

INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Jackeline Granados Ferreira



INSTITUCIONES JURÍDICO-PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

JACKELINE GRANADOS FERREIRA
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

Resumen

El análisis y estudio sobre el tema de las instituciones jurídicas busca determinar, a partir de la normatividad, el grado de responsabilidad en el cual incurren las personas que ejercen las actividades médicas, y a su vez establecer el grado de imputación denominado *falla médica*, el cual está determinado a partir de las acciones de un profesional de la salud o de una entidad prestadora de este servicio. Para la determinación de estas premisas, es vital conocer y definir la forma en que se puede dar cumplimiento al compromiso asumido por el médico tratante, así como comprender adecuadamente los requisitos exigibles en materia de responsabilidad. Para ello, se busca determinar quién o quiénes son los encargados de presentar las pruebas; según la ley, se determinó que el demandante será quien aportará las pruebas para acreditar la falla del servicio en el acto médico. Es importante comprender los casos o situaciones procesales en los que se puedan presentar perjuicios indemnizables o el llamado *pérdida de la oportunidad*. La metodología adoptada en este trabajo corresponde al método analítico-descriptivo, lo cual implica el análisis conceptual de cada uno de los componentes y de los diversos elementos teóricos que integran el marco conceptual sobre las instituciones jurídico-procesales, en relación con la protección del derecho fundamental a la salud, desde su causa, naturaleza y efectos. Dicho método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede exponer, hacer analogías y establecer nuevas teorías explicativas.

Palabras clave: instituciones jurídicas, protección al derecho de la salud, falla médica, carga de la prueba, normatividad colombiana, responsabilidad estatal.

La autora: Abogada e investigadora junior (IJ) ante Minciencias. Doctora en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Actualmente, es directora y miembro del grupo de investigación Derecho y Justicia Constitucional (GIDEIC) de la Universidad Industrial de Santander. Correo electrónico: jgranadf@uis.edu.co.

Recibido: 15 de julio de 2020; **evaluado:** 4 de septiembre de 2020; **aceptado:** 8 de octubre de 2020.

LEGAL-PROCEDURAL INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTHCARE

JACKELINE GRANADOS FERREIRA
SANTANDER INDUSTRIAL UNIVERSITY

Abstract

The analysis and study of legal institutions seeks to determine, from a legal standpoint, the degree of responsibility incurred by medical professionals, and establish the level of responsibility in medical malpractice, which is determined from the actions of a health professional or health services provider. To determine these premises, it is vital to understand and define the way in which the attending physician may fulfill his or her commitment and the necessary requirements in terms of responsibility. To do so, it is sought to determine who is responsible for presenting the evidence; the law determined the plaintiff must provide evidence to prove medical malpractice. It is important to understand the cases or procedural stages in which compensable damages can be awarded, or the so-called “loss of opportunity.” This work used an analytical descriptive method, which implies the conceptual analysis of each of the components and of the various theoretical elements that make up the conceptual framework on legal procedural institutions, in relation to the protection of the fundamental right to health, from its cause, nature, and effects. This method allows us to learn more about the object of study, with which it is possible to expose, make analogies, and establish new explanatory theories.

Keywords: legal institutions, protection of the right to health, medical failure, burden of proof, Colombian regulations, state responsibility.

Author: Lawyer and junior researcher with Minciencias. Doctor in Law from the Saint Thomas University. Master’s in Legal Hermeneutics and Law from the Santander Industrial University, and specialist in public law from the Autonomous University of Bucaramanga. Currently director and member of the research group “Law and Constitutional Justice, GIDEIC,” of the Santander Industrial University. Email: jgranadf@uis.edu.co.

Received: July 15, 2020; **evaluated:** September 4, 2020; **accepted:** October 8, 2020.

INSTITUIÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

JACKELINE GRANADOS FERREIRA
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

