servido de base estructural para el desarrollo teórico en materia de Responsabilidad.

No obstante, se hace preciso ahondar en algunos aspectos más precisos en los cuales la doctrina ha enfocado sus más recientes avances, haciéndose imperioso realizar un balance en materia de Derecho Constitucional y Derecho de Responsabilidad, como quiera que es este, es decir el fenómeno de la Constitucionalización uno de los aspectos más relevantes en los últimos tiempos para el campo jurídico, su impacto y sus efectos respecto a las disposiciones, decisiones y dinámicas jurídicas son innegables, de modo tal que se procederá a hacer una referencia propia de dichos aspectos.

4.1.1.1 Aspectos Constitucionales

Como se precisaba en líneas precedentes, un aspecto tan transversal como central dentro del tema de la Responsabilidad lo comportan los Fundamentos Constitucionales, de modo tal que obedeciendo a la filosofía y axiología de la Carta Magna de 1991, la Responsabilidad Patrimonial del Estado comporta - tal como se lo impone el ordenamiento superior- el mismo marco rector basado los principios y valores que por disposición del constituyente tuvo todo el texto superior.

Así las cosas, al efectuarse un análisis de lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, debe hacerse un estudio más completo frente a los demás principios que soportan la estructura del precepto y la esencia misma de lo enunciado, tales como la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la justicia y demás pilares del Estado Social y Democrático de Derecho.

Otro aspecto a destacar, esta comportado desde su dimensión constitucional por el giro positivo y de gran impacto que implicó el concentrar el eje principal de la responsabilidad en la víctima directa o indirecta, en este aspecto el doctrinante analizado para este acápite, Gil (2013), en aras de decantar que tipo de daño es el indemnizable en escenarios donde se establezca la Responsabilidad del Estado, frente a este puente creciente y fortalecido generado entre la Constitución Política y el Derecho de Daños, señala:

En esta lógica y orden de pensamiento, existe una actual y permanente interacción entre la Constitución y el Derecho de Daños, relación que genera que las inveteradas categorías del perjuicio sean reexaminadas para dar paso a una tipología de daños que se acompañe con el constitucionalismo moderno o dúctil en los términos expresados por Zagrebelsky, perspectiva que incide en la

responsabilidad al concentrar el eje fundamental de ella en la víctima directa o indirecta (p. 205)

De modo tal, que es a la Constitucionalización en materia de Responsabilidad Extracontractual del Estado, que cuando al hablar indemnización de las consecuencias que en estos escenarios se deriven, se deba que el Operador Judicial logre con efectividad reparar el Derecho Constitucional afectado, pues se amplió la mirada y el concepto de reparación para abarcar el restablecimiento de Derechos Fundamentales, haciendo primar la dignidad humana, bajo parámetros de igualdad en la reparación (tanto en términos subjetivos como objetivos), en ese sentido lo resalta el Gil (2013), en su obra Constitucionalización del Derecho de Daños, cuando afirma:

De allí que resulta incuestionable la permanente comunicación que existe entre el orden superior constitucional y los sistemas legales de resarcimiento del daño, ya que aquel sirve de faro orientador o de baluarte a este para identificar no solo bienes jurídicos que son susceptibles de ser reparados, sino además para reestablecer criterio o criterios que de la mano del *arbitrio iudice* sirvan para delimitar el concepto de reparación integral (p. 81)

Sin duda alguna, la esfera del derecho de daños y lo que respecta a la Responsabilidad Extracontractual del Estado no han sido ajenos al fenómeno de Constitucionalización que ha modificado las perspectivas y aplicaciones del Derecho en sí, situación que va de la mano de la transformación de teorías y filosofías que conllevó al tránsito de un Estado de Derecho, de corte legalista a un Estado Social y Constitucional del Derecho de corte más democrático, solidario e igualitario.

Claramente, este giro hacia la Constitucionalización del Derecho de Daños, ha servido para que al analizar y decidir cualquier situación en el marco de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, primen los principios y valores más allá del simple cumplimiento de la norma, entendiendo dichos principios como esos “mandatos de optimización que determinan la mejor decisión posible de acuerdo con los presupuestos fácticos y jurídicos” (Gil, 2013, p. 81).

4.1.1.2 La Noción de Daño antijurídico

Tal y como se desglosó en el marco teórico de la presente investigación, de la mano de los desarrollos constitucionales se dio la implementación del concepto de daño antijurídico, noción que sin duda alguna modificó la manera de avizorar y manejar el concepto del perjuicio en materia de Responsabilidad Extracontractual.

Así las cosas, pasó de considerársele en su dimensión de obligatoriedad de resarcir el daño impetrado, añadiéndosele el concepto dentro del cual debe tenerse de presente que es aquel que la víctima no está en la obligación de soportar, tal como quedo instaurado en el artículo 90 de la Constitución Política, habida cuenta lo anterior, algunas tesis doctrinales hacen referencia a una inclinación hacia un sistema de responsabilidad objetivo, como quiera que en la definición contenida en el precitado artículo no es importante la presencia del elemento culpa para endilgar responsabilidad patrimonial al Estado.

Para el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional (C.C. Sentencia C 333, 1996), incluir este concepto de daño antijurídico, no sólo se presenta como uno de los avances conceptuales en materia de responsabilidad y de derecho de daños, sino que sincroniza de manera armónica con los principios y valores propios del modelo de Estado Colombiano, como quiera que permitir ampliar y evolucionar el concepto de daño a daño antijurídico,

permite que se extienda el efecto protector y de salvaguarda de derechos fundamentales que debe primar dentro de los fines y objetivos del Estado y sus instituciones.

Tesis abalada por el Consejo de Estado, quien a través de sus pronunciamientos judiciales (C.E., Sección Tercera. Proceso 22592, 2012), ha recalcado que el desarrollo de la noción del daño antijurídico propende por la custodia de los derechos e intereses jurídicos que por mandato constitucional y desarrollo legal se encuentran protegidos.

Por tanto, es válido citar el desarrollo del concepto de Daño Antijurídico como uno de los aspectos importantes dentro del desarrollo conceptual de la responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado.

4.1.1.3 *Derecho de Daños Versus Derecho de la Responsabilidad*

Otro concepto relevante para el tema materia de estudio en la presente investigación corresponde al Derecho de Daños.

Como se ha señalado previamente, y en múltiples oportunidades, la Responsabilidad o el Derecho de la Responsabilidad ha sido un tema ampliamente estudiado, que ha motivado diversos desarrollos y aportes, tanto académicos como doctrinales, a raíz de ello los juristas y estudiosos del tema concordaron en las limitaciones que traía consigo el concepto de Derecho de Responsabilidad en sí mismo, como por ejemplo las definiciones que abarcaba o los elementos que debían incluirse a la hora de establecer su imputación, lo cual conllevó a la búsqueda de un nuevo concepto que supliría las falencias detectadas.

Por tanto, obedeciendo a los aportes que influenciaron los cambios en las dinámicas del derecho, entendido lo anterior bajo la óptica del fenómeno de la constitucionalización del derecho, en materia de Derecho de Responsabilidad, se cambió el enfoque de juzgar la conducta del agente, a la preocupación por juzgar el daño propiamente dicho, en aras de establecer la ilicitud y su grado de afectación sobre la víctima.

De allí que, una vez centrada en la importancia de darle prevalencia al daño, sus causas y sus consecuencias, la doctrina evoluciona en otro concepto muy importante y es en la necesidad de reparar los daños causados, pero no en términos meramente pecuniarios o desde el plano de los daños materiales, sino que se empiezan a plantear tesis más profundas que coadyuvan a evolucionar el concepto de Derecho de Responsabilidad a lo que destaca la doctrina como *Era del Daño* bajo la noción de *Derecho de Daños*.

Concepto, que como se ha venido señalando abarca no solo la obligación de reparar el perjuicio infringido – como lo señalan las bases del concepto de Responsabilidad-, sino que además engloba lo relativo a la prevención, por supuesto la indemnización o reparación pero desde un plano más completo y garantista, así como “eventualmente la punición y el desmantelamiento del ilícito dañoso” (Pizarro y Vallespinos, citado en Cerutti, 2014, P.16). En tal sentido lo avala la doctrinante Cerutti (2014), al definir: “el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o sus bienes, fundado en distintas razones que el tiempo fue variando” (p. 49)

Y la misma autora, amplía el concepto añadiendo:

La nueva concepción el derecho de daños, perturba a la antijuricidad – a tal punto que puede ser derrotada como presupuesto-, al elemento subjetivo, a los

daños que se consideran indemnizables, en definitiva cual es, y donde se deriva el fundamento o la buena razón por la cual se debe responder. En esta nueva concepción, algunos autores ius privatistas ya no utilizan el término responsabilidad civil para referirse a la indemnización de los daños sino al Derecho de Daños por considerarlo más abarcativo (Cerutti, 2014, p. 16)

De tal suerte, que debido a la importancia del desarrollo conceptual antes expuesto, es necesario referenciar dentro del presente trabajo al *Derecho de Daños*, como uno de los avances relevantes dentro de la dogmática ius privatista en materia de Responsabilidad.

4.1.1.4 Otros aspectos relevantes

Como ha venido señalándose, el giro del concepto de Derecho de Responsabilidad, implicó un replanteamiento en lo que respecta a sus elementos estructurales, en tal sentido, la doctrina ubica el *daño* como *eje central de la Responsabilidad Patrimonial*, convirtiéndose tal y como lo expresa el Gil (2013) en el “presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo” (p.82), el origen fáctico se mantiene, en lo que respecta a actos lícitos e ilícitos como generadores del daño.

Otro factor que evolucionó, son las fuentes consideradoras del daño, pues de la mano de los primeros conceptos en materia de responsabilidad se tenía como fuente del perjuicio al hombre, -de allí el gran desarrollo de la teoría de la culpa-, posteriormente se le dio cabida a que también podrían existir cierto grupo de actividades que por lo que implica su ejecución o desarrollo son peligrosas en sí mismas, de modo tal que aparezca el concepto de *actividades riesgosas o peligrosas*, que han sido descritas por la doctrina como “una amplia gama de actividades que, a pesar de no ser ilícitas, despliegan un mayor potencial de daños a terceros”, (Castro, 2019), de allí que haya avanzado el criterio de imputación al validarse factores más allá de la culpa.

Las dinámicas entre el derecho constitucional y el derecho de daños, permitieron establecer en materia de Responsabilidad Extracontractual o patrimonial al *daño antijurídico* y la *imputación* como elementos configurativos, a si quedo instituido para el caso colombiano por mandato constitucional a través del artículo 90 superior.

La *igualdad frente a las cargas públicas*, es otro de los aspectos que pueden resaltarse dentro del desarrollo doctrinario de los conceptos frente a la Responsabilidad Extracontractual, al respecto y como se expuso en su momento desde el marco teórico de la presente investigación, se parte del principio de igualdad frente al deber de los ciudadanos de soportar las cargas públicas, pero una vez ésta equidad se rompe, y se le imponen a determinada persona cargas adicionales o extralimitadas frente a lo que los demás deben soportar, surge la posibilidad de reclamar ante el Estado la reparación de los perjuicios que por causa de dicha extralimitación hubiesen llegado a impetrársele al ciudadano, desde esta óptica se han dado avances en cuanto a la consolidación de los títulos de imputación objetiva en la responsabilidad del Estado.

Finalmente, es importante resaltar la *reparación integral*, como otro de los avances más destacados por la doctrina en términos indemnizatorios, como se adujo en líneas precedentes se propende por una visión más garantista, que haga prevalecer el respecto por la dignidad humana y el restablecimiento de derechos fundamentales buscando “reparar en su totalidad el daño irrogado sin limitarse al pago de una indemnización, criticando los perjuicios inmateriales que desconozcan los principios de igualdad y de dignidad humana, para darle paso a perjuicios estructurados directamente sobre derechos fundamentales” (Gil, 2013, p. 86).

4.1.2 ASPECTOS MÁS RECIENTES Y DESTACADOS EN LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

4.1.2.1 CONSEJO DE ESTADO

Los análisis jurisprudenciales que realiza el Gil (2013) en sus distintas obras en materia de Responsabilidad Extracontractual y el Derecho de Daños, permiten evidenciar que el máximo órgano de lo Contencioso ha venido resaltando y prevaleciendo en su jurisprudencia el innegable acercamiento entre el Derecho Constitucional y el Derecho de Responsabilidad. Bajo el concepto que el mismo autor cita desde extractos jurisprudenciales como “*Constitucionalización del derecho de Daños*” (p. 83).

Fruto de ese desarrollo conceptual, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha venido acogiendo los principales aspectos que se han descrito en el marco de la presente investigación, de ello da cuenta el concepto esbozado en la providencia de unificación de fecha 22 de abril de 2015, en donde el Alto Tribunal señala:

En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones

fácticas un determinado y exclusivo título de imputación (C.E., Sección Tercera. Proceso 19146, 2015).

Del anterior análisis, se hace notoria la constitucionalización presente en el Derecho de Daños, añadiendo a lo ya trabajado a lo largo del presente escrito, que en atención a la libertad normativa dejada por el constituyente respecto al título de imputación asociado a la Responsabilidad Extracontractual del Estado, la jurisdicción contenciosa en aras de facilitar el análisis y la decisión judicial en dichos eventos ha desarrollado la posibilidad de adoptar los distintos títulos de imputación –abordados en el marco teórico- para encausar la solución casuística cuando se requiera determinar la si existe obligación para el Estado de responder y reparar los perjuicios que por acciones a éste imputadas puedan reclamársele.

4.1.2.2 CORTE CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia Constitucional desarrolla la misma línea teórico -conceptual expuesta hasta ahora dentro del presente trabajo, no obstante como el desarrollo de éste capítulo busca resaltar los aspectos jurisprudenciales que resulten no sólo relevantes sino que además puedan complementar las nociones aquí integradas.

Por tanto, se hace preciso citar algunos de los conceptos abordados por el Tribunal Constitucional (Sentencia T 158, 2018), para alimentar el marco teórico sustrato de éste trabajo de investigación. En primera instancia, la Corte pone si se quiere límites respecto a lo que puede llegar a reclamarse como daño, en tal sentido expresa “ Es importante resaltar que no cualquier daño genera responsabilidad civil extracontractual, ya que el derecho sólo protege algunos intereses, en esa medida el daño debe estar protegido jurídicamente” (C.C., T 158 2018)

De otro lado, recalca las otras finalidades que se han venido aduciendo al Derecho de Responsabilidad, en cuanto señala:

Asimismo, el régimen de responsabilidad civil extracontractual tiene una finalidad adicional a su carácter indemnizatorio por el daño causado, ya que adicionalmente constituye el medio por el cual el Estado busca reducir las conductas consideradas indeseable, en nombre de la comunidad, en consecuencia también funciona como un medio de control social para regular el comportamiento (C.C., T 158 2018)

4.1.2.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Esta Corporación, emite sus conceptos respecto a temas de Responsabilidad, y más exactamente en lo que atañe a la Responsabilidad Extracontractual en el sentido que ya ampliamente se ha venido reseñando, acorde a los preceptos constitucionales y a las tesis que concuerdan con la doctrina y con la hermenéutica de sus homólogos Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Sin embargo, al realizar un balance de la Jurisprudencia en materia de Responsabilidad Médica, y atendiendo a que es justamente ese el eje central del presente trabajo, vale la pena resaltar lo citado por el máximo tribunal de la justicia ordinaria frente al tema probatorio, así:

No pueden existir reglas determinadas para evaluar las pruebas en un caso de responsabilidad médica, pues los jueces deben valorar los elementos probatorios que tienen a su disposición a partir de las reglas de la sana crítica, las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia y la lógica, y mediante procesos racionales que flexibilicen el rigor de la carga de la prueba (C.S.J. Sala Civil. Proceso 04201, 2010)

Criterio, que concuerda con las disposiciones ante lo contencioso en donde también se le faculta al Juez para optar por la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos que así lo estime pertinente y necesario, tema en donde la Corte Suprema de Justicia concluye: “(i) la responsabilidad médica se deriva de la culpa probada; (ii) todas las partes del proceso deben asumir el compromiso de brindar todas las pruebas atendiendo a la posibilidad real de hacerlo” (C.S.J., 2014).

Finalmente, y respecto al tema netamente probatorio, la Corte en la ya plurinombrada providencia (Proceso 04201, 2010), hace énfasis en la importancia de que el operador judicial pueda solicitar de oficio las pruebas que así lo estime, o se apoye como se citó previamente en la facultad de la carga dinámica de la prueba para que con ello pueda proveerse de todos los medios probatorios que puedan llevarlo a la certeza jurídica en sus decisiones, evaluando el acto médico en conjunto y no por el resultado de un único instante o momento clínico, y dándole la prioridad debida a elementos primordiales como la *Historia Clínica*:

En este sentido los actos médicos no pueden evaluarse respecto de un solo instante, limitarse a un lapso específico o reducirse a una conducta simple y exclusiva, pues la atención médica se desarrolla en diferentes momentos propios de la dinámica de la enfermedad y en búsqueda de la atención adecuada de quien la padece. Por consiguiente, es necesario evaluar diferentes elementos en conjunto, por ejemplo, la elaboración de la historia clínica, la formulación del diagnóstico y del tratamiento a seguir, entre otras (C.S.J. Sala Civil. Proceso 04201, 2010)

4.1.3 ASPECTOS RELEVANTES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DESDE EL DERECHO COMPARADO

Aunque cada sistema jurídico da una caracterización independiente respecto de cada uno de sus elementos, o los disgrega según sus dinámicas sociojurídicas, debe resaltarse que la base teórica y conceptual se mantiene homogénea para los sistemas jurídicos analizados dentro del capítulo en desarrollo, y que en suma se avizoran más similitudes que diferencias.

4.1.3.1 PRINCIPALES ASPECTOS EN EL DESARROLLO TEORICO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LATINOAMERICA. SIMILITUDES O DIFERENCIAS CON EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

4.1.3.1.1 ARGENTINA

La doctrina Argentina, da cuenta de cómo en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado, el derecho de éste país no fue ajeno a la realidad vivida por otros sistemas jurídicos, de allí que antes de 1930 no se concebía condenar al Estado por ningún motivo, esto bajo el argumento del “*principio de la inmunidad soberana*” (Perrino, 1998), y sólo hasta 1933 la Jurisprudencia argentina empezó paulatinamente a reconocer que el Estado podía ser declarado responsable en algunas situaciones.

Ahora bien, en el contexto estructural del concepto, la doctrina argentina hace referencia a títulos de imputación y a elementos integrantes de la responsabilidad similares a los ya conocidos en el Derecho Colombiano, así mismo manejan los criterios de prestación irregular o falla en el servicio cuando se trata de establecer el comportamiento omisivo o irregular en el proceder del Estado.

Sin embargo, es importante señalar algunas diferencias importantes, una de ellas la resume el autor Perrino (1998), en su descripción de la regulación de la responsabilidad, en dicha referencia el autor enfatiza en el crucial papel de la estructura del Estado Argentino, pues al ser esta de carácter federal, la manera de legislar e impartir justicia es disímil a la colombiana.

De allí que, Argentina goza de una organización federada, y su legislación ha precisado que las provincias estén facultadas para regular aspectos puntuales como por ejemplo los de responsabilidad estatal, tal y como lo argumenta “Como consecuencia del régimen federal adoptado por el constituyente (Art. 1° de la Constitución Nacional), en cuyo mérito las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación (Art. 121 de la Constitución Nacional), el derecho administrativo en nuestro país es de naturaleza local.” (Perrino, 1998).

Si bien es una diferencia notoria frente al caso colombiano, las disposiciones bajo las cuales deben estar soportados los análisis y decisiones judiciales si comportan coincidencias con el sistema jurídico nacional, de modo tal que se apoyan en lo normado en sus constituciones –provinciales para este caso-, las leyes administrativas que apliquen para el caso, en tal sentido a manera de ejemplo pueden citarse: las de contratación administrativa, las de limitaciones administrativas a la propiedad, las que determinan la responsabilidad estatal por error judicial.

Otros autores, como Vivas (2017), realizan una puntual reseña, para permitir referenciar el proceso doctrinario y jurisprudencial que ha surtido el sistema jurídico argentino para poder deshacer la marcada división operante en ese país, al considerar diametralmente distintas la responsabilidad contractual y la extracontractual. Así, refiere el autor que el considerarse al daño como eje central de la responsabilidad civil –aspecto también tratado y aplicado en el derecho de responsabilidad en Colombia-, se permitió virar los criterios que hacían ver ambas responsabilidades como conceptos independientes, pues en palabras del

doctrinante “carece de sentido que la reparación de perjuicios que son idénticos esté sujeta a un régimen distinto según que ese daño resulte del incumplimiento de una obligación o de la violación del deber general de no dañar” (Vivas, 2017).