Resumo

A análise e o estudo sobre o tema das instituições jurídicas busca determinar, a partir da normatividade, o grau de responsabilidade no qual incorrem as pessoas que exercem atividades médicas e, por sua vez, estabelecer o grau de imputação denominado “erro médico”, que é determinado a partir das ações de um profissional da saúde ou de uma entidade prestadora desse serviço. Para a determinação dessas premissas, é vital conhecer e definir a forma em que se pode dar cumprimento ao compromisso assumido pelo médico tratante, bem como compreender adequadamente os requisitos exigíveis em matéria de responsabilidade. Para tanto, busca-se determinar quem é ou quem são os encarregados de apresentar as provas; de acordo com a lei, determinou-se que o solicitante/requerente será quem entregará as provas para acreditar a falha do serviço no ato médico. É importante compreender os casos ou as situações processuais nos quais possam ocorrer prejuízos indenizáveis ou a chamada “perda da chance”. A metodologia adotada neste trabalho corresponde ao método analítico-descritivo, o que implica a análise conceitual de cada um dos componentes e dos diversos elementos teóricos que integram o âmbito conceitual sobre as instituições jurídico-processuais em relação com a proteção do direito fundamental à saúde, desde sua causa, natureza e efeitos. Tal método nos permite conhecer mais sobre o objeto de estudo, com o qual é possível expor, fazer analogias e estabelecer novas teorias explicativas.

Palavras-chave: instituições jurídicas, proteção ao direito da saúde, erro médico, responsabilidade da prova, normatividade colombiana, responsabilidade estatal.

O autor: Advogada e pesquisadora júnior ante o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação (Minciencias). Doutora em Direito pela Universidade Santo Tomás. Mestre em Hermenêutica Jurídica e Direito pela Universidade Industrial de Santander, e especialista em Direito Público pela Universidade Autônoma de Bucaramanga. Atualmente, é diretora e membro do grupo de pesquisa “Derecho y Justicia Constitucional” (GIDEIC, na sigla em espanhol) da Universidade Industrial de Santander, Colômbia. E-mail: jgranadf@uis.edu.co.

Recebido: 15 de julho de 2020; **avaliado:** 4 de setembro de 2020; **aceito:** 8 de outubro de 2020.

La responsabilidad: falla médica

Conforme se encuentra en el *Diccionario de la Real Academia Española*, la responsabilidad es la “Deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”¹. Este concepto se entiende, de manera general, como la producción de efectos jurídicos mediante un actuar que incide directamente en una persona desde otra —de forma patrimonial o extrapatrimonial—, y que genera la obligación de esta última de resarcir los perjuicios que hayan sido irrogados a la víctima con la acción o la omisión que dio lugar a los efectos jurídicos en mención².

Dada esta amplia conceptualización del término “responsabilidad”, al aplicarse su accionar en las ciencias jurídicas es posible dilucidar límites entre estas, como la responsabilidad extracontractual y contractual, la responsabilidad estatal y aquella de índole privado, la responsabilidad penal o fiscal, y las demás formas de organización en las que, mediante el ordenamiento jurídico, se ha establecido el régimen de responsabilidad³.

Teniendo en cuenta la relevancia del ejercicio de las profesiones liberales en el sistema estructural de la sociedad occidental, se encuentra que la actividad médica no escapa a las mencionadas categorías de la responsabilidad; ello determina lo que se denomina responsabilidad médica, que se presenta como producto del ejercicio de dicha profesión y de los riesgos que en ella se asumen⁴.

La normatividad colombiana no contempla en alguno de sus apartes una definición precisa para el acto médico, como sí lo hace, por ejemplo, la legislación peruana, concretamente en el denominado Código de Ética y Deontología del Colegio Médico de Perú. Este, en su título 2, capítulo 1, artículo 52, puntualiza: “El acto médico es el proceso por el cual el médico diagnostica, trata y pronostica la condición de enfermedad o de salud de una persona. El acto médico es de exclusiva competencia

¹ *Diccionario de la Lengua Española*. “Responsabilidad” (Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 2018). <https://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>.

² Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 2nd ed. (Bogotá: Legis S. A., 2007), 8.

³ Pablo Larrañaga Monjaraz, “El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea” (tesis de doctorado en derecho, Alicante, Universidad de Alicante, 1996).

⁴ Carolina Acosta Mediedo, “Responsabilidad médica: Elementos, naturaleza y carga de la prueba”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 43 (2010). <https://juridico.co/pdf/responsabilidad-medica-elementos-naturaleza-carga-de-la-prueba.pdf>.

y responsabilidad del médico”⁵. A pesar de tratarse de una norma plasmada en una legislación ajena a la colombiana, puede afirmarse que el acto médico, entonces, es cualquier actuación llevada a cabo por un profesional del campo de la medicina en el ejercicio de su misma profesión.

Con las conceptualizaciones de la responsabilidad médica y el acto médico en sí, es notable la ausencia de una correlación directa entre estas dos; es decir, cómo normalmente un acto médico realizado por un profesional de la salud podría desembocar en un caso de responsabilidad médica y, con él, su intrínseca propiedad resarcitoria hacia el sujeto afectado; la respuesta a este planteamiento solo se da a partir del título de imputación denominado *falla médica*.