En un inicio, el derecho argentino mantuvo la tesis de dar un tratamiento diferenciado a ambas responsabilidades, bajo el argumento que la Responsabilidad Contractual buscaba el amparo únicamente de los intereses de las partes, en atención a los derechos relativos derivados de las obligaciones, mientras que la Responsabilidad Extracontractual propendía por la defensa de derechos absolutos, como quiera que operaba al vulnerarse algún mandato legal, y se entraba a comprometer el interés general.

No obstante, se gestaron desde la doctrina iniciativas en aras de propiciar las reformas que fueran pertinentes para unificar los sistemas de responsabilidad, el primer gran criterio acotado –como se señaló en su momento- fue el de pasar a considerar al daño como el eje central en materia de Responsabilidad, independientemente de la subclasificación a la que se estuviera haciendo referencia (contractual o extracontractual), por tanto se buscó la unificación de los regímenes en atención a su finalidad, pues ambos mantienen su intención de reparar el agravio sufrido, sin que ello implicara los aspectos propios de cada régimen quedarán homologados o subsumidos uno en el otro, por tanto si bien es cierto se realizó una unificación de lo que implica la teoría de la responsabilidad, se mantiene la diferencia y claridad respecto a las características propias de cada subtipo, tal y como lo señala: “Actualmente se afirma que la responsabilidad civil es un fenómeno unitario, y que ambas órbitas comparten la misma finalidad (resarcir todo el perjuicio injustamente sufrido) y los mismos elementos (antijuridicidad, relación causal, factor de atribución y daño), justificando su regulación unitaria” (Vivas, 2017)

4.1.3.1.2 CHILE

Para el caso chileno, se tiene que la responsabilidad comporta orígenes desde el Derecho Francés, así mismo existe semejanza con el sistema jurídico Colombiano, cuanto contempla los mismos elementos estructurales y conceptuales, en igual sentido, propende por una reparación de tipo integral frente al daño sufrido, independientemente del origen del agravio – contractual o extracontractual-, así lo señala el autor Banfi (2012) “el principio de la reparación integral es catalogado como “la idea directriz del sistema indemnizatorio chileno” (p. 5).

Respecto a la Responsabilidad Extracontractual, la doctrina describe principalmente dos modelos, de responsabilidad por culpa o negligencia y de responsabilidad estricta u objetiva, respecto del primero fue considerado como regla general por el derecho chileno, ya frente al segundo, fue avalado al incluir dentro de las tesis jurídicas conceptos como el de las actividades peligrosas, vislumbrándolo como una modalidad de carácter especial, con previa descripción y delimitación por parte del legislador.

En cuanto a la finalidad de la Responsabilidad Civil en Chile, tampoco se evidencia alguna diferencia significativa, al dar lectura a conceptos como los del autor Barros (2006), puede corroborarse lo señalado, “Desde el punto de vista sustantivo, los fines de la responsabilidad civil pueden ser agrupados en dos órdenes: a) desde la perspectiva del análisis económico, el fin de las reglas de responsabilidad civil es prevenir los accidentes en un grado óptimo socialmente; y, b) desde la perspectiva de la relación entre el agresor y la víctima, las reglas de responsabilidad tienen por finalidad dar una solución justa.” (p. 5)

El daño, se mantiene como epicentro de análisis en materia de responsabilidad, y la doctrina chilena da cuenta de una clasificación en igual sentido a la que se conoce en el derecho colombiano, “Dos grandes categorías: Daños materiales o patrimoniales, y Daños

morales o extrapatrimoniales. La doctrina ha desarrollado una tercera categoría que comprende los denominados daños corporales” (Barros, 2006, p. 32).

Al hablar propiamente de la responsabilidad del Estado, la doctrina refiere diversos regímenes para endilgar o no responsabilidad estatal, entre ellos:

El derecho público ha concebido al menos cuatro regímenes de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado: a) Según la doctrina de la inmunidad de jurisdicción, el Estado no es responsable. b) Un segundo sistema distingue entre los actos de autoridad, en los que se manifiesta el poder soberano del Estado y que en consecuencia, según la primera doctrina, no le generan responsabilidad, y los actos de gestión, que quedan sujetos al derecho común. c) Un tercer modelo de responsabilidad asume que el Estado es responsable por los actos de sus órganos o funcionarios, a condición de que éstos hayan actuado en infracción de un deber de cuidado (culpa en sentido civil), o se haya incurrido en una falta de servicio (defecto en el ejercicio de una función pública). d) Finalmente, el Estado puede responder según un sistema de responsabilidad estricta basado exclusivamente en la causalidad (Barros, 2006, p. 65)

Y en lo que respecta a la responsabilidad médica, el autor Barros (2006) hace referencia a que debe en primera instancia valorarse otros aspectos para poder determinar si se obra o no en virtud de un acuerdo contractual, de ello dependerá el modelo de responsabilidad a trabajar –contractual o extracontractual- y las diferentes variables y consideraciones que se tendrán en cuenta para dirimir la controversia vía acción de responsabilidad, “Para determinar la acción deberá precisarse si existe un acuerdo contractual, en cuyo caso regirá la responsabilidad contractual. En caso contrario, se aplicarán las reglas de la responsabilidad extracontractual.” (p 82).

4.1.3.2 APECTOS TEÓRICOS RELEVANTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EUROPA. SIMILITUDES O DIFERENCIAS CON EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

4.1.3.2.1 ALEMANIA

El sistema jurídico alemán se caracteriza por ser tan completo como complejo, son innegables sus aportes al desarrollo jurídico de muchos sistemas y su papel preponderante dentro del Civil Law, o Derecho Civil, su corte destacadamente positivista hace que tal y como lo describe el autor Parés (2011) su cuerpo normativo este:

Integrado por una variedad de pretensiones singulares cuyos orígenes, fundamento, tratamiento y consecuencias son igualmente variados y, por ende, igualmente complejos. En algunas oportunidades encuentran éstas su fundamento o derivan su origen directamente de textos normativos; en otras son producto del desarrollo jurisprudencial; en otras tantas, de la interpretación de principios generales del Derecho o de principios reconocidos por normas de rango constitucional; y, en algunos otros casos, producto hasta de la propia costumbre jurídica (p. 1)

La Responsabilidad Patrimonial del Estado está inmersa en lo que describe la doctrina alemana como “Sekundärrechtsschutz (protección judicial secundaria), comprende el derecho a ser indemnizado por daños sufridos a causa de la actuación estatal” (Parrés, 2011, p. 1), y se habla de secundaria, como quiera que desde el Derecho Alemán debe primero intentarse la protección judicial primaria, que se componen por las actuaciones jurídicas que radican en la pretensión de nulidad, esto en aras de extraer del mundo jurídico la causal – sea un acto administrativo o una conducta- a la que se le atribuya la existencia del daño.

Una diferencia importante radica en que, el sistema jurídico alemán no se basa en el análisis de obrar con culpabilidad o no, para establecer si existe o no responsabilidad. Tal

como se indicó en líneas precedentes, éste es un sistema jurídico más complejo y para determinar la existencia o no de responsabilidad ha desarrollado unas pretensiones específicas y elaboradas, distintas a los conceptos descritos en los demás sistemas analizados en este acápite.

Dichas pretensiones, son descritas por Parrés (2011), en su orden: i) Amtshaftungsanspruch o pretensión por conductas culposas contrarias a Derecho, cuyo objeto “la indemnización de daños patrimoniales causados de manera culposa por el funcionario público”, (p. 2) y está fundamentada en la Teoría del Mandato, misma de la que el precitado autor señala “De acuerdo con esta teoría cuando el funcionario actúa contra legem, se entiende que ha excedido los límites del mandato conferido con base en el cual actúa, y que, por tanto, debe responder a título personal” (p. 3), ii) Aufopferungsanspruch o pretensión por sacrificio particular por daños a bienes jurídicos de contenido no patrimonial, bajo esta esfera la doctrina alemana propende por extender la protección frente a daños irrogados a otros bienes que no tienen contenido patrimonial, como la salud, la vida o la libertad, con base en la compensación cuando el bien particular es sacrificado para que prime el interés general.

Una tercera pretensión avala: iii) Enteignender Eingriff o pretensión por sacrificio particular por menoscabo de la propiedad, esta pretensión es complemento de la anteriormente nombrada en el sentido que busca protección frente a menoscabos que provengan del sacrificio particular, no obstante la diferencia es clara y radica en el bien jurídico tutelado, en palabras de Parrés (2011) “pueden ser indemnizados los daños producto de consecuencias atípicas, imprevistas, directas e inmediatas de la actuación administrativa conforme a Derecho y que influyen de una manera tan gravosa sobre la propiedad privada que sobrepasan los límites de la tolerabilidad” (p 9).

Como cuarta pretensión el autor bajo análisis plantea, iv) Enteignungsgleicher Eingriff o pretensión por lesiones no culposas a la propiedad contrarias a Derecho, este criterio se

erigió como alternativa a los dos únicos sistemas reconocidos para la época, es decir la responsabilidad causada por conductas culposas (hecho ilícito), y por las conductas conformes a derecho, complemento de lo anterior el autor en comentario expone:

La confección del enteignungsgleicher Eingriff nace como una respuesta de la jurisprudencia ante el vacío dejado por el Amtshaftungsanspruch, que tiene por objeto reparar daños provenientes de conductas culposas contrarias a Derecho y el Aufopferungsanspruch, que se encarga de resarcir daños causados por conductas no culposas, pero conformes a Derecho (para aquel entonces no había la diferenciación de los bienes jurídicos tutelados que hoy existe) (Parrés, 2011, p. 12).

La quinta pretensión, contemplada por Parrés, (2011), en materia de Responsabilidad en doctrina germana, está definida como v) Enteignung o expropiación, “La expropiación sólo es admisible en beneficio de la colectividad” (p. 13) y para ello la normatividad alemana dispone dentro del concepto de propiedad privada: “abarca el patrimonio íntegro del ciudadano, esto es, absolutamente todos los bienes de contenido patrimonial, tanto inmateriales como materiales” (p. 13).

En el sexto lugar, el autor describe como pretensión vi) Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen o disposiciones sobre el contenido y límites del derecho de propiedad de carácter compensatorio, en este tópico y como se describió anteriormente, la legislación alemana tiene la facultad de limitar mediante normatividad legal la propiedad, no obstante en algunas ocasiones puede encontrarse desproporcionada el establecimiento de dichos límites, de modo tal que se creó esta pretensión para que los ciudadanos que llegasen a verse inmersos en una afectación de este tipo tuvieran una herramienta mediante la cual solicitar el estudio de una eventual responsabilidad extrapatrimonial del Estado, dichas desproporciones según Parrés (2011) “requieren prever una compensación, con el objeto de

restablecer su proporcionalidad y salvaguardar así, el derecho de propiedad en sí mismo.” (p. 15)

En un último criterio, aparece: vii) Gefährdungshaftung o responsabilidad por creación de situaciones de riesgo o peligrosas, como pretensión para reclamar Responsabilidad Patrimonial del Estado en Alemania, en este campo de análisis, puede verse la complejidad del sistema jurídico germano, pues es un criterio con respaldo en una diversidad de normatividad no tan concreta como las otras seis pretensiones previamente descritas, el autor bajo análisis, cita al Doctor Oseenbuhl para describir de manera más completa el concepto de la responsabilidad asociada a situaciones de riesgo:

OSSENBÜHL comenta que entre los argumentos que la doctrina alemana considera para sustentar la existencia de una responsabilidad por la introducción o creación de situaciones de peligrosidad, se cuentan básicamente tres⁵⁶, a saber: El principio de las ventajas y desventajas (Vor- und Nachteilsprinzip), conforme al cual aquel que se beneficia de las ventajas generadas por la creación de un riesgo, debe responder por las desventajas que el mismo reporta para otras personas. El principio del dominio o señorío sobre el riesgo (Beherrschbarkeit), basado en la cercanía a la producción del daño y de acuerdo con el cual el que aprovecha las cosas o instalaciones peligrosas está en una relación de proximidad más cercana a éstas que aquella persona que padece el daño, ya que las domina y controla y puede por tanto, modificar el grado de peligrosidad que éstas representan. Finalmente, el principio del deber correlativo de compensación por la obligación sometimiento a determinados riesgos de la sociedad industrializada moderna, el cual parte de la base de la necesaria aceptación de la creación de riesgos para la subsistencia de la sociedad moderna (Parrés, 2011, P.18).

Hasta este punto, se han citado *in extenso*, la principal diferencia conceptual entre el sistema jurídico alemán y el colombiano en materia de responsabilidad, más exactamente responsabilidad extracontractual, y sin perder de vista que era ese el propósito principal de éste acápite, es decir, describir que similitudes o diferencias en cuanto a criterios pueden evidenciarse desde una revisión simple de algunos de los artículos disponibles en la materia, se hace preciso, teniendo en cuenta que el eje central de esta investigación gira en torno a la responsabilidad médica o por acto médico propiamente dicho, citar una referencia que entorno a este referente en específico hace el autor Finn (2015) en su escrito “Aspectos Fundamentales De La Responsabilidad Civil Alemana En El Ámbito De La Cirugía Estética”

El autor en comento inicia hablando acerca de la dualidad existente en el derecho alemán en términos de responsabilidad por acto médico, lo que se ha conocido como una responsabilidad de doble vía, y que en Doctor Finn resume así: “El Derecho alemán de responsabilidad médica hace una distinción entre la responsabilidad por errores de tratamiento y la responsabilidad por falta de información” (2015, p 55), para respaldar su afirmación hace referencia a las exigencias que por vía jurisprudencial se han incorporado a la praxis médica en el sentido de dar información completa al paciente respecto de los riesgos inherentes al procedimiento a ejecutar, actuación que el doctrinante cita como “intensa y extensa” en aras de retratar que el establecer todos los riesgos, complicaciones o resultados de un procedimiento clínico o por acto médico, no es siempre un proceso que pueda definirse plenamente o con suma certeza y facilidad.

Respecto a la evolución del derecho de responsabilidad médica en Alemania, el Doctor Finn resalta su mayor desarrollo por vía jurisprudencial, esto con los aportes del Tribunal Supremo Alemán en Materia Civil, en complemento a las disposiciones en materia contractual, civil y penal en lo atinente al tema, lográndose perfilar el Derecho de Responsabilidad Médica como una especialización del área jurídica con gran proyección.

A manera de cierre, en lo que respecta a los aspectos relevantes del tema analizado, dentro del sistema jurídico alemán, es pertinente señalar que la legislación germana desarrollo la llamada *Ley de Derechos del Paciente*, mediante la cual regula las obligaciones de los galenos con sus asistidos dentro de lo que la misma normatividad dispone como *Contrato de Tratamiento*, otro aspecto a resaltar es que la ley en comento establece la regulación para la distribución de la carga probatoria en aquellos casos.

Finalmente, el autor cita como principios de la responsabilidad médica alemana los siguientes: i) Responsabilidad de doble vía: falta de información y error de tratamiento, ii) Consentimiento válido del paciente informado (informed consent), iii) Estándar reconocido de la medicina especializada e indicación médica, iv) Causalidad e inversión de la carga de la prueba. Aspectos todos, que sin ser propiamente taxativos en nuestro sistema jurídico en cuanto al tema bajo análisis, si es claro que han servido de norte orientador para sentar las tesis jurídicas y doctrinales en el derecho colombiano, respecto a la determinación de Responsabilidad por Acto Médico.

4.1.3.2.2 ESPAÑA

La doctrina Española, sin lugar a dudas da cuenta de la gran influencia al Derecho Español del Derecho Francés, en tal sentido las bases conceptuales son muy semejantes a las trabajadas en el Derecho Colombiano. En lo que respecta en términos generales al concepto de Responsabilidad Extracontractual, autores como Barbero (2012), señalan: “un concepto claro de responsabilidad extracontractual implica la necesidad anterior de definir la idea de daño. Daño es, en términos generales, un perjuicio derivado o del incumplimiento de un contrato o de una lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar. En relación a estas dos ideas se ha ido generando un concepto genérico de derecho de daños” (p. 11).

De lo anterior puede entreverse que en efecto la noción de Daño, sigue perfilándose como epicentro del concepto, y que la responsabilidad extracontractual en este sistema jurídico –el Español- continua analizándose dentro del marco de la esfera contractual y extracontractual en atención a el hecho o evento generador del agravio o perjuicio. En igual forma el término Derecho de Daños es empleado por la doctrina para poder abarcar desde una óptica más amplia las generalidades teórico-conceptuales del derecho de responsabilidad y sus finalidades, tanto en su esfera de prevención, así como de indemnización y punitiva.

Desde la amplia revisión que hace Barbero (2012), puede entreverse una cercana similitud, entre los elementos que conforman el concepto de Responsabilidad, su finalidad, y su aplicabilidad, fenómeno que podría tener raigambre en el asidero común entre ambos sistemas jurídicos que para el caso del Derecho de Responsabilidad es el Code Civil Francés.

En tal sentido, la autora en comento, señala como presupuestos generales de la responsabilidad contractual en primera instancia: la causalidad, “i) La causalidad material: es aquella destinada a fijar el hecho-causa y su relación con el hecho-consecuencia (el daño). Para ello, la técnica más utilizada es la teoría de la *conditio sine qua non*, también conocida como equivalencia de las condiciones. ii) La imputación objetiva: una vez establecidos el daño y su causa, es necesario determinar quién será la persona responsable del mismo” (Barbero, 2012, p 18), seguida del daño, - elemento donde nuevamente es notoria la concordancia entre ambos sistemas jurídicos, - “Para que el daño sea indemnizable debe ser cierto y, por tanto, quien lo alega siempre debe probar su existencia” (Barbero, 2012, p 27), la clasificación de los daños también da cuenta de semejanzas por cuanto se maneja Daños patrimoniales o materiales (daño emergente y lucro cesante), Daños extrapatrimoniales o morales, y en atención a su duración (permanentes o duraderos, continuados o sucesivos, o sobrevenidos), la antijuricidad se concreta como un tercer elemento integrador del concepto de responsabilidad, en donde se hace común a los dos sistemas el mandato de indemnizar el daño o perjuicio provocado por la ilicitud de una actuación o procedimiento.

En igual sentido, se evidencia semejanza entre las fuentes de la responsabilidad, en suma y tal como lo señala Barbero (2012) “Para que se pueda dar la existencia de responsabilidad extracontractual será necesario que concurren dos requisitos mínimos: un daño producto de un comportamiento culposo y una relación de causalidad entre la conducta y el daño” (p 17).

4.1.3.2.3 FRANCIA

El derecho Francés es sin duda alguna pilar para la evolución del derecho común y la doctrina jurídica en sí misma considerada, similar y no menos importantes son los grandes aportes que ha dado a los desarrollos conceptuales y jurisprudenciales del Derecho Administrativo, tesis que han servido de faro orientador para las tesis jurídicas de la jurisdicción de lo contencioso en Colombia.

De allí pues, que al hablar del fallo Blanco de 1873, se hable directamente de la génesis del Derecho de Responsabilidad del Estado, citando al Doctor Valdivia, en la reseña que hace de lo dispuesto por el Tribunal Desconflits, en la precitada providencia, se tiene:

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causados a particulares por el hecho de las personas que emplea en los servicios públicos no puede quedar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares; esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; tiene sus reglas especiales, que varían según los requerimientos del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados (Valdivia, 2004)

Acorde a lo anterior, es válido resaltar la independencia del derecho administrativo que desde la jurisprudencia se ha impulsado, pues siendo bastante válido reconocer que trae las bases del derecho común y del derecho privado en sí, sería frívolo desconocer que el derecho administrativo ha logrado desarrollar instituciones, conceptos, principios y teorías que le son propios, y que han contribuido a los avances teórico-jurídicos que de un lado han permitido dar solución a casuística que se consideraba “estancada”, y de otro han generado avances que han permitido dar desarrollo y crecimiento al derecho público, en especial el derecho administrativo.

Ya en el ámbito propio de la Responsabilidad o Derecho de Daños, el derecho francés orbita sobre ese principio general de mitigar el daño, manteniendo lineamientos de corte preventivo, reparador y de cesación del ilícito, de igual forma se mantienen los elementos estructurales de la responsabilidad, los hechos considerados como generadores de culpa y los mecanismos de exoneración de responsabilidad.