La falla médica es aquel actuar de un profesional de la salud o de una entidad prestadora de este servicio que causa una afectación a quien es objeto de dicho accionar; puede ligarse, entonces, junto con la responsabilidad médica, a la responsabilidad estatal; esto significa que, teniendo los elementos que configuren la primera, pueda imputarse al Estado.

Como demarca el artículo 90 de la Constitución Política colombiana: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”⁶. Este daño antijurídico es definido por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1996⁷ como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, con lo que se entiende que, si la administración causa dicho daño, se configura entonces la responsabilidad del Estado, aspecto también aplicable en el ámbito de la salud.

Así, es de vital importancia determinar en cuáles ocasiones la responsabilidad es exclusivamente atribuible al profesional médico individualmente considerado, generándole para sí la obligación de reparar un daño causado por medio de responsabilidad civil, o en cuáles otras el servicio prestado por dicho sujeto y el Estado, mediante la entidad prestadora del servicio médico, se presenta de manera conjunta, y, por tanto, la responsabilidad que se configura es de carácter estatal o atribuible a la administración pública. Para ello, se tienen dos elementos para

⁵ Colegio Médico del Perú, *Código de Ética y Deontología* (Perú: Consejo Nacional, 2018). <http://cmp.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOGIA.pdf>.

⁶ *Constitución Política de Colombia* (Gaceta Constitucional n.º 116 de 20 de julio de 1991), art. 90.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, *STC C-333 de 1996*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

identificar dicha responsabilidad estatal, los cuales, según el Consejo de Estado en fallo 21861 de 2012⁸, son: “i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v. gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada”; esto, teniendo en cuenta que, además de lo anterior, es elemental que dicho accionar sea atribuible al Estado.

Ahora, referente a la responsabilidad médica, conviene dilucidar los elementos requeridos para que esta se configure, y el régimen de culpa subjetivo u objetivo, presunto o probado al que se adscribe, cuestiones que han sido objeto de variaciones durante el ejercicio jurisprudencial del Consejo de Estado.

La fecha de partida en materia de jurisprudencia para el examen no se presenta de manera exacta, pero es incidente, en una primera evolución de criterio del Consejo de Estado, que esta entidad antes de 1999 consideraba fundamental para emitir un fallo condenatorio a la administración la prueba de que efectivamente la institución hospitalaria o los profesionales médicos habían incurrido en un determinado accionar o en ciertas omisiones que hubiesen provocado la imposición de la carga denominada como daño antijurídico, a algún particular, además de considerar los consejeros de entonces que la práctica y ejercicio de la profesión médica no generaba en su servicio una obligación de resultado, sino de medios, y que era garantía de esta la mera pericia y la diligencia con la que se obrase, y no aquella situación generada a raíz de la actividad médica, tal como se constata en Sentencia 6591 del 7 de octubre de 1991⁹. En esta, la corporación sostiene: “La sala al confirmar la decisión del *a - quo* quiere recalcar, para evitar equívocos, que cuando cuestiona el servicio médico oficial no parte del supuesto de que en éste va envuelta una obligación de resultado. No podría aceptar, entonces, v. gr., que en todo caso de muerte se presume la falla del servicio o la culpa personal del médico. No, la obligación de este frente a su paciente es de medio - vale decir, que este cumple a cabalidad y no compromete su responsabilidad ni la del ente a que pertenece, cuando pone a disposición de aquél toda su ciencia y los medios adecuados, aconsejables y oportunos que la infraestructura del servicio debe poseer [...]”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 25 de abril de 2012, exp. 21861*, C. P. Enrique Gil Botero.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 7 de octubre de 1991, exp. 6591*, C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

El segundo momento que es considerado neurálgico dentro del desarrollo exhibido se dio en 1999. Al estar la posición de la corporación anclada en la necesaria prueba del daño causado y del nexo que lo une —nexo causal— con la actividad u omisión del Estado, se presenta una variación en el juicio de los casos por parte de los consejeros, considerando que, dada la dificultad generalizada para probar dicho nexo entre el daño irrogado y el sujeto —Estado— a quien atribuírselo legítimamente, era conducente considerar la *teoría de la pérdida de oportunidad* como criterio. Esta consiste en que, además de ya no ser necesario probar claramente los elementos mencionados, sino que es suficiente con que el juez pueda apreciar al menos indiciariamente la existencia de ellos, se puede prescindir de la exigencia común de probar la veracidad de un nexo causal entre el daño antijurídico y el sujeto, si con lo cometido u omitido por este se restó oportunidad de mejoría o de desenvolverse en otra situación a la víctima o afectado. Esto es fácilmente apreciable en la sentencia del 26 de abril de 1999¹⁰, en la cual la Sección Tercera expuso: “Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de oportunidad’”. Más adelante, complementa: “En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’ [...]”, constatando con ello la posición que anteriormente fue propuesta como propia de la corporación en cuestión para este periodo.