En cuanto a los regímenes de responsabilidad y dentro de la categoría de regímenes especiales, el licenciado Munita, recogiendo los aspectos centrales del proyecto de reforma a la responsabilidad civil en Francia, cita al daño causado por vehículos motorizados terrestres, y al causado por productos defectuosos, señalando al respecto:

En cuanto al primero de los regímenes, el conductor o el guardián (quien tiene el poder de uso, control o dirección del vehículo) responde de pleno derecho del daño causado por un accidente de circulación en el cual su vehículo, remolque o semirremolque, se ha visto implicado. (...) En cuanto a la responsabilidad por productos defectuosos, el proyecto considera que el fabricante o productor es responsable de pleno derecho del daño causado por un defecto de su producto (Munita, s.f., p. 8)

Finalmente, al abordarse el tema de la Responsabilidad Médica, se tiene que tanto la doctrina como la jurisprudencia francesas han venido ajustando sus teorías a las dinámicas y avances propios del campo médico, no solo las patologías se transforman, sino también los tratamientos, insumos y técnicas, lo cual hace que en efecto la manera de valorarse la existencia o no de responsabilidad por acto médico deba también reajustarse.

De allí que, deba hacerse referencia a dos tipos de responsabilidad que emanan de la misma fuente –es decir de la actividad médica-, de un lado está la responsabilidad extracontractual propiamente analizada, como causa de un mal proceder, omisiones u acciones que desencadenen un perjuicio sobre el paciente, pero de otro lado –y es justo esta una diferencia importante frente a nuestra normatividad-, aparece como producto de la evolución de la jurisprudencia un régimen de responsabilidad contractual en la utilización de material médico, asociada a la ya citada responsabilidad por utilización de productos defectuosos que está prevista por la normatividad gala.

Respecto a la diferencia que debe darse a ambos regímenes, algunos autores señalan:

“En lo que concierne la responsabilidad contractual de este tipo, existe una tendencia de la parte de la Corte de Apelaciones (la Corte de Casación no se ha pronunciado sobre este problema), sostenida por un vigoroso movimiento doctrinal, que sugiere hacer una distinción entre, de una parte los daños resultantes de la práctica médica en sí, es decir la prestación propiamente dicha (intelectual, manual o instrumental) del práctico y por otra parte, los daños resultando directamente de un defecto del material. Para comprometer en responsabilidad médica a los primeros, necesariamente habría que probar la falta, en los segundos, sería legítimo - porque sólo está en juego la calidad del material

utilizado - exigir al médico una obligación de resultado-seguro. La existencia de un daño o perjuicio resultante de un defecto del material es suficiente para comprometer la responsabilidad del práctico independientemente de la prueba de una falta cualquiera” (Penneau, 1998)

4.2 SECCIÓN II: IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTO MÉDICO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO ENTRE 2014 Y 2018, PRINCIPALES REGLAS Y SUBREGLAS

Para el desarrollo del presente capítulo se procederá en primera instancia a presentar de manera breve la jurisprudencia proveniente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que entre los años 2014 a 2018 ha resuelto casos de Responsabilidad por Acto Médico. Para ello se emplearán sucintos cuadros descriptivos de cada uno de los pronunciamientos del alto tribunal que servirán como sustrato conceptual del presente acápite.

Acto seguido se realizará un análisis respecto a la relevancia encontrada para los casos en estudio de la historia clínica como medio de prueba documental.

Finalmente, se realizara un análisis de las principales reglas y subreglas encontradas dentro de la jurisprudencia analizada para el periodo de tiempo propuesto.

4.2.1 RELEVANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO MEDIO PROBATORIO EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTO MÉDICO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Realizado pues el análisis de la jurisprudencia emitida entre 2014 y 2018 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, es pertinente entrar a establecer si en efecto juega la Historia Clínica un papel relevante dentro de la temática eje de la presente investigación.

Para ello, es preciso al iniciar el estudio de éste acápite, destacar que la Historia Clínica se presentó como constante en la casuística analizada, de un lado como Elemento Material Probatorio aportado por las partes en litis, y de otro como elemento de convicción en la decisión judicial, precisando con esta premisa que no se presentó ni un solo caso en donde no se contara con la documentación que compone la Historia Clínica, pese a que en algunos casos ésta no se hallare completa o diligenciada en la forma prevista por el legislador, el 100% de los casos considerados contaban con la Historia Clínica como eje de análisis.

Sin duda alguna, la historia clínica juega un papel principal en aquellos procesos en que se busca dirimir la existencia de responsabilidad por acto médico, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido destacando la posición de especial protección que tiene el Estado y sus instituciones frente a los demás ciudadanos, misma que en materia médica, se refleja en la confianza de éstos últimos sobre un grupo de profesionales que se consideran idóneos para el manejo de pacientes y procedimientos, así como en la responsabilidad de dichos profesionales en brindar el más óptimo y adecuado de los manejos a sus pacientes, agotando todos los esfuerzos, protocolos y medios disponibles; cumpliendo de ésta manera con la obligación ética, profesional y legal de dejar un debido registro de los hallazgos, diagnósticos, decisiones y procedimientos que integran la historia médica del paciente, lo que se ha definido como Historia Clínica.

Este deber, comporta no solo la obligación del profesional de dejar un completo y meticuloso registro de sus interacciones con el paciente, sino además el derecho de éste último de saber sus condiciones de ingreso al servicio médico, signos, diagnósticos, opiniones, alternativas y procedimientos respecto a su caso en particular, así como la posibilidad de realizar un adecuado seguimiento a lo realizado o a lo requerido, por ejemplo cuando se da la necesidad de manejo con otros especialistas mediante interconsultas o remisiones; seguimiento o fiscalización realizado por obligaciones propias del control de la práctica médica, como el realizado en instancias judiciales, cuando el Juez debe entrar a establecer si en efecto la atención brindada cumplió o no con lo exigido por la *lex artis*.

Como medio probatorio, la jurisprudencia de lo contencioso ha destacado el valor de la Historia Clínica, al punto de referenciarla como “medio probatorio por excelencia”, tanto en su estructura como prueba documental, como en su facultad de contribuir a la construcción de indicios como elementos materiales probatorios que cooperen en la convicción del operador judicial sobre los hechos que constituyen la realidad fáctica del caso en estudio, de allí que el Alto Tribunal le confiera a la Historia Clínica un rol importante y de doble vía, al momento de imputar un daño en el ejercicio de la atención médico sanitaria, tal como lo señala en la Providencia del 14 de Septiembre de 2017:

En forma directa, porque queda plasmado todo lo realizado por el médico tratante, sus pensamientos, sus juicios y decisiones, tratamientos, diagnósticos, el día y la hora en la cual revisó el enfermo, las interconsultas solicitadas, las juntas médicas y todos aquellos datos que son de gran valor para un determinado juicio civil o penal.

‘En forma indirecta ya que el juez a través de su observación y apreciación puede determinar la diligencia del médico en sus actuaciones. El médico que realiza una historia clínica incompleta, que presenta irregularidades como abreviaturas, garabatos u omisión de algún dato importante da a relucir que la

elaboración de la historia clínica por ese médico profesional no puede ser considerada como diligente, porque muestra imprudencia en la realización de los juicios clínicos y en las conclusiones terapéuticas desarrolladas con el enfermo.

‘Desde el punto de vista jurídico, consiste en la materialización del deber de informar al paciente de su pronóstico y el registro de los datos respecto a su diagnóstico y tratamiento.

Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplir con la carga de información necesaria que permitirá dilucidar en el proceso la actuación del médico derivada del deber secundario de su conducta. Si ese deber procesal no es cumplido por el médico, se produce una inversión de la carga de la prueba sobre aquello que no conste en la historia clínica. Estos registros poseen un gran valor probatorio, que en ellos se deja constancia de todas las circunstancias relativas a la atención médica que recibe el paciente (C.E., Sección Tercera Proceso 38515, 2017)

Así las cosas, de las providencias analizadas, puede decantarse como precedente jurisprudencial la importancia de la historia clínica en los procesos de responsabilidad por acto médico, y el constante llamado del operador judicial sobre la importancia de cumplir con los requisitos legales para el registro, almacenamiento y custodia de la misma, pues no contar con un registro oportuno y completo se convierte en un indicio grande de mala praxis médica.

Ahora bien, el desarrollo temático de ésta sección busca establecer la relevancia de la historia clínica como medio probatorio en los procesos de responsabilidad por acto médico en el marco de la jurisprudencia analizada, ante lo cual debe señalarse en primera instancia que de los veintisiete (27) fallos analizados sólo veinte (20) resultaron condenatorios para el Estado, lo cual representa el setenta y cuatro por ciento (74%), y si bien es una cifra alta, no

toda se sustenta en la Historia Clínica como medio clave en la imputación de responsabilidad del Estado; en tan sólo siete (7) de esos veinte (20) fallos condenatorios incidió de manera relevante y decisiva la historia clínica, lo cual comporta el treinta y cinco por ciento (35%) dentro del grupo de fallos condenatorios. (Ver gráficos Anexos)

Con observancia de lo expuesto, puede establecerse que aunque es bastante alta la incidencia de casos donde se ha declarado la responsabilidad del Estado por acto médico, no puede ésta aducirse a la Historia Clínica de manera exclusiva o preponderante, por tanto ante el cuestionamiento que sustenta el presente acápite, debe señalarse que la relevancia de la Historia Clínica es media baja.

4.2.2 PRINCIPALES REGLAS EVIDENCIADAS

En materia de responsabilidad, y propiamente responsabilidad extracontractual, grosso modo se ha sostenido que con base en los elementos mismos que la integran, debe acreditarse no sólo la existencia de un daño antijurídico, sino además la imputación al Estado por su acción u omisión; en igual sentido se estableció, que dicho juicio de reproche debe abarcar una esfera jurídica y una esfera fáctica, en donde ese primer campo supone “establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Proceso 31159, 2015), siendo éste el escenario para dar aplicación a los diferentes títulos de imputación desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia de lo contencioso. De otro lado, el segundo campo, el de la imputación fáctica ha dispuesto la hermenéutica de la Sección Tercera que “puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado” (C.E., Sección Tercera. Proceso 31159, 2015)

Así pues, el análisis detallado de la jurisprudencia sustrato de la presente investigación, permitió identificar distintas reglas y subreglas aplicadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la resolución de los casos materia de estudio, donde frente a las primeras, pueden mencionarse:

1. Una Historia Clínica incompleta, mal diligenciada o no entregada constituye indicio grave de responsabilidad.

En múltiples pronunciamientos el órgano de cierre de lo contencioso, ha señalado la importancia de la Historia Clínica en el marco de la Responsabilidad Médico Sanitaria, en tal sentido ha especificado la jurisprudencia de lo contencioso, que el entregar una historia clínica incompleta, con datos ilegibles, erróneos o simplemente no entregarla, genera graves indicios sobre un mal proceder de la entidad prestadora del servicio, o sobre la intención de esconder al proceso hechos o eventos que no rezan acorde con los protocolos médicos establecidos. En igual sentido, hablara como indicio en contra del demandante, aquellos eventos en donde éste se niegue a la práctica de algún tipo de examen o prueba requerida para constatar un diagnóstico o procedimiento objeto de la Litis.

Así pues, en ambos casos, la conducta de esconder o enmascarar parte del sustento fáctico llevará al juez a establecer indicios en contra de la parte que se reusó a entregar los elementos que le correspondían oportuna y llanamente, en tal sentido la Sección Tercera ha manifestado:

Las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no

representan costos para las partes (C.E., Sección Tercera. Proceso 15772, 2006)

A su turno, posteriores pronunciamientos, han ampliado y mantenido ésta postura señalando enfáticamente que el hecho de no entregar completa o debidamente la historia clínica debe constituir para el operador judicial un indicio fuerte de la deficiente prestación del servicio médico, como lo expresó en providencia del año 2014 el Magistrado Ramiro de Jesús Pazos:

Aportar una historia clínica incompleta constituye un -hecho indicador- que permite inferir la falta de diligencia en la prestación del servicio -hecho indicado-; lo anterior, teniendo en cuenta que este documento no solo es el pilar basilar que da fe de la calidad ofrecida en la atención médica hospitalaria, sino también porque es uno de los principales medios probatorios, que en compañía de las reglas de la experiencia y la sana crítica, permiten de manera inequívoca la formación del grado de convicción del juez (C.E., Sección Tercera. Proceso 31182,2014)

En el mismo sentido debe preverse, que esta falencia respecto a la no entrega o entrega incompleta de la historia clínica, conlleva a su paso la comisión de conductas contrarias a la ley, pues como se señaló en el desarrollo teórico de la presente investigación, el diligenciamiento, manejo y custodia de la historia clínica está soportado en disposiciones legales como la Ley 23 de 1981 y Resolución 1995 de 1999, por ende no acatar lo allí dispuesto implica también vulneración al régimen legal vigente en la materia.

Finalmente, se cita el pronunciamiento del Magistrado Danilo Rojas en providencia del año 2013, donde recoge en suma la postura aquí señalada, señalando que el incumplimiento de

todo el deber que comporta la historia clínica en los actos médico sanitarios, puede llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad demandada:

Como quiera que la parte demandada en este asunto no puede beneficiarse de su propia culpa, la Sala considera que la situación descrita, constituye en sí misma una falla del servicio, por cuanto el ISS incumplió sus obligaciones institucionales y legales de llevar el registro médico del paciente, y brindar acceso a la información requerida por los actores y por las autoridades, en consecuencia, su ausencia constituye, como lo ha manifestado esta Subsección, una falla que puede llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad demandada (C.E., Sección Tercera. Proceso 25075, 2013)

2. Un Acto de Diagnóstico mal ejecutado puede llevar a la imputación de Responsabilidad Por Acto Médico.

Desde la hermenéutica médica, legislativa y jurisprudencial se ha identificado el Diagnóstico como un acto central dentro de la atención médica a un paciente, como quiera recaen sobre él diversos pasos que pueden llevar, de no ser observados y respetados a plenitud, al compromiso de la salud, incluso la vida del paciente.

En ese sentido la Sección Tercera, recoge lo aquí señalado, dimensionando en sentido amplio, la importancia que tiene el observar con detenimiento los signos clínicos con que ingresa el paciente, complementando dicha inspección con una correcta anamnesis o interrogatorio, que conlleven al galeno a aproximarse lo más certeramente posible a la patología que presenta el paciente, para evitar caer en una de las principales causas de responsabilidad por acto médico, esto es : *el error de diagnóstico*, al respecto la Subsección C indicó:

La sección tercera, en materia de Responsabilidad Médica, se ha definido el Diagnóstico como un elemento primordial y determinante en el marco antes descrito, en reiterados pronunciamientos ha definido la citada sección que éste -el diagnóstico- no es sólo el primer acto de acercamiento entre médico y paciente, sino que debe ser tan complejo como minucioso, exhaustivo y preciso que permita al médico establecer las condiciones reales del paciente y plantear sobre lo evidenciado la ruta de trabajo que le permita alcanzar los objetivos primordiales del tratamiento y restituir la salud de su paciente. "Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios (C.E., Sección Tercera. Proceso 38251, 2017)

3. La Jurisprudencia de la Sección Tercera ha fijado como excepción: el Manejo de Infecciones Nosocomiales o Intrahospitalarias con un régimen de responsabilidad Objetiva

El manejo de las infecciones nosocomiales, o intrahospitalarias, ha generado que desde la jurisprudencia se haya decidido su estudio y decisión desde otro régimen de responsabilidad, si bien se tiene por regla general el Régimen de Falla Probada para los casos de Responsabilidad Médica, la práctica ha develado algunos casos en los que el Alto Tribunal ha decidido manejar como excepción, verbi gratia el caso de las infecciones intrahospitalarias – es decir aquellas que el paciente adquiere dentro del hospital, por factores ajenos a su patología principal y que comprometen en gran parte su salud, incluso su vida-, las vacunas, el manejo de elementos o materiales peligroso, entre otros.

El principal fundamento obedece a que son situaciones particulares, en donde el desarrollo de ciertas actividades implica la ejecución de actividades riesgosas, o el uso de

elementos altamente riesgosos o peligrosos, en igual sentido, se sobre entiende que la actividad médica implica la ejecución de protocolos, prácticas y procedimientos que conllevan distintos riesgos que son inherentes a las patologías en sí mismas consideradas o a las condiciones propias del paciente, no obstante, con este criterio se busca velar por el cumplimiento de los protocolos paralelos y fundamentales a la práctica médica, como lo son los de esterilización e higiene de áreas, superficies, instrumentos y equipos.

De allí que en los eventos que ha dispuesto la Corporación, y que se describen a continuación, se maneje éste régimen objetivo excepcional en donde no se entra a evaluar si el procedimiento fue diligentemente ejecutado “por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el que se demanda” (C.E., Sección Tercera. Proceso 41390, 2018)

En igual sentido, es pertinente resaltar lo que la Sección Tercera ha definido como atribuible a las partes en éstos casos:

Se concluye entonces que para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por las denominadas “infecciones nosocomiales”, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente.

Por otra parte, la entidad demandada podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un (C.E., Sección Tercera. Proceso 36565, 2017)

Finalmente, y como se adujo en líneas precedentes, se relacionan los eventos que vía jurisprudencial la Sección Tercera ha señalado como susceptibles de estudiarse bajo el régimen objetivo de responsabilidad:

i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa;

ii) Cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo;

iii) Cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear);

iv) En supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y;

v) Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria (C.E., Sección Tercera. Proceso 20836, 2011)

4. La Responsabilidad en el Servicio de Obstetricia

El servicio de obstetricia es uno de los que más incidencia de casos de Responsabilidad por Acto Médico presenta, lo cual hace que deba analizarse con cuidado su incidencia, pues anteriormente la jurisprudencia de la Sección Tercera había decidido manejar

los casos de Responsabilidad en el Servicio de obstetricia bajo un régimen objetivo de responsabilidad siempre que el proceso del embarazo hubiese sido normal, sin ningún tipo de complicación o dificultad evidente.

No obstante, con posterioridad se cambió la posición, para actualmente dejar de lado el régimen objetivo de responsabilidad, haciendo que deban acreditarse los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es: i) el daño, ii) la falla en el acto obstétrico y iii) el nexo causal, así las cosas no queda el demandante relevado de su obligación de acreditar lo que pretende, siendo especialmente destacable y lo que se entenderá para efectos del presente trabajo como regla, lo dispuesto por la Sección Tercera en relación a lo planteado, cuando señala que tras el desarrollo del embarazo sin complicaciones o alteraciones conocidas o previsibles, pero con un término bajo resultados no satisfactorios podrá hablarse de un indicio de falla en el servicio de obstetricia, a saber:

Se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño (C.E., Sección Tercera. Proceso 37125, 2017)

5. La falla no se determina por un diagnóstico errado, sino por no agotar todas las exigencias de la Lex Artis.

Los distintos pronunciamientos analizados, dejan entrever la postura de la Sección, respecto a reconocer que no todas las patologías presentan signos clínicos tan claros que permitan que el galeno pueda establecer un diagnóstico certero, en igual sentido muchas veces los mismos signos se presentan en varias patologías, haciendo más complejo para el médico

saber ante que enfermedad o complicación se enfrenta, de allí que la Sala diferencie que no se recrimina responsabilidad al médico por el hecho de emitir un diagnóstico errado o que no corresponda con la enfermedad que en realidad presentaba el paciente, lo que ha establecido como falla en el servicio es que el galeno emita un diagnóstico *a priori*, sin agotar todos los medios de diagnóstico disponibles en su práctica para llegar a un convencimiento más completo y a su vez cierto frente a lo presentado por el paciente.

Así lo señaló la Sección Tercera en pronunciamiento de 2017, cuando al respecto estableció: “lo que constituye falla en el servicio no es el hecho de que el personal médico se equivoque en la determinación de la patología, sino el que no agote todas las previsiones que la *lex artis* aconseja con miras a determinarlo” (C.E., Sección Tercera. Proceso 37125, 2017)

6. Una Historia Clínica incompleta, con tachones, espacios ilegibles, o no diligenciada en orden cronológico constituye por sí un daño antijurídico que amerita indemnización

Concordante con lo ya tratado en líneas precedentes, el diligenciamiento debido y completo de la Historia Clínica comporta no solo un deber profesional e institucional, sino legal por el mandato de la ya pluriombrada Ley 23 de 1981 y normatividad complementaria, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sido enfática en señalar que al omitir dichas exigencias se está no solo vulnerando las disposiciones reglamentarias que complementan la práctica médica desde el debido registro de los procedimientos ejecutados, sino que además como se señaló en su momento se le está trasgrediendo al paciente su derecho a conocer la verdad, tanto de sus condiciones de ingreso, diagnósticos, alternativas, expectativas y tratamientos, de otra parte, un registro no efectuado, o efectuado con deficiencias cercena la posibilidad de establecer si lo ejecutado se ajustó a lo que los protocolos médicos indican, de allí que esta conducta constituya un daño antijurídico, y que pueda ser considerada en calidad

de indicio por el operador jurídico en aras de establecer si debe indemnizarse a quien se ve afectado por una situación así.

7. La liquidación de Perjuicios en los casos de Responsabilidad por Pérdida de la Oportunidad es sólo por daño Moral

La pérdida de la oportunidad ha sido estructurada y considerada por la Sección tercera en la categoría de daño autónomo, es decir que es considerada en sí misma como el daño acaecido, sin valorar si el perjuicio final fue una complicación en la salud del paciente, una secuela, o la pérdida de la vida.

De allí, que por ser tratada como daño autónomo, ha definido la corporación que la liquidación de sus perjuicios se da en la categoría de daños morales, como quiera que lo que se busca indemnizar es esa omisión de la entidad respecto del correcto proceder que se esperaba de ella, indemnizando así el perjuicio sufrido por el paciente al no recibir de manera oportuna aquellas acciones que hubieran representado mejoría en su estado de salud, o mitigación del daño sufrido. Así lo ha señalado la jurisprudencia:

Como lo resarcible es este caso no es la muerte de la paciente, no hay lugar a reconocer indemnización por los demás perjuicios materiales reclamados en la demanda (lucro cesante). Se reconocerá sí la indemnización por el daño autónomo a la pérdida de la oportunidad que tenía la paciente de mejorar su estado de salud posterior a la cesárea. La indemnización se hará solo por el perjuicio moral que les causó a los demandantes la privación de esa oportunidad (C.E., Sección Tercera. Proceso 30945, 2015)

8. Las sentencias penales no tienen efectos de cosa juzgada en los juicios de responsabilidad del Estado, y pueden ser valoradas como pruebas documentales

La jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado que no puede considerarse con efectos de cosa juzgada las sentencias penales, que incidan en aquellos casos en los que se busca establecer la responsabilidad del Estado. Para ello, ha hecho el máximo tribunal la distinción que si bien es cierto son procesos que versan sobre las mismas partes y sobre los mismos hechos, contienen una naturaleza diferente, pues dentro del proceso penal lo que se busca es la represión del delito, para propender por la protección de la sociedad, mientras que dentro del proceso de responsabilidad del Estado, lo que se persigue es la indemnización de un perjuicio de naturaleza antijurídica causado por la acción u omisión de entidades del Estado, reiterándose que lo que se busca es la indemnización del perjuicio causado, más allá de centrarse en el autor de la conducta cuestionada.

En igual sentido, ha manifestado la Sección, que no hay lugar a aplicar los efectos absolutorios de la condena penal en el proceso de Responsabilidad patrimonial del Estado, como quiera que ésta no constituye el mismo efecto que tiene el delito en materia penal, haciendo la salvedad que aunque no puedan predicarse los efectos de la sentencia penal dentro del proceso de responsabilidad patrimonial del Estado, sí puede emplearse dicha providencia como elemento material probatorio en dado caso que las partes así lo estimen, o que el juez lo considere oportuno y pertinente, al respecto se manifestó:

Finalmente, si bien la sentencia penal que se dicte contra el servidor estatal no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación directa, no puede desconocerse el valor probatorio que la misma pueda tener en este proceso; por lo tanto, la sentencia penal puede ser el fundamento de la decisión de reparación, cuando constituya la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado, de la cual se infieran los demás elementos de la responsabilidad estatal, como lo son el hecho, la autoría del agente estatal y el

nexo con el servicio; pero, se insiste, ese valor de la sentencia penal no surge del hecho de que la misma produzca efectos de cosa juzgada sobre la acción de reparación sino porque esa sentencia constituye una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de responsabilidad (C.E., Sección Tercera. Proceso 16533, 2008)

9. Lo no anotado en la Historia Clínica es indicio que no ocurrió

Partiendo de la obligación tanto profesional como legal que implica el completo, oportuno y debido diligenciamiento de la historia clínica, la Sección se ha mantenido enfática en la relevancia desde el punto de vista probatorio que comportan las anotaciones realizadas en la Historia Clínica, sustentando así como regla, que aquellas actuaciones o procedimientos que aleguen las partes como ejecutadas pero que no se encuentren consignadas en la Historia Clínica del paciente deben tomarse por no realizadas, con las consecuencias legales que de allí se desprendan. Tal como lo manifestó el pronunciamiento del C.P. Mauricio Fajardo en 2014, cuando recogiendo la postura de la Sala en providencias anteriores señaló:

La jurisprudencia de esta Sección ha señalado que aquellas actividades que no se consignaron con claridad ni precisión en la historia clínica, han de reputarse como no realizadas. Así por ejemplo, en sentencia del 7 de abril de 2011, se indicó:

“Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía. Es por este aspecto que se hace evidente que el daño de la arteria poplítea se detectó casualmente a través de procedimiento quirúrgico realizado pero para solucionar la “ruptura cruzado posterior” de la rodilla izquierda, y no para

solucionar el daño de la arteria; está bien claro que no se practicó la arteriografía prueba que habría evidenciado otro daño pero grave y habría dado lugar a un procedimiento quirúrgico inmediato y para realizar la anastomosis.” (C.E., Sección Tercera. Proceso 28579, 2014)

10. Suficiencia de la prueba indiciaria en materia de Responsabilidad por Acto Médico

Ha tenido de presente la hermenéutica de la Sección, que al momento de decidir y fallar sobre casos de Responsabilidad por Acto Médico, debe el operador judicial ponerse dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que actuó el médico en relación con su paciente, pues una vez se emiten peritajes y conceptos médicos y especializados es muy fácil evidenciar donde se presentaron las posibles falencias situación que facilita la tarea del juzgamiento, pero que en la realidad fáctica, éstas circunstancias no son siempre visibles para el médico quien, como se anotó en líneas anteriores, muchas veces debe enfrentar signos clínicos que enmascaran varias posibilidades de diagnóstico, o limitaciones de tipo técnico u operativo que deben considerarse a la hora de juzgar su proceder.

De modo tal, que se retome el concepto de la Historia Clínica en su rol relevante para éstos casos, pues como se adujo previamente, lo allí consignado da cuenta de las conductas desplegadas con el paciente, situación misma que a la luz de la jurisprudencia de la Sección Tercera se convierte en indicio para la construcción del convencimiento del juez. En tal sentido a dispuesto la Corporación: “en el caso de la responsabilidad médica abiertamente se ha declarado la suficiencia de la prueba indiciaria” (C.E., Sección Tercera. Proceso 28487, 2015)

4.2.3 PRINCIPALES SUBREGLAS EVIDENCIADAS

A su turno, el análisis realizado, permite resaltar como subreglas en materia de Responsabilidad por Acto Médico:

1. Lesión al derecho de recibir atención oportuna y eficaz, Principio de Integralidad y Derecho a la Salud

Para fijar esta subregla, la jurisprudencia de la Sección hace alusión a los principios del Sistema general de Salud, mismos que deben ser pilares del Derecho Fundamental a la Salud, de modo tal que desde la óptica constitucional y legal debe brindarse garantías al paciente de recibir una atención integral, es decir sin dilaciones de ningún tipo, como lo ha puesto de presente la Sección debe brindarse una atención en la que se dispongan todos los medios de forma oportuna, evitando la imposición de trámites que no está en la obligación de soportar como quiera que no deben presentarse dentro de la normalidad de la actuación médico sanitaria.

Así, la jurisprudencia contenciosa ha citado referente constitucional para evidenciar la relación de la vulneración al principio de integralidad y la generación de daño sobre la salud de los pacientes, al respecto en pronunciamiento de 2011, se dijo:

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que “todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda. (C.E., Sección Tercera. Proceso 20862, 2011)

2. Reparación integral en los casos de Gineco Obstetricia

La alta incidencia de casos de falla en el servicio de ginecobstetricia, - en palabras de la Magistrada Stella Conto, Proceso 28804: “28.5% de las sentencias de responsabilidad médica proferidas en 2014 (registradas hasta la fecha de elaboración de esta sentencia) y un 22.5% de las del 2013” - , ha generado que la Sección propenda por una protección de manera integral hacia la mujer, para ello en múltiples fallos se ha impuesto a la entidad responsable la obligación realizar las acciones pertinentes en aras de ofrecer a las víctimas del perjuicio una reparación de tipo integral no pecuniaria, el sustento de esta postura se cita a continuación:

...esta Corporación también ha corroborado que este tipo de patrones deficientes en la prestación del servicio de ginecología y obstetricia, al tornarse recurrentes y estadísticamente verificables, adquieren una connotación de discriminación específicamente dirigida a la mujer, que amerita la adopción de medidas especiales de reparación integral y de garantía de no repetición. A este respecto, la Sala estima conveniente reiterar lo expresado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014:(...)

Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de

medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano (...)

En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho. (C.E., Sección Tercera. Proceso 28804, 2014)

3. Efecto preventivo de la Responsabilidad Extracontractual

La postura jurisprudencial de la Sección Tercera esta inclinada en destacar que al establecerse la Responsabilidad Patrimonial del Estado, debe propenderse no sólo por dar cumplimiento a su efecto indemnizatorio, sino que debe buscarse adicionalmente un efecto preventivo, en el que se permita con base en las falencias detectadas en la resolución de otros casos, establecer pautas de mejora para una adecuada prestación del servicio, que asegure no solo las garantías básicas para los ciudadanos, sino un eficaz cumplimiento de los fines del Estado.

En ese sentido, lo ha manifestado la Sección:

Debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada (C.E., Sección Tercera. Proceso 38251, 2017)

4. Sin registros médicos es imposible establecer atención médica pertinente

Como se ha venido señalando, la Historia Clínica en su sentido amplio – es decir el conjunto de documentos, exámenes y registros - es relevante y determinante en materia de Responsabilidad por Acto Médico, a conclusión idéntica arribó la Sección frente a la importancia de los registros médicos particularmente considerados.

Pues ha establecido la Sección, que los registros médicos son determinantes para establecer la pertinencia de la intervención médica, permitiendo consecuentemente juzgar si éstos se ciñeron o no a lo dictado por la *lex artis*, al respecto la jurisprudencia en mención ha señalado: “al no existir registros médicos no hay elementos de juicio que nos permitan definir la pertinencia o no de las decisiones médicas” (C.E., Sección Tercera. Proceso 31182, 2014)

4.3 SECCIÓN III: EFECTOS JURIDICOS Y ECONÓMICOS EN EL ESTADO COLOMBIANO DE LAS CONDENAS PROFERIDAS POR LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO CON SOPORTE EN EL VALOR PROBATORIO Y LA DEFICIENTE ACREDITACIÓN FÁCTICA EMANADA DE LA HISTORIA CLÍNICA.

La responsabilidad por acto médico comporta una alta incidencia dentro de los casos de responsabilidad patrimonial del Estado, situación que por su naturaleza jurídica genera distintos efectos que se buscan analizar desde el desarrollo del presente trabajo, motivo por el cual, se hará un balance general sobre las principales evidencias, para posteriormente describir los principales hallazgos evidenciados en las esferas jurídica y económica entorno a la temática problema de investigación.

En primera instancia, se acreditó que en efecto la Historia Clínica es relevante en los casos de responsabilidad por acto médico, y no sólo porque así lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino porque el universo de investigación –que está compuesto por veintisiete (27) fallos entre los años 2014 y 2018)- estuvo en su totalidad sustentado en la historia clínica como medio de prueba principal.

Otro aspecto para destacar, es el hecho que sólo siete (7) de los casos analizados tuvieron fallo desestimatorio, es decir que los veinte (20) fallos restantes implicaron condena patrimonial para el Estado, si se considera que éstos últimos representan un setenta y cuatro por ciento (74%) de la casuística analizada (ver figura 31, apéndice), puede evidenciarse que es bastante alta la tasa de condenas en contra del Estado colombiano, lo que tiene implicaciones de importancia a nivel fiscal como se abordará posteriormente.

Contrario a la alta tasa de condenas, se logró establecer que de los fallos condenatorios, en sólo siete (7) la historia clínica tuvo una marcada incidencia en la decisión, lo cual equivale a tan sólo un treinta y cinco por ciento (35%) de ellos (ver figura 33, apéndice), lo que puede interpretarse como una relevancia media baja en la decisión final del fallador, sosteniendo de éste modo que si bien la historia clínica es muy importante en los casos de responsabilidad por acto médico, no es el único medio probatorio empleado por el operador judicial, pues al adoptarse nuevamente el régimen de falla probada, no sólo se obliga al demandante a acreditar los elementos de la responsabilidad – daño antijurídico, hecho lesivo proveniente de actividad médica, y el nexo causal-, sino que adicionalmente se le concede libertad para que lo haga mediante el uso de cualquiera de los medios probatorios legalmente establecidos, ello también faculta al juez para solicitar de oficio dictámenes, testimonios o cualquier otro medio que considere pertinente en aras de acercarse más fidedignamente a la realidad fáctica que evalúa.

4.3.1 EFECTOS JURIDICOS

Claramente todos los casos analizados, corresponden al estudio que realiza la Sección Tercera del Consejo de Estado en segunda instancia de los fallos proferidos en materia de responsabilidad médica, por tanto, debe señalarse la *congestión judicial* como uno de los primeros efectos que tiene la deficiencia en la acreditación fáctica emanada de la historia clínica.

Como se indicó en su momento, una historia clínica incompleta, con tachones, partes ilegibles o no aportada configura indicios de una mala prestación del servicio médico, lo cual acarrea en la mayoría de los casos condenas contra el Estado por falla en el servicio, en tanto es válido señalar, que esas precitadas deficiencias en la historia clínica generan dificultades en la acreditación fáctica que conllevan a fallos en contra de las instituciones estatales, fallos que en su totalidad y por su naturaleza desfavorable son recurridos en aras de que sean analizados en segunda instancia, situación que terminó por congestionar los despachos de la Sección Tercera puesto que son –como ya se señaló– casos altamente frecuentes.

Subsecuentemente, y como es de esperarse dicha congestión conlleva a que se presente *ralentización de las decisiones judiciales*, situación fijada como segundo efecto jurídico dentro del marco de la presente investigación, pues al aumentarse el volumen de casos para dirimir se ha disminuido notablemente la velocidad de los procesos falladores analizados, así pues se tiene que se están fallando en la actualidad casos con situaciones fácticas presentadas hace diez (10) años.

4.3.2 EFECTOS ECONÓMICOS

Respecto al impacto económico deviniente de la problemática en estudio, sin duda alguna es el aspecto más sobresaliente dentro de los hallazgos de la presente investigación, pues sin olvidar que son diversos los medios de control, los títulos de imputación, los orígenes y las causales por las que pueden generarse reclamaciones contra el Estado, no hay duda que

la reparación directa implica un componente fiscal bastante alto, en los casos en que se declara responsabilidad patrimonial del Estado, teniendo de presente que las actuales tablas de indemnización de daños morales empleadas por la Sección Tercera abarcan indemnizaciones bastante amplias, no sólo en términos pecuniarios sino respecto al núcleo familiar y personal que protege respecto de la persona víctima del perjuicio.

Solamente para los veinte (20) fallos condenatorios dentro de la casuística analizada, se evidenció una carga fiscal de cuatro mil trescientos veinte siete millones seiscientos noventa y dos mil cero cuarenta y un pesos (\$ 4.327.692.041) (ver figura 34, apéndice), cifra altamente impactante si se considera que sólo se está analizando una pequeña fracción dentro del gran universo de fallos en donde es condenado el Estado Colombiano.

Sin lugar a dudas, al tener en cuenta las principales reglas y subreglas evidenciadas tras la presente investigación se evidencia que hay una relación directa entre la desatención a las exigencias legales frente a la historia clínica, las deficiencias de acreditación fáctica para el área de estudio analizada y la alta imposición fiscal proveniente de las condenas contra el Estado a causa de la responsabilidad por acto médico.

CAPÍTULO IV

5. CONCLUSIONES

Los resultados de investigación permitieron evidenciar, que faltan ajustar las prácticas medico asistenciales de las entidades estatales con los postulados de la función pública, pareciera que en medio de las exigencias de la práctica médica se pasara por alto que de fondo se debe propender por servir a la comunidad y por cumplir con los fines y cometidos estatales. Las resultados del análisis permiten justificar una clara contravención al principio de eficacia, entendido para el presente trabajo como esa capacidad de la administración para cumplir de manera efectiva sus cometidos, lo cual no se está logrando en materia médica desde la esfera estatal. Si bien no puede decirse que el 100% del servicio médico estatal es deficiente, de la muestra valorada si puede colegirse que la mayoría de deficiencias radican en situaciones de índole subjetivo, que por lo menos en lo que respecta a la historia clínica –pilar de la investigación- si son fallas prevenibles, controlables y modificables.

La Constitución Política de 1991 comporta una trascendental importancia en el tema de responsabilidad patrimonial del Estado, no sólo por el marco rector que constituyó con el artículo 90, sino además por que con ésta disposición se deja de presente que no se privilegia un régimen de responsabilidad en particular, lo cual faculta al operador judicial para que pueda construir su motivación y juicio con base en las herramientas dogmáticas y jurisprudenciales hasta ahora desarrolladas y haciendo uso según lo considere pertinente, de los distintos títulos de imputación dispuestos para la resolución de éstos casos.

De la revisión doctrinaria, jurisprudencial y desde el derecho comparado en el tema marco de la investigación, se evidenció que la mayoría de sistemas jurídicos guardan relación con la normatividad nacional vigente, al encontrarse más similitudes que diferencias se

ratifican las bases jurídicas de nuestro sistema legal, no sólo en materia de responsabilidad médica sino a nivel jurídico en su sentido amplio.

De otro lado, se estableció que la jurisprudencia de la Sección Tercera ha otorgado a la Historia Clínica un rol determinante en los casos de responsabilidad por acto médico, así mismo, este cuerpo colegiado ha fijado algunas reglas para la resolución de ésta casuística, por ejemplo i) el manejo bajo el régimen de responsabilidad objetiva como excepción en casos de enfermedades nosocomiales, aplicación de vacunas, o manipulación de procesos altamente riesgosos, ii) la reparación integral en el servicio de ginecoobstetricia cuando así lo estime pertinente el juez según las características del caso, iii) las sentencias en materia penal no tienen efecto de cosa juzgada dentro de la determinación de responsabilidad patrimonial del Estado y pueden ser empleadas como elemento material probatorio si así se considera necesario.

De igual forma, dentro de las principales reglas y subreglas observadas, se evidenció que las más altas deficiencias en cuanto a la acreditación fáctica en casos de responsabilidad por acto médico, están asociadas al no diligenciamiento de la historia clínica con el rigor exigido por la normatividad Colombia. Tal como se señaló, es ésta el elemento esencial para documentar la atención médica prestada en un caso concreto, de allí que el diligenciamiento incompleto, con tachones, apartes ilegibles, sobresaltando el orden cronológico o la omisión de registros se convierte en prueba directa de una mala praxis profesional que conlleva a condenas por responsabilidad médica. Debe recordarse que la jurisprudencia de la Sección Tercera ha establecido que lo no documentado en la historia clínica equivale a acciones o procedimientos no realizados.

Respecto al valor probatorio de la historia clínica, se colige que ésta tiene un rol preponderante en el marco de la responsabilidad por acto médico, y que debe ser considerada relevante atendiendo a dos aspectos importantes; de un lado, como medio probatorio

documental en tanto contiene los registros de todas las actuaciones médicas desplegadas en el paciente, y de otro lado por su aporte a la construcción de indicios, que para el caso médico sanitario ha fijado la Sección que tienen un significativo valor probatorio.

Finalmente, se estableció que la alta incidencia de casos en los que la administración resulta condenada por responsabilidad a título de falla en el servicio por acto médico, genera para el Estado Colombiano enormes y lesivos efectos tanto jurídicos, como económicos. Frente a los primeros se concluyó que la *congestión judicial* y la *ralentización de las decisiones judiciales*, comportan las principales secuelas de dichas sanciones judiciales, mientras que a nivel económico este fenómeno implica una *alta carga fiscal* para el Estado.

Detrimentos tanto pecuniarios como administrativos, que en muchos de los casos serían evitables sino al menos mitigables, si existiera en el país más exigencia tanto en los protocolos de diligenciamiento, manejo y custodia de la historia clínica, como en el cumplimiento los requerimientos legales atinentes, pues como se puso de presente dentro del marco de la presente investigación, en un gran número de casos las condenas emanan de errores previsibles y asociados con la indebida administración y manipulación de la historia clínica.