Más adelante, después de mantener la anterior postura durante algunos años con variaciones mínimas según el caso, el Consejo de Estado retornó al uso de la falla probada para determinar la responsabilidad de la administración pública cuando causa un daño antijurídico.

La retoma de la rigurosidad del examen de la prueba del daño y el nexo se evidencia así en la sentencia de 4 de junio del 2008¹¹, en que la institución señala: “No obstante

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 26 de abril de 1999, exp. 10755*, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 4 de junio de 2008, exp. 16646*, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

lo anterior, la Sala echa de menos la relación de causalidad entre este daño, sufrido por los demandantes a raíz del estado de salud del joven URIEL DAVID CARRASCAL LIZCANO y la actividad de la entidad demandada, puesto que no se acreditó en parte alguna que el estado de incapacidad actual del paciente así como las secuelas que sufre en su salud, hayan sido ocasionados por alguna acción u omisión de las autoridades médicas y sanitarias que lo atendieron, puesto que no basta con acreditar que hubo un contacto físico, entre el servicio médico y el paciente, para poder deducir la existencia de ese nexo causal necesario para poderle imputar responsabilidad a la entidad demandada, como tampoco resulta suficiente la afirmación de que la remisión del paciente al Hospital Militar Central fue tardía e inoportuna, convirtiéndose en la causa del daño”. Después, reseñan: “lo que sí no se ha admitido en ningún momento, es la presunción de este otro elemento, consistente en la acreditación de la relación causal entre el servicio y el daño sufrido”, situación donde la misma sección contradice, en el último extracto, la posición que adoptara el Consejo de Estado en un principio de este marco evolutivo del criterio en cuestión.

Posteriormente, la entidad, a raíz de un análisis extensivo del contenido constitucional del texto normativo de 1991, modifica temporalmente su criterio de examen referente a la imputación de dicho tipo de responsabilidad a la administración, asumiendo que, debido a los deberes del Estado, dentro de los que está el ser garante de derechos y bienestar general, el tipo de responsabilidad que se atañe en los casos en mención es objetiva. Ello, teniendo en cuenta que dicha posición no era totalmente acogida por la sección tercera del Consejo de Estado, sino por una de sus subsecciones, pero siendo preponderante. Así, en la sentencia del 9 de febrero de 2011¹² se observa: “El riguroso mecanicismo es remplazado por el concepto de probabilidad como medida del azar: junto al mundo de la causalidad está también lo fortuito, la física cuántica ha combinado las ideas de causación y azar; lo que anteriormente se consideraban leyes comprobadas ahora se reputan verdades aproximadas, simples posibilidades, lo que conduce a un concepto flexibilizado de causa (énfasis en el texto original). Goldemberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, cit., p. 7. ”. Luego se especifica: “No obstante, a propósito de la responsabilidad médica, debe quedar claro que los alivios dispuestos en ese régimen para la carga probatoria de la falla en el servicio no pueden también operar en lo que tiene que ver con la prueba de la relación de causalidad. Es decir, la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”. Lo anterior permite vislumbrar la consideración de la

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, *STC del 9 de febrero de 2011, exp. 18793*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

corporación frente a la prueba del nexo que une el daño antijurídico con el sujeto al que se le atañe la responsabilidad por causarlo; así, solo estas dos últimas son necesarias para configurar una obligación de resarcimiento a favor del afectado por parte del Estado, en este caso.

No obstante, el Consejo de Estado retomó el criterio tradicional de examen basado en la falla probada, donde quien alega que sobre sí recayó un daño antijurídico debe demostrar, al menos por medio de prueba indiciaria, que existe un nexo de causalidad entre la administración pública, el servicio que debe prestar y esa afectación. Así puede verse en la Sentencia 19192 de abril de 2011¹³, donde el consejero ponente plasma lo siguiente: “Bien se observa entonces que el hecho conocido, o sea aquel a partir del cual se va a realizar la inferencia, debe estar cabalmente probado dentro del proceso por cualquier medio de prueba admisible, requisito central para que a partir del mismo el juez pueda arribar al hecho desconocido. En consonancia con lo anterior, esta Corporación estimó procedente que los sujetos procesales, en juicios en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por razón del despliegue de actividades médicas, procuren la demostración de la existencia del nexo causal entre éstas y el daño irrogado a los demandantes a través de la prueba indiciaria”, criterio que es sostenido en general por dicha corporación, aún hoy.