A manera de cierre, y partiendo de la obligatoriedad de llevar la historia clínica electrónica en concordancia a lo dispuesto por la Ley 1438 de 2011 en su artículo 112, sería interesante realizar a posteriori un análisis similar al efectuado en la presente investigación, en aras de determinar si las deficiencias presentadas por tachones, anotaciones incompletas, ilegibles, o no cronológicas han sido ya soslayadas con ayuda de la tecnología, lo esperable sería pues que, con la historia clínica electrónica se dé mayor eficacia al proceso de registro de las actuaciones médico asistenciales, lo cual debería contribuir a bajar las altas tasas de condenas al Estado en materia de Responsabilidad Médica.

BIBLIOGRAFÍA

- Anónimo. (2003). Análisis de la Responsabilidad Jurídica en el Ejercicio de la Actividad Médica. (Trabajo de Grado, Pontifica Universidad Javeriana) recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS54.pdf>
- Arboleda, P. (2014). El Estado Social de Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Revista suma Iuris, Vol. 2 (1). pp 18-40
Medellín. <https://doi.org/10.21501/issn.2339-4536>
- Asociación Médica Mundial, Asamblea General (1948, Septiembre). Declaración de Ginebra. Ginebra, Suiza Recuperado de <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-ginebra/>
- Asociación Médica Mundial, Asamblea General (1994, Septiembre). Código Internacional de Ética Médica. Estocolmo, Suecia Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/casdigo-internacional-de-etica-macdica-londres-1949-sydney-1968venecia-1983/>
- Banfi, C. (2012). Por una Reparación Integral del Daño Extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes. Revista Ius et Praxis. No 2, 2012, pp. 3 – 32. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200002
- Barbero, V. (2012). La Responsabilidad Extracontractual en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. España. (Trabajo de Grado, Universitat Abat Oliba CEU. Facultad de Ciencias Sociales. Licenciatura en Derecho). Recuperado de <https://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/203747/TFC-BARBERO-2012.pdf?sequence=1>
- Barros, E. (2006). Responsabilidad Extracontractual. MPG. Chile. Recuperado de https://tutoriasdegrado.cl/wp-content/uploads/2012/12/u_2_imgdate_130329032435.pdf

Buitrago, J. (2016, 8 de noviembre). La Historia Clínica en la Responsabilidad Civil Médica.

Recuperado de: <https://docplayer.es/79776488-La-historia-clinica-en-la-responsabilidad-civil-medica-juan-diego-buitrago-noviembre-8-de-2016.html>

Bustamante, A. (1999). La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Leyer

Campiño, G. (2014). Fines del Estado. Consultado el 20 de Mayo de 2018. En:

<http://giovanysanchez91.blogspot.com/2014/11/fines-esenciales-del-estado.html>

Castro, M. (2019, 13 de febrero) Responsabilidad Por Actividades Peligrosas. (Entrada de Blog). Recuperado de:

http://hipertextoobligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=responsabilidad_por_actividades_peligrosas

Cerutti, C. (2014). Derecho de Daños. Análisis de algunos problemas conceptuales. Argentina. (Trabajo de Grado, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba)

Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/derecho-de-danos-analisis-de-algunos-problemas-conceptuales>

Colección Universitaria, (2017). Cartilla de Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Legis.

Colombia, Ministerio de la Protección Social (2005, 13 de Junio), Resolución 1715 de 2005, por la cual se modifica la Resolución 1995 del 8 de julio de 1999, en Diario Oficial 45940 de junio 15 de 2005. Bogotá. Recuperado de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201715%20DE%202005.pdf

Colombia, Ministerio de Salud (1999, 8 de Julio), Resolución 1995 de 1999, Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica, en Diario Oficial, Diario

Oficial 43655 de agosto 5 de 1999. Bogotá. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201995%20DE%201999.pdf

Colombia. Congreso de la Republica (1887, 15 Abril), Ley 57, Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. Adopta Ley 84 de 1873 Código Civil de los

- Estados unidos de Colombia. En Diario Oficial 2.867 de mayo 31 de 1873. Bogotá. Recuperado de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Colombia. Congreso de la Republica (1981, 18 de febrero), Ley 23 de 1981 Por el cual se dictan normas en materia de ética médica, en Diario Oficial No. 35.711 de 27 de febrero de 1981. Bogotá. Recuperado de https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0023_81.pdf
- Colombia. Congreso de la Republica (1998, 29 de Diciembre) Ley 489, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, en Diario Oficial, núm. 43.464, 30 de Diciembre de 1998, Bogotá. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html
- Colombia. Congreso de la Republica (1999, 18 de agosto). Ley 527, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. En Diario Oficial 43.673 del 21 de agosto de 1999. Bogotá Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html
- Colombia. Congreso de la Republica (2000, 14 de julio). Ley 540, Por medio de la cual se la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones. En Diario Oficial 44084 del 14 de julio de 2000. Bogotá. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0594_2000.html
- Colombia. Congreso de la Republica (2012, 12 de julio), Ley 1564, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. En Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012. Bogotá. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Colombia. Congreso de la Republica (2014, 18 de enero), Ley 1437, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2014. Bogotá. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Colombia. Congreso de la Republica (2014, 19 de enero). Ley 1438, Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

En Diario Oficial 47957 de Enero 19 de 2014. Bogotá. Recuperado de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%201438%20DE%202011.pdf

Colombia. Congreso de la Republica (2015, 16 de febrero). Ley Estatutaria 1751, Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones. En

Diario Oficial No. 49427 del 16 de febrero de 2015. Bogotá Recuperado de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

Colombia. Congreso de la República. (1991, 20 de julio). Constitución Política de Colombia

[C.P.]. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Colombia. Consejo de Estado (1960, 10 de Septiembre), Sala de lo Contencioso. Sección

Tercera, C. P. Francisco Eladio Gómez Mejía, Bogotá.

Colombia. Consejo de Estado (2000, 18 de Octubre), Sala de lo Contencioso. Proceso No.

13288. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá. Recuperado de

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=CE-SEC3-EXP2000->

N13288

Colombia. Consejo de Estado (2010, 11 de Agosto), Sala de lo Contencioso. Sección Tercera.

Proceso No.18499, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá. Recuperado de

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=20001-23-31-000-1998->

04061-01(18499)

Colombia. Consejo de Estado (2012, 23 de mayo), Sala de lo Contencioso. Sección Tercera,

Subsección C. Proceso No. 22592. C. P. Enrique Gil Botero, Bogotá. Recuperado de

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=17001-23-31-000-1999->

00909-01(22592)

Colombia. Consejo de Estado (2012, 25 de abril), Sala de lo Contencioso. Sección Tercera,

Subsección C. Proceso No.21861, C. P. Enrique Gil Botero, Bogotá. Recuperado de

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-25-000-1994->

02279-01(21861)A

Colombia. Consejo de Estado (2014, 13 de noviembre), Sala de lo Contencioso. Sección Tercera, Subsección B. Proceso No. 31182. C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-1999-03218-01\(31182\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-1999-03218-01(31182))

Colombia. Consejo de Estado (2015, 22 de abril), Sala de lo Contencioso. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de Unificación Jurisprudencial. Proceso No. 19146. C. P. Stella Conto Díaz, Bogotá Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=15001-23-31-000-2000-03838-01\(19146\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=15001-23-31-000-2000-03838-01(19146))

Colombia. Consejo de Estado (2015, 28 de Enero), Sala de lo Contencioso. Sección Tercera, Subsección C. Proceso No.32912, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-2002-03487-01\(32912\)A](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-2002-03487-01(32912)A)

Colombia. Consejo de Estado (2017, 09 de Junio), Sala de lo Contencioso. Sección Tercera, Subsección C. Proceso No 53704. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=54001-23-31-000-2010-00370-01\(53704\)A](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=54001-23-31-000-2010-00370-01(53704)A)

Colombia. Consejo de Estado. (2006, 31 de agosto). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 15772. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-31-000-2000-09610-01\(15772\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-31-000-2000-09610-01(15772))

Colombia. Consejo de Estado. (2008, 13 de Agosto). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso No. 16533. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=17001-23-31-000-1995-06024-01\(16533\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=17001-23-31-000-1995-06024-01(16533))

Colombia. Consejo de Estado. (2011, 19 de octubre). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Proceso No. 20862. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-15-000-1997-03343-01\(20862\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-15-000-1997-03343-01(20862))

Colombia. Consejo de Estado. (2011, 4 de marzo) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Proceso No. 20836, C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-24-000-1996-02181-01\(20836\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-24-000-1996-02181-01(20836))

Colombia. Consejo de Estado. (2013, 28 de febrero). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, Proceso No.25075, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Bogotá Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=66001-23-31-000-2001-00063-01\(25075\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=66001-23-31-000-2001-00063-01(25075))

Colombia. Consejo de Estado. (2014, 13 de noviembre). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sección B. Proceso No. 31182. C.P Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-1999-03218-01\(31182\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-1999-03218-01(31182))

Colombia. Consejo de Estado. (2014, 26 de febrero). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Proceso No. 28579. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=52001-23-31-000-1999-01088-01\(28579\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=52001-23-31-000-1999-01088-01(28579))

Colombia. Consejo de Estado. (2014, 28 de agosto). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Proceso No. 28804. C.P Stella Conto Díaz del Castillo. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=23001-23-31-000-2001-00278-01\(28804\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=23001-23-31-000-2001-00278-01(28804))

Colombia. Consejo de Estado. (2015, 05 de Marzo) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Proceso No. 30945. C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Bogotá Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=08001-23-31-000-1998-01255-01\(30945\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=08001-23-31-000-1998-01255-01(30945))

Colombia. Consejo de Estado. (2015, 15 de octubre). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Proceso No. 28487. C. P. Stella Conto Díaz del Castillo. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1994-09482-01\(28487\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-1994-09482-01(28487))

Colombia. Consejo de Estado. (2016, 29 de febrero), Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Proceso 35298. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-2000-04390-01\(35298\)A](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=05001-23-31-000-2000-04390-01(35298)A)

Colombia. Consejo de Estado. (2017, 18 de mayo) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Proceso No. 36565. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=73001-23-31-000-2006-01328-01\(36565\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=73001-23-31-000-2006-01328-01(36565))

Colombia. Consejo de Estado. (2017, 19 de julio). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Proceso No. 38251. Bogotá Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-31-000-2000-02344-01\(38251\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=68001-23-31-000-2000-02344-01(38251))

Colombia. Consejo de Estado. (2018, 26 de Abril) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Proceso No. 41390. C.P. Adriana Marín. Expediente. Sentencia del. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-2004-02010-01\(41390\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-2004-02010-01(41390))

Colombia. Consejo de Estado.(2017, 30 de marzo) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Proceso No. 37125. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Bogotá. Recuperado de [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=66001-23-31-000-2002-00576-01\(37125\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=66001-23-31-000-2002-00576-01(37125))

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Sala administrativa (2007), Responsabilidad del Estado, Bogotá: Grafi-impacto Ltda. Recuperado de <http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a3/7.pdf>

Colombia. Corte Constitucional (1992, 05 de junio), Sala Primera de Revisión. Sentencia No. T 406, M. P. Ciro Angarita Barón, M., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

Colombia. Corte Constitucional (1995, 04 de octubre), Sala Plena. Sentencia No. C -450, M. P. Antonio Barrera Carbonell, Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-450-95.htm>

Colombia. Corte Constitucional (1996, 01 de agosto), Sentencia de Constitucionalidad C 333 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

Colombia. Corte Constitucional (1998, 05 de marzo), Sala Séptima de Revisión. Sentencia No. T 068, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2001, 05 de julio), Sala Plena. Sentencia No. C- 710, M. P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2010, 09 de diciembre), Sala Plena. Sentencia No. C- 1008, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-1008-10.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2013, 13 de noviembre), Sala Plena. Sentencia No. C- 826, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-826-13.htm>

Colombia. Corte Constitucional (2018, 24 de abril), Sala Sexta de Revisión. Sentencia No. T – 158 de 2018, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-158-18.htm>

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2010, 22 de julio), Sala de Casación Civil. Radicado 04201, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, Bogotá.

Colombia. Departamento Administrativo de la Función Pública. (2017, octubre), Protocolos de Servicio al Ciudadano. Bogotá. Recuperado de <http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506977/2435.pdf>

Colombia. Ministerio de la Protección Social. (2009, Diciembre), Procedimientos de Consentimiento Informado. Bogotá.

Colombia. Ministerio de la Protección Social. Dirección General de Calidad de Servicios. (2017), Guía Técnica “Buenas Prácticas Para La Seguridad Del Paciente En La Atención En Salud”. Bogotá. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Garantizar-funcionalidad-procedimientos.pdf>

Corte Constitucional. [C.C.]. Mayo 07, 2013. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C 258 Colombia. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-258-13.htm>

Enciclopedia Jurídica. (2014). Responsabilidad. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/responsabilidad/responsabilidad.htm>

Escobar, L. (2004). La Huida del Derecho Administrativo. *Revista Holística Jurídica*. No 3. 127 – 160. Medellín: Universidad San Buenaventura.

Fernández, A. (s.f.). El Concepto de Responsabilidad. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 95-110. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/9.pdf>

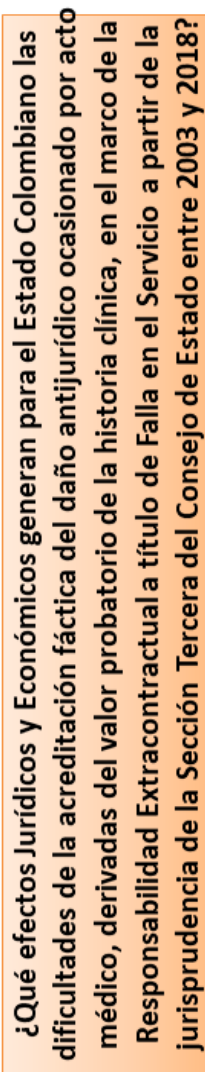
- Finn, M. (2015). Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética. *Revista chilena de derecho privado*, (25), 55-75.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200002>
- Gil, E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Temis.
- Gil, E. (2014). *La Constitucionalización del Derecho de Daños. Nuevo Sistema de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Temis.
- González, O. (2009). Responsabilidad Del Estado En Colombia: Responsabilidad Por El Hecho De Las Leyes. *Revista UIS Humanidades*. Volumen 37. 77-86. Recuperado de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/104>
- Guzmán, F., Franco, E., Morales, M., Mendoza, J. (1994) El Acto Médico. Implicaciones Éticas y Legales. Vol. 19, (3), pp. 139 -149. Recuperado de:
http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El_acto_medico.pdf
- Irrisarri, C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. (Trabajo de Grado, Pontifica Universidad Javeriana). Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- Iuris, M. (2015). Aspectos Fundamentales De La Responsabilidad Civil Alemana En El Ámbito De La Cirugía Estética. *Revista Chilena de Derecho Privado*. No 25, pp 55-75. Diciembre 2015. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n25/art02.pdf>
- Leal, H. (2015). *Diccionario Jurídico*. Bogotá. Editorial Leyer
- Maldonado, G. (2010). La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. En: *Revista Actualidad Jurídica*. 1, 54-62. Barranquilla: Universidad del Norte. Recuperado de http://guayacan.uninorte.edu.co/publicaciones/revista_actualidad_juridica/upload/File/La_nocion_servicio_publico_concepcion_Estado_Social_derecho.pdf
- Marín, J. y Cols. (2004). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. La Responsabilidad de la Administración del Estado en Francia*. México: Editorial Porrúa, Instituto Tecnológico

- Autónomo de México. Recuperado de https://www.academia.edu/13589244/La_responsabilidad_de_la_Administraci%C3%B3n_del_Estado_en_Francia
- Meneses, C. (2014). Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Derecho Civil. *Revista Ius et Praxis*. No 2, pp 43 – 86. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art03.pdf>
- Munita, R. (s.f.). Reforma al Derecho de Responsabilidad Civil en Francia. El Proyecto Definitivo. Francia. Recuperado de <http://munitaycia.cl/wp-content/uploads/2018/01/Reforma-al-derecho-de-la-responsabilidad-civil-en-Francia.-El-proyecto-definitivo..pdf>
- Naciones Unidas. Asamblea General. (1948, 10 diciembre), Declaración universal de Derechos Humanos. París, Francia. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Naciones Unidas. Asamblea General. (1966, 16 diciembre), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/7_cartilla_pidescypf.pdf
- Naciones Unidas. La Conferencia General. (2005, 19 octubre), Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Recuperado de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Organización de Estados Americanos. Asamblea General. (1969, 7 al 22 de Noviembre). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Ortiz, M. (2010). Responsabilidad extracontractual del estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional. (trabajo de grado, Universidad Militar Nueva Granada). Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3549/GomezOrtizMariaIlyany2010.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

- Palomino, R.. (2008). Responsabilidad Médica Consentimiento Informado y Nuevas Tecnologías. (trabajo de grado, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario). Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/86434789.pdf>
- Parés Salas, A. (2011). Una muy breve aproximación al sistema alemán de pretensiones por responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. VV. AA, 100, 1909-2009. Recuperado de <http://www.muci-abraham.com/uploads/publicaciones/f3a1d1fac6d6faf3dc8eb9a7219ca650a978a433.pdf>
- Penneau, J. (1997/1998). Evolución reciente del Derecho de la Responsabilidad Médica en Francia. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal 2(2) / 3(1): 27-33. Francia: Facultad de Derecho, Jean Monnet 53, Rue Constant Coquelin, 94400 Vitry, Francia. Recuperado de <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v2-3n2-1/art5.pdf>
- Perrino, P. (1998). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en le Derecho Argentino. RAP No 237. Argentina: Conferencia pronunciada en las jornadas de Derecho Administrativo en los países del Mercosur, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, durante los días 10, 11 y 12 de septiembre de 1997. Recuperado de [PERRINO%20-%20Responsabilidad%20extracontractual%20en%20el%20Der.%20Argentino%20\(1\).pdf](#)
- Ponce, M. (2018, 17 de Agosto) Responsabilidad Médica. Ejercicio de la Medicina. (Entrada de Blog). Recuperado de: <https://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>
- Rivera, M. (2014). ¿Qué se entiende por Responsabilidad por Acto Médico? Una reflexión desde la Biojurídica. Escritos. Vol 22(48). Pp. 123 – 142. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v22n48/v22n48a06.pdf>
- Ruiz, W. (2000). Responsabilidad del Estado y sus Regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones
- Sandoval, D. C. G. (2012). Algunos interrogantes sobre la responsabilidad médica. Revista Colombiana de Anestesiología, 40 (2), 131-133. Doi: [https://doi.org/10.1016/S0120-3347\(12\)70027-8](https://doi.org/10.1016/S0120-3347(12)70027-8)

- Toro, M., Vázquez, M. (2016). Impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud: el caso del centro de estudios en derecho y salud CENDES. Revista CES Derecho Volumen 7 (2) Julio-Diciembre. pp. 5 -12. Recuperado de:
<http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v7n2/v7n2a02.pdf>
- Universidad de Antioquia. (s.f.). Formación Ciudadana y Constitucional. Los fines Esenciales del Estado Colombiano. Principios Fundamentales Constitución de 1991. Consultado el 20 de Mayo de 2018. Recuperado de
http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/fines_esenciales.html
- Vélez, H. (2015). La responsabilidad jurídica: aproximación al concepto, relación con otros conceptos jurídicos fundamentales y su funcionamiento. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas - UPB, Vol. 45 (122) Pp. 127-151 Medellín. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n122/v45n122a06.pdf>
- Vera, O. (2013). Aspectos Éticos Y Legales En El Acto Médico. Rev. Méd. La Paz. vol.19, (2) pp. 73-82. Recuperado de
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010&lng=es&nrm=iso%3E.%20ISSN%201726-8958
- Vivas, M. (2017). Unificación De La Responsabilidad Civil Contractual Y Extracontractual En El Nuevo Código Civil Y Comercial Argentino. Principales aspectos de la reforma. (Mensaje en un Blog) Recuperado de
<http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2649-unificacion-responsabilidad-civil-contractual-y-extracontractual-nuevo>.

MAPA CONCEPTUAL DE LOS MARCOS DE REFERENCIA



Fuente: Propia

JURISPRUDENCIA A ANALIZAR

Periodo a analizar: Cinco (05) Años de: 2014 a 2018

Número de Providencias: 27

Fuente: Relatoría del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsecciones A, B y C.

7.1.1.1 Año 2018:

1	PROVIDENCIA	73001-23-31-000-2006-01304-01(43435)	FECHA	28 Noviembre 2018
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A	MAGISTRADO PONENTE	María Adriana Marín
	DEMANDANTE	Carolina Marín y Otros	DEMANDADO	Nación- Min Defensa- Ejercito Nacional y Otros
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en Procedimiento Quirúrgico Sentencia que resuelve recurso de apelación de la demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima del 22 Noviembre 2014		
	Se analiza si las demandadas deben ser declaradas responsables por las lesiones causadas a la señora Carolina Marín como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada el 18/05/2004 en el Dispensario Médico del batallón No 06 de Ibagué. Se intervino por presentar coleditiasis, en la intervención se le perforó la vía biliar, debió ser reintervenida, tenía 26 semanas de gestación, a raíz de las complicaciones derivadas de la cirugía le tuvieron que practicar cesárea, la bebé nació pretérmino (prematura) y falleció tres días después.			
	RATIO DECIDENDI	La sala concluye que en efecto la complicación quirúrgica que sufrió la paciente obedeció a una lesión iatrogénica en el momento de la intervención, que la sala de cirugía no era la indicada para practicar ese tipo de procedimientos, y que de ese error en la intervención se le derivaron a la paciente una serie de danos que le devinieron en nuevas intervenciones, en perdida de la capacidad laboral en un 26%, terminó finalmente requiriendo un trasplante de hígado y perdió la bebé que estaba esperando. Se comprobó que la paciente no tenía derecho al uso del sistema de salud de las fuerzas militares por tanto no debía ser intervenida allí, y que el Dispensario médico no tenía la capacidad para sortear complicaciones intraoperatorias como la presentada		
	DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, declara administrativa y patrimonialmente responsable a las demandadas		
	FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV) + Daño a la Salud	\$ 203,122,920
			Perjuicios Materiales	\$ 82'663.069

Figura 2. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

2	PROVIDENCIA	70001-23-31-000-2003-00195-01 (47100)		FECHA	13 Noviembre 2018
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A		MAGISTRADO PONENTE	Marta Nubia Velásquez Rico
	DEMANDANTE	Omar E. julio y Otros		DEMANDADO	Min Educación, clínica las peñitas Sincelejo y otros
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico Asistencial Sentencia proferida en grado jurisdiccional de consulta de la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Sucre del 31 Enero de 2013			
	Se analiza si existió error en la atención médica en el servicio de obstetricia, la paciente falleció por shock hipovolémico hora y media luego de habersele practicado una cesárea.				
	RATIO DECIDENDI	La subsección realiza un análisis probatorio basado en el dictamen pericial y la historia clínica obrantes en el expediente, de donde se colige que el personal médico cumplió con todos los protocolos de atención médicos exigidos en estos casos. Se determinó que la condición hemorrágica que devino sobre la paciente, fue una situación sobreviviente, imprevista y que escapó de la diligencia con que procedieron los galenos. De modo tal, que no logró la parte actora demostrar la existencia de los presupuestos de la responsabilidad en lo que atañe al hecho causante del daño y al nexo causal. Por tanto, al no existir pruebas respecto de la existencia de falla en el servicio en la atención médica en comento se exime a las demandadas de la responsabilidad aludida por la parte actora.			
	DECISION	Revoca la sentencia recurrida, niega las pretensiones de la demanda.			
FALLO	Desestimatorio	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ -	
		Perjuicios Materiales: Daño Emergente		\$ -	

3	PROVIDENCIA	05001-23-31-000-1998-03485-01 (43817)		FECHA	11 Octubre 2018
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A		MAGISTRADO PONENTE	María Adriana Marín
	DEMANDANTE	Luz Zapata Tapias y Otros		DEMANDADO	ESE Hospital Laureano Pino, del municipio San José de la Montaña, Antioquia
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en Atención Médica Sentencia que resuelve recurso de apelación de la demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 30 Septiembre 2014			
	Se analiza si la ESE demandada incurrió en negligencia o falta de prestación del servicio médico a la señora Luz Zapata quien contaba con 30 semanas de gestación y quien terminó perdiendo al bebé por inconsistencias en la atención medica recibida. Pasaron 5 días entre la consulta de la gestante y la remisión a un centro médico de mayor complejidad, la remisión se da finalmente por una enfermera porque la ESE no contaba con médico en ese momento, en el traslado de la paciente el bebé nace muerto.				
	RATIO DECIDENDI	Con base en el acervo probatorio, la sala decanta que sí existió responsabilidad de la ESE, como quiera que no se le brindó oportuna atención a la gestante, los exámenes practicados no obedecieron a las condiciones clínicas y antecedentes de la paciente, no hubo la debida diligencia para una remisión oportuna y se logró establecer que en el momento en que el bebé nació muerto ya tenía entre 36 a 48 horas de fallecido, tiempo en el cual era responsabilidad de la ESE brindarle una atención oportuna a la demandante.			
	DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, declara administrativa y patrimonialmente responsable a la demandada.			
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ 351.558.900	
		Perjuicios Materiales: Daño Emergente		\$ -	

Figura 3 y 4. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

4	PROVIDENCIA	05001-23-31-000-2002-00774-01 (45138)	FECHA	08 Agosto 2018
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B	MAGISTRADO PONENTE	Ramiro Pazos Guerrero
	DEMANDANTE	Gabriela Vélez y Otros	DEMANDADO	ESE Hospital General de Medellín “Luz Castro de Gutiérrez” y ESE Metrosalud
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en Atención Médica Sentencia que resuelve recurso de apelación de ambas partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 07 Octubre 2014		
	Se analiza si las ESE demandadas incurrieron en errores u omisiones que conllevaron a la muerte del menor Andrés Toro, quién sufrió un accidente jugando basquetbol, en la ESE Metrosalud le diagnosticaron intoxicación sin especificación, se le administro analgésicos y se envió a casa. Dos días después el paciente reconsulta en otra clínica adscrita a Metrosalud porque continua con vómito, náuseas y mareos es trasladado ala ESE Hospital General de Medellín, allí le realizan un TAC y le diagnostican una Hemorragia Sub aracnoidea, y le indican a los padres del paciente que se requiere un examen más específico Angiografía que no se practica allí, se dilata la prestación del servicio y el menor fallece tras habérsele practicado una cirugía en la cual no recuperó la conciencia y donde dos días después la familia decide desconectarlo de la respiración artificial en donde había quedado posterior a la cirugía.			
	RATIO DECIDENDI	Del análisis se previó que en efecto la ESE Metrosalud incurrió en falla en el servicio por dar un diagnóstico errado y por no haber mantenido al paciente en observación para poder concatenar la sintomatología con el diagnóstico; de otro lado se encontró al Hospital General de Medellín responsable por falla en el servicio al omitir la realización de la angiografía, examen trascendental para mejorar las probabilidades de tratamiento en casos de HSA, se realizó el análisis a la luz de la teoría de la perdida de oportunidad.		
	DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, declara administrativa y patrimonialmente responsable a las demandadas.		
	FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ 164.060.820
			Perjuicios Materiales: Daño Emergente	\$ 851.114

5	PROVIDENCIA	68001-23-31-000-2000-02504-01 (39038)		FECHA	02 Mayo 2018
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN C		MAGISTRADO PONENTE	Jaime Orlando Santofimio Gamboa
	DEMANDANTE	José Antonio Hernández y Otros		DEMANDADO	Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal y Otros
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Error de Diagnóstico Sentencia que resuelve recurso de apelación de ambas partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander del 08 Octubre 2009			
	Se analiza si las demandadas incurrieron en errores de diagnóstico y atención con la paciente. Quien acudió al servicio médico de urgencias por dolor de oído de 1 día de evolución, se médico y trato como cuadro viral consecuente a gripa. La paciente consulta tres veces más al servicio de urgencias sin obtener mejoría a su padecimiento, en una cuarta consulta a urgencias se decide hospitalizar, se ordenan exámenes específicos y se diagnostica meningitis aguda, la paciente a los tres días fallece por el avanzado cuadro bacteriano que desencadenó la meningitis.				
	RATIO DECIDENDI	La Sala basada en peritaje, y con primordial apoyo en la historia clínica encuentra probada la falla ene le servicio como quiera que la atención médica nunca fue diligente y solo hasta una cuarta asistencia de la paciente a urgencias se le ordenaron exámenes especializados e interconsulta con ORL, se condena el hecho que no se hubieran agotado todas las posibilidades técnicas, tecnológicas y humanas desde el primer examen en aras de descartar un proceso bacteriano, en lugar de aducir sin exámenes de profundidad un simple cuadro viral.			
	DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, declara administrativa y patrimonialmente responsable a las demandadas.			
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ 234,372,600	
		Perjuicios Materiales: Daño Emergente		\$ 2.059.624,17	

Figura 5 y 6. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

6	PROVIDENCIA		66001-23-31-000-2008-00341-01 (42008)	FECHA	19 Febrero 2018
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A	MAGISTRADO PONENTE	Carlos Alberto Zambrano Barrera
	DEMANDANTE		Enrique Benavidez y Otros	DEMANDADO	Departamento de Risaralda, ESE Hospital universitario San Jorge de Pereira
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Negación y demora en la prestación del Servicio Sentencia que resuelve recurso de apelación de la demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda del 19 Mayo de 2014		
	Se analiza si la demandada incurrió en falla en el servicio, al demorar la atención del paciente. El señor Naún Benavidez, fue herido por arma de fuego, ingresó a un hospital de Pereira pero por la gravedad de sus heridas debió ser remitido a hospital de III Nivel. Allí se le practicaron las maniobras de reanimación pertinentes, no pudo ingresarse inmediatamente a cirugía, pues el único cirujano disponible en el hospital se encontraba en ese momento operando a otro paciente herido también por arma de fuego. El señor Benavidez luego de 40 minutos de reanimación fallece.				
RATIO DECIDENDI		La Sala realiza un análisis basado en la HC, peritaje y testimonios, donde se colige que la ESE actuó de acorde a los protocolos médicos para estos casos, que si bien es obligatorio pasar inmediatamente a cirugía a un paciente en estas condiciones, no haberlo hecho obedece a que el cirujano se encontraba ocupado en ese momento, y la ley no obliga a los hospitales de III nivel a tener más de un cirujano, por tanto no prospera indilgar responsabilidad al Estado, como quiera que el hospital fue diligente hasta donde las condiciones del paciente lo permitieron.			
DECISION		Revoca la sentencia de primera instancia, niega las pretensiones de la demanda			
FALLO		Desestimatorio	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ -	
			Perjuicios Materiales: Daño Emergente	\$ -	

7.1.1.2 Año 2017:

7	PROVIDENCIA	25000-23-26-000-2003-02367-01 (38515)		FECHA	14 Septiembre 2017
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A		MAGISTRADO PONENTE	Marta Nubia Velásquez Rico
	DEMANDANTE	Yenny Vanegas Hurtado y Otros		DEMANDADO	Bogotá D.C., Secretaría Distrital de Salud y Otro
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Error en Procedimiento Sentencia que resuelve recurso de apelación de ambas partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, del 08 Julio 2009			
	Se analiza si se presentó responsabilidad por acto médico, toda vez que la paciente acudió al Hospital de Fontibón para realizar una ligadura de trompas, y dos días después reconsultó por cuadro agudo de dolor, vómito y fiebre, se determinó que en dicha cirugía se le perforó el intestino y debió ser reintervenida por cuadro de apendicitis aguda, la paciente reclama los perjuicios por la complicación y por las cicatrices y daños psicológicos a consecuencia de éstas.				
	RATIO DECIDENDI	La Sala hace un arduo análisis y enfoque sobre la importancia y normatividad dela Historia Clínica dentro de los casos de Responsabilidad por Acto médico, como quiera que el Hospital aportó la misma de manera incompleta y con faltantes frente a notas clínicas y datos de los procedimientos y estado de la paciente, se da por probado el indicio de responsabilidad de las demandadas.			
	DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, declara administrativa y patrimonialmente responsable a las demandadas, salvo la Secretaria Distrital de Salud, quien no fue legitima por pasiva.			
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV) + Daño a la Salud		\$ 165.986.325	
		Perjuicios Materiales: Daño Emergente		\$ 9.183.128	

Figura 7 y 8. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

8

PROVIDENCIA	668001-23-31-000-2000-02344-01 (38251)	FECHA	19 Julio 2017
FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN C	MAGISTRADO PONENTE	Jaime Orlando Santofimio Gamboa
DEMANDANTE	Flor Alarcón y Otros	DEMANDADO	Instituto de Seguro Social (ISS)
ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Error de Diagnóstico Sentencia que resuelve recurso de apelación de ambas partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander del 28 Agosto de 2009		
	Se analiza si existe responsabilidad a título de falla en el servicio, respecto de un paciente que ingresó a clínica de Bucaramanga por complicaciones de diarrea, se medicó con antidiarreico, pero según la parte actora no se le practicó ningún tipo de examen para complementar el diagnóstico, días después el paciente fallece y se cuestiona a la clínica, en especial al ISS haber brindado al paciente atención oportuna y eficaz. La necropsia indicó que la muerte fue producto de enfermedad sistémica infecciosa que causó una falla orgánica multisistémica.		
RATIO DECIDENDI	La sala entra a determinar si frente al caso en comento, se dio una falla por error en el diagnóstico, como quiera que la parte actora aduce que al paciente no se le hizo un examen diagnóstico completo, que hubiera permitido evidenciar la patología que padecía, y encuentra en el material probatorio obrante en el expediente, solo se hace referencia a la sintomatología con que ingresó el paciente y lo que el médico prescribió. De allí que la sala advierte, que faltó a la parte actora aportar un dictamen médico que permitiera contrastar si ante la sintomatología presentada por el paciente se siguieron los protocolos médicos indicados, o si en primera instancia el médico tenía como establecer la complicación infecciosa sistémica que presentaba el paciente. De modo tal que se revoca la sentencia de primera instancia, aduciendo que con lo que describe la historia clínica se colige que el médico obró acorde con la sintomatología del paciente y con lo referido al interrogatorio de la anamnesis.		
DECISION	Revoca la sentencia de primera instancia, niega las pretensiones de la demanda		
FALLO	Desestimatorio	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ -
		Perjuicios Materiales: Daño Emergente	\$ -

9

PROVIDENCIA	73001-23-31-000-2006-01328-01 (36565)	FECHA	18 Mayo 2017
FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN C	MAGISTRADO PONENTE	Jaime Orlando Santofimio Gamboa
DEMANDANTE	Johana Ascencio	DEMANDADO	Hospital Federico Lleras, Departamento del Tolima, Ministerio de la Protección Social
ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – En servicio de obstetricia Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte actora contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima del 25 Agosto de 2008		
	Se analiza si existió una falla en el servicio médico de obstetricia, en donde a la demandante quien fue en su momento la paciente, se le practicó en el Hospital Federico Lleras procedimiento de cesárea, que según consta en los reportes médicos, fue exitosa sin complicaciones. No obstante la paciente presenta cuadros posteriores de infección que obligaron al personal médico a reintervenirla y con consentimiento de los padres de la paciente retiraron útero y demás tejidos afectados y comprometidos. La paciente demanda y alega afectaciones morales pues no podrá volver a tener hijos e indica que la infección sobrevino a fallas en la atención médica y que por ello es endilgable la responsabilidad médica por falla en el servicio de los demandados.		
RATIO DECIDEND I	La Sala realiza un análisis a profundidad respecto de la responsabilidad en el servicio de obstetricia, para el caso en comento obra en la HC prueba que el servicio médico obró con diligencia, que tras la infección presentada por la paciente con posterioridad a la cesárea, se le practicó cubrimiento con antibióticos, antibiogramas, drenajes y todos los medios y posibilidades que tenía el Hospital a su alcance hasta que finalmente se requiere realizar la histerectomía de la paciente. No obstante lo anterior, esta providencia trae un recuento de la teoría jurídica que maneja la sección respecto a los casos de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, como en este caso, citándose la posición de la Sección frente a la existencia de responsabilidad objetiva en casos donde se logre demostrar que existió infección intrahospitalaria. De allí que pese a que el Hospital realizó las maniobras que a bien tenía que surtir, es condenado a el pago de los perjuicios morales causados a la paciente al tenersele que extraer su útero con ocasión a una sobreinfección contraída en el Hospital, y bajo la Tesis en comento.		
DECISION	Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda		
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ 29.508.680

Figura 9 y 10. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

10	PROVIDENCIA		66001-23-31-000-2002-00576-01 (37125)		FECHA		30 Marzo 2017	
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B		MAGISTRADO PONENTE		Danilo Rojas Betancourth	
	DEMANDANTE		María Urbina Quiceno y otros		DEMANDADO		Hospital Universitario San Jorge de Pereira ESE	
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Risaralda del 03 Abril de 2009					
	Se analiza la existencia de responsabilidad a título de falla en el servicio, en donde una paciente presenta complicaciones hemorrágicas una hora después de haber dado a luz, la paciente fue atendida por el médico de la sala de partos, y pese a que se llamó por parlante al especialista, éste no concurrió a valorar a la paciente puesto que iba a iniciar procedimiento de cesárea de otra gestante, brindó instrucciones al médico general por teléfono, y acudió a ver la paciente hora y media después. Pero debido a la gran pérdida de sangre, la paciente sufre un shock hipovolémico y fallece. No se practicó necropsia, no hay dictamen de medicina legal, solo testimonios y reportes de la HC.							
	RATIO DECIDENDI		La Sala analiza en primera instancia si en efecto es reprochable responsabilidad a título de falla en el servicio, coligiendo que acorde a lo descrito en la HC de la paciente se evidencia que si bien el médico general de la sala de partos ejecutó las maniobras en primera instancia indicadas para los casos de hemorragia posparto, se demoró en la administración de líquidos para controlar la pérdida de sangre de la paciente, en igual sentido le faltó prever que con sus maniobras no se estaba logrando estabilizar a la paciente y que se requería de una intervención más especializada consistente en accesos quirúrgicos que debía realizar el especialista, se le reprocha así al galeno que solamente se limitara a esperar que llegara el especialista y fuera él quien planteara que procedimiento debía seguirse, máxime cuando la hemorragia posparto es una complicación demasiado frecuente y altamente letal, se cuestionó que el hospital y la actuación médica haya sido tan pasiva, de allí que se le indilgue la responsabilidad a título de falla en el servicio. Aunado a lo anterior, condenan al especialista a título de llamamiento en garantía en un 40% sobre lo estipulado, como quiera que omitió su deber de valorar personalmente a la paciente, comprobándose que tenía tiempo de hacerlo antes de iniciar el otro procedimiento quirúrgico y conociendo la gravedad de la complicación de la paciente que finalmente falleció.					
DECISION		Modifica la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.						
FALLO		Concreto		Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ 479.516.050		
				Perjuicios Materiales: Lucro Cesante		\$ 294.373.315		

7.1.1.3 Año 2016:

11	PROVIDENCIA	08001-23-31-000-1999-00685-01 (31159) A	FECHA	03 Octubre 2016
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B	MAGISTRADO PONENTE	Ramiro Pazos Guerrero
	DEMANDANTE	Ana Cecilia Cassab y otros	DEMANDADO	Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom EPS
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia de la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Atlántico, córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar del 13 de diciembre de 2004		
	Se analiza la existencia de responsabilidad a título de falla en el servicio, en donde a una paciente se le practicó una histerectomía, durante la cual se presentaron complicaciones que no sólo prolongaron el procedimiento, sino que pasado un mes hizo que la paciente reconsultara, en dicha oportunidad, la paciente asistió por dolor de espalda, dolor abdominal y vómito. Con los exámenes médicos se concluye que la paciente padece de hidrofrenosis derecha (inflamación del riñón por obstrucción del uréter), de modo tal que le practican un reimplante uretral. Pero, un año después, debido a que su condición de salud no mejoró, se ordenó la práctica de una nefrectomía derecha (extracción de riñón).			
	RATIO DECIDENDI	La Sala realiza un análisis de los testimonios que obran en el expediente y de lo consignado en la HC, considera que los testimonios no pueden tener pleno valor probatorio como quiera que los rindió personal médico de la misma institución, e inclusive una médico que participó en el		

Figura 11 y 12. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

	procedimiento quirúrgico inicial, por cuanto no puede dilucidarse con certeza la objetividad e imparcialidad de las declaraciones. Solicitó la sala peritaje para determinar si el procedimiento realizado obedeció a lo citado por la lex artis y si el daño referido por la actora guarda relación con la atención médica o no. Se concluye que en efecto la lesión padecida es uno de los riesgos inherentes a este tipo de cirugías y que por tanto no puede por esto imputársele responsabilidad al Estado, pero lo que si es de consideración, es que se presentó mucha dilación entre que la paciente reportara los síntomas de la complicación postquirúrgica y que la entidad le realizaría los exámenes respectivos, y diagnosticara la complicación en aras de darle oportuno tratamiento, lo cual devino en el infortunio de tener que extirparle finalmente el riñón derecho a la paciente. Por tanto, a juicio de la sala la responsabilidad médica debe imputarse al hospital por la demora en la prestación oportuna del servicio y práctica de los exámenes que permitían establecer la existencia de complicaciones posquirúrgicas en la paciente, puesto que con dicho retraso en la oportunidad y efectividad del servicio se redujo la posibilidad delimitar las consecuencias dañinas sobre la paciente.		
DECISION	Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.		
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV) + Daño a la Salud	\$ 193.047.400
		Perjuicios Materiales: Lucro Cesante	\$ 26.502.469

7.1.1.4 Año 2015:

12	PROVIDENCIA	05001-23-31-000-1998-00841-02 (35616)		FECHA	26 Noviembre 2015
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN C		MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Sánchez Luque
	DEMANDANTE	Luz Angélica Betancur y otros		DEMANDADO	Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional y Otro
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Prestación Tardía del Servicio Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 11 Marzo de 2008			
	Se analiza la existencia de responsabilidad de las demandadas por la no prestación oportuna del servicio médico a un soldado voluntario que padecía de insuficiencia renal crónica y Hepatitis B, quien fallece a consecuencia de una fibrilación ventricular.				
	RATIO DECIDENDI	La Sala colige que bajo el régimen de la falla probada, le asistía la carga al demandante de probar el nexo causal entre los hechos y el daño, para de esta forma poder imputarle dicho daño y la consecuente responsabilidad al Estado, no obstante, no se acreditó en el proceso que el contagio de Hepatitis B haya sido por causa de las acciones del demandado, adicional a ello la causa del fallecimiento se da por razones propias de la patología. En igual sentido, señala la sala que no puede establecerse prestación tardía del servicio, como quiera que según lo obrante en la HC del paciente, toda la atención médica fue en tiempos racionales, oportuna y de acorde a los protocolos médicos que rigen en estos casos.			
	DECISION	Confirma la sentencia de primera instancia, niega las pretensiones de la demanda.			
	FALLO	Desestimatorio	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ -
			Perjuicios Materiales: Lucro Cesante		\$ -

Figura 13 y 14. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

13	PROVIDENCIA	23001-23-31-000-2003-01787-01 (34689)		FECHA	22 Octubre 2015
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN C		MAGISTRADO PONENTE	Olga Mélida Valle de la Hoz
	DEMANDANTE	Rosa Flórez		DEMANDADO	Ministerio de Defensa, Policía Nacional
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Diagnóstico errado y tardío Sentencia que resuelve recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba del 07 Julio de 2009			
	La demandante es una patrullera de la Policía Nacional, quien refiere haber presentado padecimientos y dolores lumbares por varios meses, inicialmente sólo se le dio manejo con analgésicos, la patología continua lo cual hace necesaria la remisión al Hospital Militar Central en la ciudad de Bogotá, y tras los exámenes de rigor se le diagnostica hernia lumbar, la paciente es intervenida quirúrgicamente, presentando como secuelas a la afección sufrida incontinencia urinaria y fecal, lumbalgia y trastorno adaptativo, de lo cual devino una incapacidad laboral del 78.17%, motivo por el cual es retirada del servicio activo. La demanda no se enfoca en que el procedimiento quirúrgico hubiese sido fallido o bajo error, sino en que el diagnóstico tardío de la paciente repercutió en que el padecimiento creciera y con ello las nefastas secuelas que deterioraron la salud y la calidad de vida de la paciente.				
	RATIO DECIDENDI	La Sala analiza el material probatorio contenido en la HC de la paciente, así como testimonio rendido por médico urólogo, de lo cual se colige que en efecto la atención médica fue oportuna y nunca obro un error de diagnóstico, dudas sobre el mismo, o malos procedimientos, se estableció que la conducta quirúrgica era la que debía seguirse y que en ella no trascurrieron errores, de contera se estableció que las secuelas que padece la paciente son inherentes a ese tipo de intervenciones, y no son referencia de una mala praxis quirúrgica. Por tanto y como quiera que la demanda no versaba sobre una mala intervención, sino sobre un diagnóstico tardío mismo que no se acreditó, la Sala confirma la sentencia de Primera instancia y exime de responsabilidad a las demandadas.			
	DECISION	Confirma la sentencia de primera instancia, niega a las pretensiones de la demanda.			
	FALLO	Desestimatorio	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ -	
			Perjuicios Materiales: Lucro Cesante	\$ -	
	14	PROVIDENCIA	25000-23-26-000-1994-09482-01 (28487)		FECHA
FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B		MAGISTRADO PONENTE	Stella Conto Díaz del Castillo
DEMANDANTE		Eduardo Lozano Lozano		DEMANDADO	Ministerio de defensa Nacional, Policía Nacional y Otro
ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera del 07 Julio de 2004			
Se analiza si las demandadas son responsables de falla médica, tras haber practicado cirugía de próstata al paciente quien experimentó incontinencia urinaria e impotencia sexual tras la intervención en comentario.					
	RATIO DECIDENDI	La Sala realiza un análisis de lo obrante en le HC, así como de los testimonios provenientes del Tribunal de Ética Médica, así como de Medicina Legal, encontrando que en la HC no se encuentra la nota clínica del procedimiento quirúrgico, ni de algunos de los controles realizados al paciente, así mismo se advierte que muchos de los datos contenidos en dicho documento resultan ilegibles y que no fueron recaudados en cumplimiento de la normatividad pertinente, pues no están en orden cronológico, por tanto resulta para la sala difícil establecer si los padecimientos reclamados por el demandante pueden devenir de un procedimiento clínico mal practicado, como quiera que no hay como saber que se realizó en dicha cirugía pues la HC no tiene dichas anotaciones. Por tanto, la Sala impone la condena contra las demandadas no fijando su responsabilidad por una mala práctica en el procedimiento clínico que hubiera generado consecuencias en el paciente que no debía soportar sino por lo que ella misma señala como “indebido diligenciamiento de la historia clínica, como daño autónomo”, lo cual le conculca el derecho al paciente a conocer la verdad sobre sus padecimientos, los procedimientos que se le practicaron y los planteamientos futuros que pueda requerir con base en lo ya tratado.			
	DECISION	Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.			
	FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ 1.288.700	
			Perjuicios Materiales: Lucro Cesante	\$ -	

Figura 15 y 16. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

15

PROVIDENCIA	25000-23-26-000-1995-00964-01 (21774)	FECHA	29 Septiembre 2015
FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B	MAGISTRADO PONENTE	Stella Conto Díaz del Castillo
DEMANDANTE	Marleny García y otros	DEMANDADO	Hospital Militar Central
ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 08 Febrero de 2001		
Se analiza la responsabilidad del Hospital, pues el paciente tras realizársele una neurocirugía fallece a consecuencia de una infección nosocomial sobrevenida, según la actora no detectada ni tratada a tiempo por la parte demandada.			
RATIO DECIDENDI	La Sala realiza su análisis dentro de los supuestos de responsabilidad por enfermedad nosocomial, puesto que obra en la HC material probatorio en el que se evidencia que el paciente tuvo un postoperatorio sin complicaciones derivadas de la cirugía propiamente dicha, pero que días más tarde empezó a presentar signos clínicos que terminaron días más tarde en el diagnóstico de neumonía nosocomial, misma que terminó causando la muerte al paciente. Con base en la tesis que maneja la sala para estos casos, se decide la responsabilidad de la parte demandada derivada de infección nosocomial, analizada bajo el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional.		
DECISION	Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.		
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ 193.305.000
		Perjuicios Materiales: Lucro Cesante	\$ -

16

PROVIDENCIA	13001-23-31-000-1996-11158-02 (32728)		FECHA	31 Agosto 2015
FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B		MAGISTRADO PONENTE	Stella Conto Díaz del Castillo
DEMANDANTE	Matilde Soto y otros		DEMANDADO	Instituto de Seguros Sociales, Ministerio de Salud
ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Deficiente prestación del servicio Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar del 06 de Septiembre 2005			
Se analiza la responsabilidad sobrevenida por el fallecimiento de un paciente a causa de un infarto, al señor meses antes se le practicó una cirugía de próstata en donde por error médico se le aplicó mal el anestésico (se aplicaron dos medicamentos diferentes vía subaracnoidea), posterior a la cirugía el paciente experimenta parestesias, paraplejia e incontinencias, hasta su fallecimiento por la complicación cardíaca descrita.				
RATIO DECIDENDI	La Sala analiza la HC, testimonio de los médicos tratantes, peritajes y estudios médicos de metaanálisis para el caso, coligiendo que en efecto debe imputarse responsabilidad por el error acaecido en la administración equívoca de medicamentos al paciente, situación que lo llevo a experimentar complicaciones que de no haberse presentado el citado error, no hubieran acaecido, de otro lado, se comprobó que el medicamento administrado por error generó paraplejia en el paciente lo que aumento el riesgo y desencadenó el infarto que cobró la vida del paciente.			
DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.			
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ 479.516.050	
		Periuicios Materiales: Lucro Cesante	\$ 294.373.315	

Figura 17 y 18. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

17	PROVIDENCIA		08001-23-31-000-2000-03119-01 (34921)		FECHA		05 Marzo 2015	
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B		MAGISTRADO PONENTE		Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	
	DEMANDANTE		Alejandro Trujillo y otros		DEMANDADO		Instituto de Seguros Sociales y Otro	
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Pérdida de oportunidad Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico del 11 de Julio 2007					
	Se analiza la responsabilidad por pérdida de oportunidad en la mejoría o disminución del daño sufrido por el demandante, quien sufrió herida por arma de fuego, y la bala se le alojó en la parte posterior de la cabeza lesionando 3 pares craneales, pese a que se ordena microcirugía en aras de ayudar a recuperar algo de funcionalidad en cuanto a cierre de párpado derecho y movimiento facial, el ISS tardó dos años en pasar al paciente por junta médica de valoración, de modo tal que se decide que por el tiempo transcurrido luego de la lesión, ya la cirugía no sería de éxito, misma que no se practica, quedando el paciente con disfuncionalidad motora, sensitiva, estética y funcional.							
	RATIO DECIDENDI		La Sala analiza la HC y testimonios coligiendo que en efecto se configura responsabilidad por pérdida de oportunidad, pues si bien las secuelas son consecuencia de una lesión externa, el ISS tardó 2 años en hacer valorar al paciente por cirugía lo que llevó a concretar los perjuicios que hubiesen podido mitigarse de habersele practicado la microcirugía a tiempo.					
	DECISION		Revoca la sentencia de primera instancia, accede únicamente a la pretensión por pérdida de oportunidad de la demanda.					
FALLO		Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)				\$ 96.652.500	
			Perjuicios Materiales: Lucro Cesante				\$ -	

18	PROVIDENCIA		08001-23-31-000-1998-01255-01 (30945)		FECHA		05 Marzo 2015		
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B			MAGISTRADO PONENTE		Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	
	DEMANDANTE		Sara Márquez y otros			DEMANDADO		Instituto de Seguros Sociales	
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Perdida de Oportunidad Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia de la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Atlántico, córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar del 08 octubre 2004						
	Se analiza la responsabilidad de la demandad quien atendió a la señora Elena Medrano, realizándole cesárea, la paciente presenta posteriormente cuadro de anemia y de endometritis por lo que se hizo necesario reintervenirla y practicarle una histerectomía total, estando en el postoperatorio de esta última intervención la paciente falleció con diagnóstico de shock hipovolémico.								
	RATIO DECIDENDI		La Sala analiza en este caso si el fallecimiento de la paciente implica la existencia de falla en el servicio médico, para lo cual se valoró la HC y los testimonios de los médicos tratantes. Se encontró que la paciente presentó signos clínicos de sugerían una infección postparto, y que no fueron observados ni atendidos por los galenos, a la paciente se le dio salida, y dadas la complicaciones que presentó, debió ser reintervenida quirúrgicamente donde posteriormente falleció. La Sala encuentra que tras los signos de hemorragia luego de la cesárea, no se indilga responsabilidad puesto está dentro de los riesgos del procedimiento. Pero lo que se cuestiona es la pérdida de oportunidad de sobrevivir que se le vulneró a la paciente al no observarse que estaba presentando fiebre, escalofríos, y sudoración, signos clínicos de infección por endometriosis post parto.						
	DECISION		Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.						
FALLO		Concreto		Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)			\$ 479.516.050		
				Perjuicios Materiales: Lucro Cesante			\$ 294.373.315		

Figura 19 y 20. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

19	PROVIDENCIA		50001-23-31-000-2002-00375-01 (30102)	FECHA	05 Marzo 2015
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B	MAGISTRADO PONENTE	Danilo Rojas Betancourth
	DEMANDANTE		Ana Suárez y otros	DEMANDADO	ESE Villavicencio
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Falla en le Servicio por Omisión Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta del 12 Octubre 2004		
	Se analiza la responsabilidad de la ESE por el fallecimiento de menor quien ingresó al servicio por presentar cuadro de diarrea, vómito y fiebre, se le ordenaron unos exámenes médicos pero por ser fin de semana no se los pudieron practicar, se medicó a la paciente y se egresó a la paciente. La niña continuó con la sintomatología en consulta al día siguiente se le formuló analgésico. El día lunes la menor reconsulta, se le practican los laboratorios y se le diagnostica dengue clásico, se hospitaliza, pero su cuadro clínico decrece rápidamente y fallece.				
	RATIO DECIDENDI		La Sala analiza que con base en lo anotado en la HC, los testimonios recaudados y el informe de necropsia de medicina legal encuentra que en efecto se configuró una demora en la prestación del servicio médico a la menor, estableció la Sala que debió remitirse a la paciente en vista que el cuadro clínico empeoraba y que a pesar de no contar con los resultados de los exámenes de laboratorio, los signos clínicos eran muy dicientes del cuadro de dengue que aquejo a la menor y del cual se sabe su letalidad de no tratarse oportunamente. Adicional a ello, se hace énfasis en la condición especial de protección que tienen los menores por mandato constitucional, ya que quedó comprobado que la médica de turno la noche antes del fallecimiento de la menor incurrió en varias omisiones como quiera que no acudió a valorar a la paciente y desatendió los reportes de enfermería que sugerían complicaciones en la paciente.		
	DECISION		Confirma y modifica la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.		
	FALLO		Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ 257.740.000
				Perjuicios Materiales:	\$ -
	20	PROVIDENCIA		68001-23-15-000-1998-00922-01 (30715)	FECHA
FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A	MAGISTRADO PONENTE	Hernán Andrade Rincón	
DEMANDANTE		Yermayne Castellanos	DEMANDADO	Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional	
ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandada contra la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander, y Cesar del 16 Dicie4mbre 2004			
Se analiza la responsabilidad de las demandadas, a razón que la actora aduce haber sufrido quemaduras de primer grado que le dejaron secuelas físicas y psicológicas. Indica que asistió al Hospital Militar de Bucaramanga para cirugía de vesícula y que tras ser dejada en una cama térmica por descuido y negligencia del personal del servicio médico sufrió las lesiones que demanda.					
RATIO DECIDENDI		La Sala establece con base en los elementos materiales probatorios, que en efecto sí se presentaron unas lesiones sobre la paciente, ajenas al procedimiento motivo de consulta y las cuales ella no estaba en la obligación de soportar. No obstante, se dirimió que las lesiones no acaecen de la utilización de una cama termina, sino del uso de un antiséptico compuesto por alcohol y yodo que excede las concentraciones oficial y sanitariamente permitidas. Se le imputa a la entidad la falla en el servicio y la responsabilidad por el daño experimentado por la paciente con las quemaduras sufridas, como quiera que se asume que el Hospital en su posición de ente de salud debe tener estricto control y vigilancia respecto de los equipos, instrumentos y elementos que emplea en la prestación del servicio médico.			
DECISION		Modifica la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.			
FALLO		Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV) + Daño a la Salud	\$ 90.209.000	
			Perjuicios Materiales:	\$ -	

Figura 21 y 22. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

7.1.1.5 Año 2014:

21	PROVIDENCIA		05001-23-31-000-1999-03218-01 (31182)	FECHA	13 Noviembre 2014		
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B	MAGISTRADO PONENTE	Ramiro de Jesús Pazos Guerrero		
	DEMANDANTE		Carlos Andrés Rojas y otros	DEMANDADO	Instituto de Seguros Sociales y otro		
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 06 Diciembre 2004				
	Se analiza la responsabilidad de los demandados con ocasión a la muerte de la señora Elena Londoño, con diagnóstico de Síndrome de adherencia intestinal y endometriosis grado II, luego de una videolaparoscopia presentó dolor incontrolable y sintomatología exacerbada, tuvo que ser reintervenida por diagnóstico post operatorio de peritonitis, sepsis, síndrome adherencial y perforación del íleon, la paciente tras unos meses de estar hospitalizada en el área de cuidados intensivos presentó sepsis peritoneal ocasionada por ruptura intestinal y falleció.						
	RATIO DECIDENDI		La Sala estableció que en efecto hay lugar a declarar la responsabilidad de las demandadas, como quiera que si bien con los interrogatorios de parte, informes periciales y de necropsia, se encontró que la perforación del intestino es una complicación inherente a ese tipo de procedimientos, lo que se condena es que los médicos no hayan tenido especial cuidado respecto a las condiciones de la paciente en su fase de postoperatorio, en donde con una atención oportuna se hubiera diagnosticado prontamente la peritonitis en aras de evitar su fallecimiento, en igual sentido se estableció que existió omisión en la prestación del servicio médico, como quiera que se comprobó que la paciente fue atendida tardíamente al reingresar a la clínica y que en múltiples oportunidades los médicos dieron instrucciones telefónicas sobre medicación sin valorar clínicamente a la paciente y establecer sus condiciones. se condenó también el hecho de HC con faltantes que agravaron los indicios de responsabilidad.				
	DECISION		Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.				
FALLO		Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ 348.040.000		
			Perjuicios Materiales: Daño emergente y Lucro Cesante		\$ 188.704.794		

22	PROVIDENCIA		25000-23-26-000-2001-00014-01 (27365)	FECHA	10 Septiembre 2014		
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN C	MAGISTRADO PONENTE	Olga Mélida Valle de la Hoz		
	DEMANDANTE		Liliana Flórez Ortiz	DEMANDADO	Hospital la Granja II Nivel de Atención y Otros		
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 Febrero 2014				
	Se si existe responsabilidad de los demandados, en atención a que la demandante ingreso al Hospital para atención del parto de su segundo hijo, 15 horas luego de su ingreso se decide medicar para ayudarla a dilatar más rápidamente, posteriormente se le realiza tacto vaginal, encontrando que le menor venía en mala posición, por lo cual deciden intervenir a la paciente mediante cesárea. Tres días después de haber sido dada de alta, la paciente fue hospitalizada nuevamente en donde se requirió realizar histerectomía (retiro total del útero) por abundante hemorragia vaginal.						
	RATIO DECIDENDI		La Sala analiza los elementos materiales probatorios del proceso en el que se encuentran Historia clínica del Hospital la Granja y del Hospital Simón Bolívar entidad que reintervino a la paciente por remisión de la primera, y en donde se pudo presentar la complicación que generó la histerectomía, no obstante recuenta la subsección que el régimen actual en responsabilidad médica es la falla probada y que era obligación de la parte demandante no solo sustentar el daño, sino también los hechos que sirven de imputación, para establecer el nexo causal y la subsecuente responsabilidad, como quiera que en este aspecto la parte demandante se quedó corta, y solo obra en el proceso la descripción de los procedimientos clínicos, no es posible determinar que en efecto se configuraron los elementos de la responsabilidad, aunado a lo anterior, la Sala resalta que el Hospital Simón Bolívar posible causante de la lesión, nunca fue integrado a la Litis, de modo tal que desde ninguna óptica puede establecerse juicio de responsabilidad.				
	DECISION		Recova la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.				
FALLO		Desestimatorio	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ -		
			Perjuicios Materiales:		\$ -		

Figura 23 y 24. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

23

PROVIDENCIA	19001-23-31-000-2001-01778-01 (29566)	FECHA	30 Abril 2014
FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN B	MAGISTRADO PONENTE	Stella Conto Díaz del Castillo
DEMANDANTE	Adriana Arias y otros	DEMANDADO	Dirección departamental de salud del Cauca
ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Mala Praxis Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño del 07 Septiembre 2004		
Se analiza si la muerte del paciente (recién nacido hijo, de la demandante) ocurrió por causa de mal procedimiento en el Hospital, donde se le aplicaron 4 vacunas al menor el mismo día, aunado a ello, alega la actora que el procedimiento fue realizado por estudiantes, lo que sugiere mala praxis clínica.			
RATIO DECIDENDI	La Sala analiza el acervo probatorio en lo que respecta a la HC y al dictamen de medicina legal, encontrando que si bien la Sección Tercera maneja la responsabilidad objetiva para casos como enfermedades nosocomiales o vacunas, en el presente caso no es de recibo como quiera que el protocolo de necropsia indica que el menor falleció de muerte súbita, consecuencia de complicaciones respiratorias, en efecto no hay signos clínicos que demostraran complicaciones por las vacunas aplicadas, y se desvirtuó desatención o negligencia por la atención de las estudiantes de práctica, como quiera que siempre estuvieron supervisadas, tal y como quedó registrado en la HC no controvertida por la parte actora, de modo tal que no existió relación de causalidad entre el daño (la muerte del menor), y la atención clínica por tanto no hay lugar a declarar la responsabilidad extrapatrimonial por falla en el servicio médico.		
DECISION	Confirma la sentencia de primera instancia, Niega las pretensiones de la demanda.		
FALLO	Desestimatorio	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)	\$ -
		Perjuicios Materiales:	\$ -

24

PROVIDENCIA	88001-23-31-000-2005-00050-01 (34125)		FECHA	12 Febrero 2014
FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A		MAGISTRADO PONENTE	Carlos Alberto Zambrano Barrera
DEMANDANTE	Isabel Bedoya y otros		DEMANDADO	Instituto de Seguros Sociales y Otro
ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – Mala Praxis Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina del 22 Marzo 2007			
Se analiza la responsabilidad acaecida sobre paciente menor de edad, que tras sufrir una caída presentó fractura de brazo izquierdo, se realiza una primera cirugía en el Hospital de San Andrés, pero al presentar complicaciones motoras en el brazo reintervinieron al paciente, tras la no mejoría se remitió a el Hospital del norte de Barranquilla donde fue nuevamente intervenido quirúrgicamente en aras de corregir el problema neurológico que presentaba sobre su brazo, la anomalía persiste y es nuevamente intervenido en Hospital de Medellín, alega la madre del paciente que la patología del menor fue a consecuencia de una mala práctica clínica en la primera cirugía realizada en San Andrés.				
RATIO DECIDENDI	La Sala analiza si en la primer cirugía practicada al paciente se cometieron yerros procedimentales que generaran las afecciones que hicieron al paciente sufrir deformidad física y motora permanente en su brazo izquierdo, así tras analizar las pruebas del expediente la sala concluye que no puede alegarse mala práctica clínica del Hospital de San Andrés, no obstante se indilga responsabilidad en el primer médico tratante de no haber hecho las remisiones para valoración por neurocirugía apenas recibió el paciente, en aras de descartar compromiso neurológico radial y cubital, lo cual hubiera mitigado el riesgo y las consecuencias dañosas en el menor. La responsabilidad se declara por pérdida de la oportunidad para éste paciente.			
DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.			
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ 18.480.000
		Perjuicios Materiales:		\$ -

Figura 25 y 26 Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

25	PROVIDENCIA		76001-23-31-000-2004-01210-02 (33492)		FECHA		26 Febrero 2014	
	FALLADOR		SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A		MAGISTRADO PONENTE		Carlos Alberto Zambrano Barrera	
	DEMANDANTE		María Gómez y otros		DEMANDADO		Instituto de Seguros Sociales	
	ASUNTO		Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 13 Junio 2006					
	Se analiza la responsabilidad por el fallecimiento del señor Antonio Díaz, quien atendido por el ISS se le recomendó trasplante de hígado para poder prolongar su vida, pero la institución médica no lo programó, ni mediante tutela e incidente de desacato, meses después y sin haberse practicado la cirugía el paciente falleció							
	RATIO DECIDENDI		La Sala analiza con base en la HC que la atención se dió en la Clínica Valle de lili, entidad que remitió oportunamente al paciente para su autorización por parte del ISS para que fuera trasplantado, sin embargo debió esperar casi un año para que dicha autorización se diera. Cuando por fin se autorizó, y pasado el tiempo de espera que llegara un donante compatible, las condiciones de salud del paciente habían desmejorado tanto, que hicieron imposible practicar la cirugía en comento, motivo por el cual solo pudo dársele tratamiento de soporte hasta que finalmente falleció. La Subsección encuentra responsabilidad en el ISS por la pérdida de oportunidad que generó en el paciente al dilatar el procedimiento para ser incluido en lista activa de pacientes para trasplante hepático.					
	DECISION		Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.					
	FALLO		Concreto		Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)			\$ 92.400.000
					Perjuicios Materiales:			\$ -

26	PROVIDENCIA	52001-23-31-000-1999-01088-01 (28579)		FECHA	26 Febrero 2014
	FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A		MAGISTRADO PONENTE	Mauricio Fajardo Gómez
	DEMANDANTE	Francisco Tisoy y otros		DEMANDADO	Ministerio de salud, Hospital José María Hernández de Mocoa
	ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de las partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño del 21 Mayo 2004			
	Paciente masculino mayor de edad sufrió accidente de tránsito que le deja lesiones severas en su cuerpo, entre eso traumatismo craneoencefálico, el Hospital determina que por la complejidad del caso el paciente debe ser trasladado a la ciudad de Pasto, pero antes de dicha remisión el paciente fallece, la familia alega que el hospital tardó demasiado en atender al paciente y que incurrió en varios actos de omisión que le generaron pérdida de tiempo en lo que hubiese podido salvar su vida.				
	RATIO DECIDENDI	Teniendo de presente el acervo probatorio, la Sala colige que en efecto se presentó en este caso responsabilidad médica, no obstante ésta es aducida a título de pérdida de la oportunidad, como quiera que no se encontró en la HC referencias respecto a que sobre el paciente se hubiesen realizado todas las maniobras que demostraran la diligencia y cuidado con que debía manejarse éste caso, contrario censu, no hay prueba que de 12:00 pm a 5:00 pm se hubiese prestado atención lo que a juicio de la Sala contribuyó en que el paciente perdiera oportunidad de mejorar sus condiciones de salud o de mitigar el daño padecido.			
	DECISION	Modifica la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.			
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ 249.480.000	
		Perjuicios Materiales:		\$ -	

Figura 27 y 28 Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

27

PROVIDENCIA	52001-23-10-001-9980-0983 01 (28376)		FECHA	26 Febrero 2014
FALLADOR	SECCION TERCERA SUBSECCIÓN A		MAGISTRADO PONENTE	Mauricio Fajardo Gómez
DEMANDANTE	Heriberto Córdoba y otros		DEMANDADO	Ministerio de salud, Hospital José María Hernández de Mocoa
ASUNTO	Acción de Reparación Directa por Falla en el Servicio Médico – No atención oportuna Sentencia que resuelve recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño de 05 Marzo de 2004			
Se analiza la responsabilidad de los demandados, pues el paciente ingresa por herida pericordal y hemorragia y pese a que se le pasan líquidos y se inicia valoración, el paciente requiere atención y valoración por cirujano, en la HC obra que pese a los llamados, éste no arribó a valorar al paciente, quien 40 minutos después de su ingreso presento desmejoramiento de condiciones, requiriendo reanimación cardiaca y presentando deceso minutos después.				
RATIO DECIDENDI	La Sala analiza que la HC es muy pobre frente a sus anotaciones, situación que la confirman el informe de necropsia, así como informe solicitado a la Facultad de Medicina de la Universidad del Cauca. De allí, que no existan suficientes elementos de juicio para poder establecer si en efecto las maniobras empleadas corresponden en su totalidad con el deber ser de protocolos médicos para éstos casos. No obstante, nuevamente la Sala pasa a dar aplicación de su Teoría sobre la pérdida de oportunidad, en donde no se discute la eficacia de las acciones desplegadas, sino que se analiza la pérdida de chance en su categoría de daño autónomo, motivo por el cual se colige que al no estar presente el cirujano de turno en el Hospital, la entidad vulneró al paciente la oportunidad d de un diagnóstico o maniobras médicas que si bien no se sabe le hubiesen salvado la vida, hubiesen podido mitigar el daño por aquel sufrido.			
DECISION	Revoca la sentencia de primera instancia, accede a las pretensiones de la demanda.			
FALLO	Concreto	Perjuicios Morales (Expresados en SMLMV)		\$ 104.720.000
		Perjuicios Materiales:		\$ -

Figura 29. Síntesis de jurisprudencia analizada en la investigación

Fuente: Propia

PRINCIPALES DINÁMICAS EVIDENCIADAS

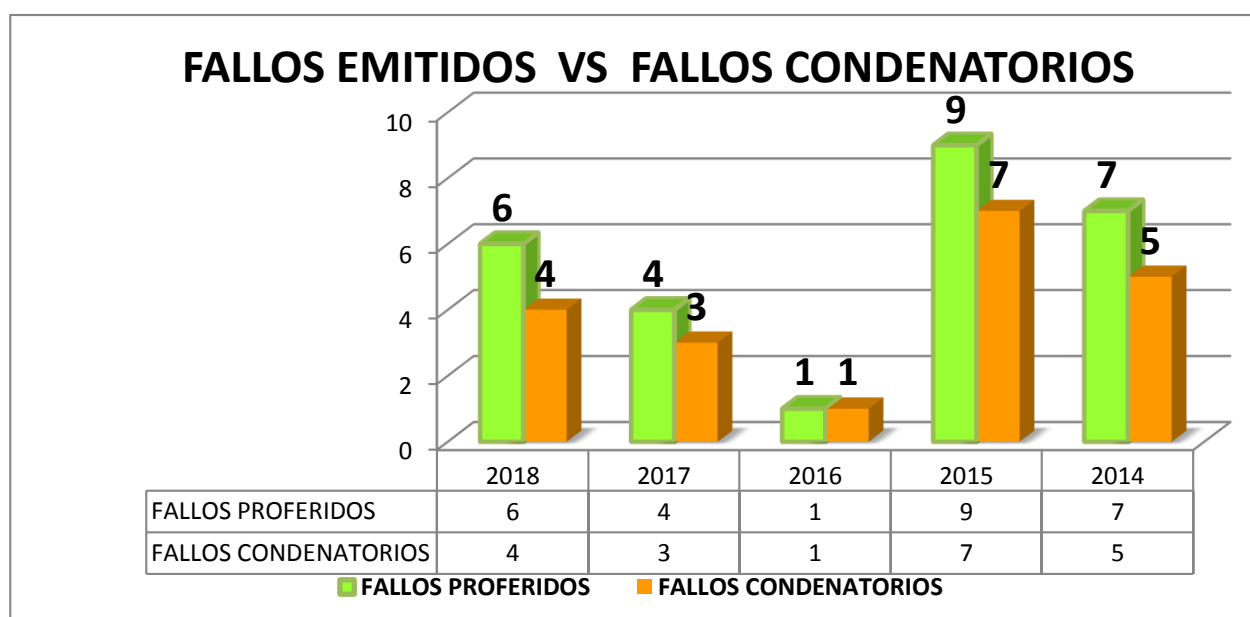


Figura 30 Consolidado por años de la jurisprudencia analizada en la investigación, total fallos emitidos Vs total fallos condenatorios, por año

Fuente: Propia

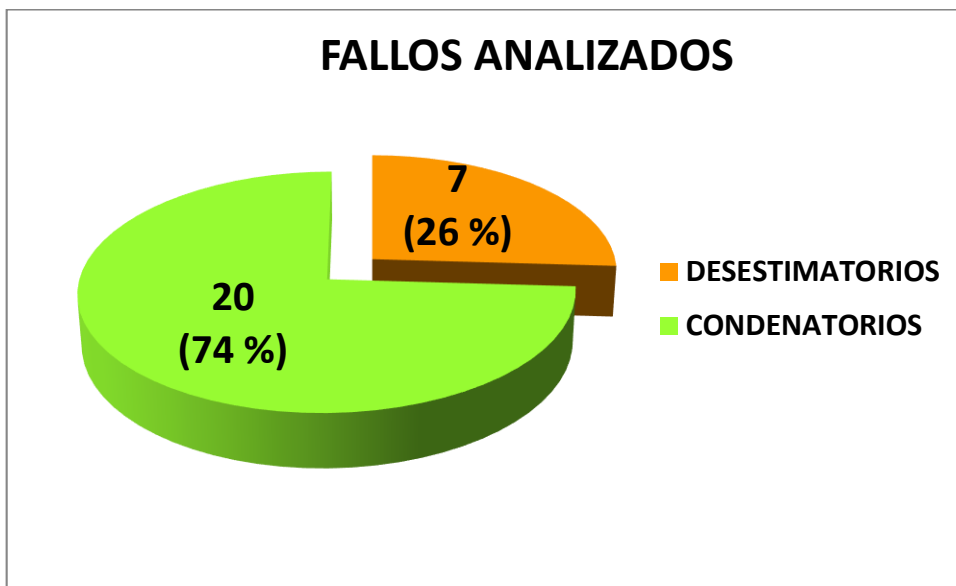


Figura 31 Consolidado global del total de fallos condenatorios Vs total fallos desestimatorios, en porcentajes sobre el total de la jurisprudencia analizada

Fuente: Propia

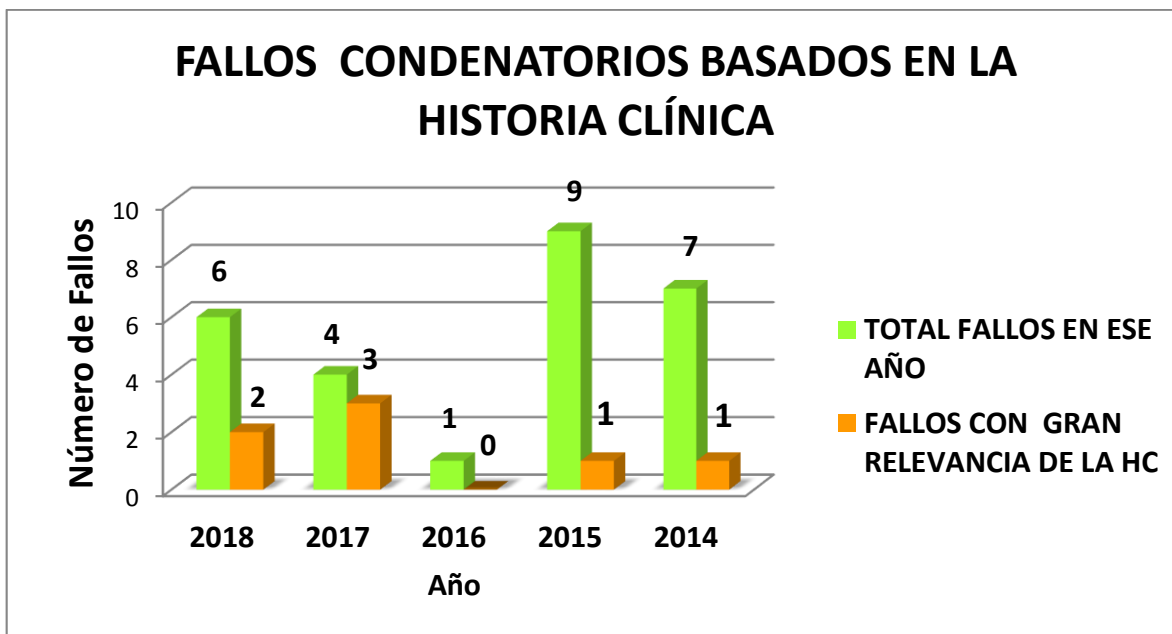


Figura 32. Relación de total de fallos proferidos Vs total de fallos con marcada relevancia de la Historia Clínica, por año

Fuente: Propia

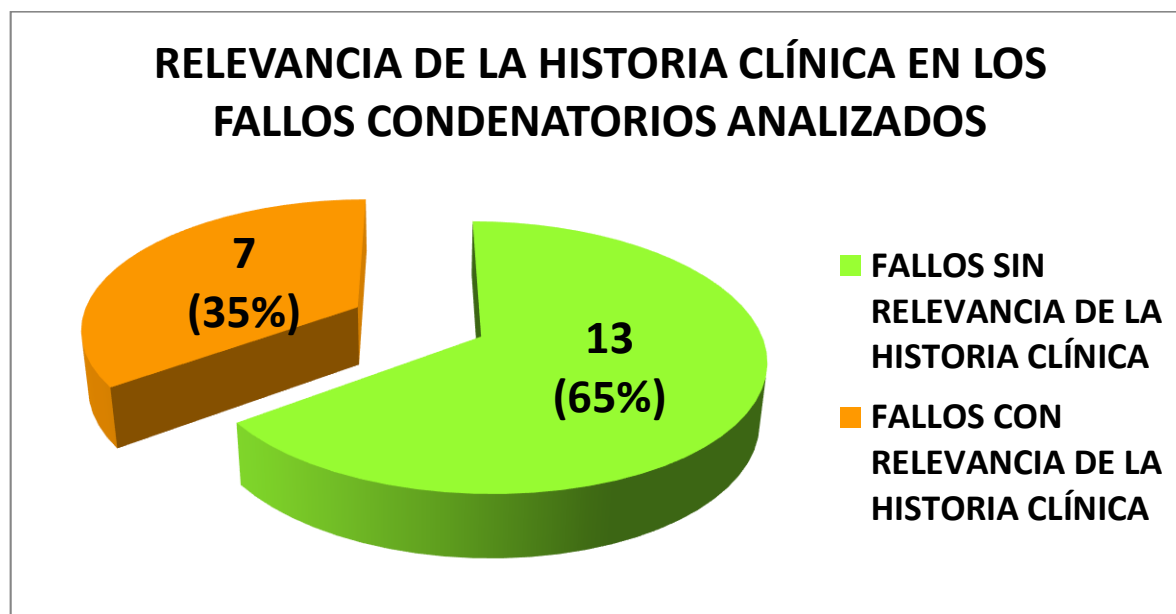


Figura 33. Relación Global de los Fallos condenatorios analizados (Relevancia de la HC Vs No relevancia de la HC), en porcentaje

Fuente: Propia

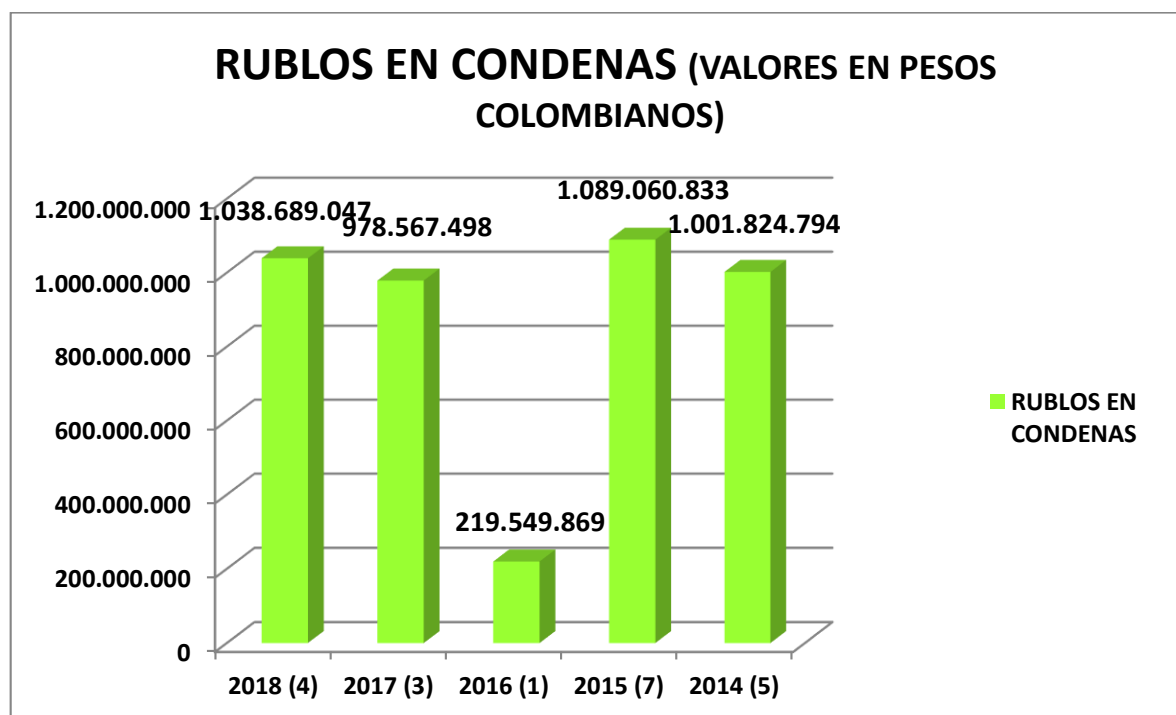


Figura 34. Relación anual de los consolidados monetarios proveniente de los fallos condenatorios, relación en pesos colombianos

Fuente: Propia