Con todo esto, es razonable reclamar que la posición del Consejo de Estado frente a la forma de imputar la responsabilidad estatal por falla médica comenzó utilizando un criterio de falla probada para establecer el nexo causal del Estado y el afectado con dicha falla, y acudió años después a una postura basada en la falla presunta, al disminuir la carga de prueba en el sujeto sobre quien recaía la afección, para regresar luego de algunos años a la falla probada, que sería reemplazada en un cuarto momento por un criterio volátil que se sostenía en la imputación objetiva de responsabilidad al Estado por sus acciones u omisiones; finalmente, regresó a la valoración de tipo probatorio de la falla y el nexo causal en lo referente a la responsabilidad por falla médica, que es mantenido hoy por hoy.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, *STC del 27 de abril de 2011, exp. 19192*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Obligaciones de medio y de resultado incorporadas en la actividad médica

La determinación de la naturaleza de la actividad médica, y de las obligaciones que surgen de esta, son importantes para definir la forma en la que se puede dar cumplimiento al compromiso asumido por el médico tratante, así como para comprender adecuadamente los requisitos exigibles en materia de responsabilidad.

Para este fin, resulta de inusitada importancia acudir a la génesis de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado que se incorporaron en el ordenamiento jurídico colombiano, cuyas raíces francesas tienen lugar a partir de los términos *moyens* y *résultent*, utilizados por el francés René Demogue en su obra *Traité des obligations*, de 1925, en la cual definió la clasificación¹⁴.

Según la teoría originalmente planteada, la obligación médica era de medios, y, por tanto, en ningún caso el médico tratante podía comprometerse a la curación del paciente. Así fue como desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, la Corte Suprema de Justicia estimó que el médico no se obliga a sanar al enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, de acuerdo con su profesión, deben ejecutarse para conseguir el resultado¹⁵.

En este sentido, señaló también la doctrina que al galeno le correspondía: “desplegar todos los medios necesarios en procura de un resultado sin tener la obligación de obtenerlo [...] la obligación del médico es una sola, y es realizar su actividad de la mejor manera posible, de acuerdo a los conocimientos adquiridos y actualizados y conforme las técnicas y usos existentes aceptados por las autoridades médicas, con miras a que el resultado sea el que normal y ordinariamente debe producirse”¹⁶. En la misma línea, el doctor Carlos Ignacio Jaramillo esbozó: “el médico únicamente se compromete a brindarle al paciente una diligente y cuidadosa atención médica, en un todo de acuerdo con los avances y los cánones de la ciencia médica, sin que se vea obligado a asegurar un resultado, pues el mismo no depende meramente de su actuación, intervención o actividad, sino de una suerte de circunstancias e imponderables que trascienden su querer y, por contera, le son enteramente

¹⁴ René Demogue, *Traité des obligations en general*, Tomo V. (París: Librairie Arthur Rousseau et Cie., 1923), 538-545.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *STC del 5 de marzo de 1940*, M. P. Liborio Escallón.

¹⁶ Luis Guillermo Serrano Escobar, *Nuevos conceptos de la responsabilidad médica* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001), 113.

ajenos¹⁷. En estos términos y según lo manifiesto por el doctrinante, la obligación médica es definida como una simple obligación de diligencia.

La justificación se condensa de manera completa en la obra titulada *Derecho médico colombiano*, en la cual se sostiene que, a pesar de los esfuerzos del médico por lograr diligentemente prever un resultado determinado, “nunca se sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido, por cuanto el elemento ‘alea’ está siempre presente en la actividad médica, y, en ese sentido, ‘esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto’¹⁸.”

No obstante, el arraigo de esta teoría que explica la obligación médica atendiendo al carácter aleatorio del resultado, y las implicaciones humanísticas que le son inherentes, empezó a ser rebatida posteriormente, en cuanto no en todas las ramas de la medicina se predica una obligación de medios, sin que sea posible asegurar un resultado, por lo que es necesario repensar, según algunos críticos, la naturaleza y alcance de la obligación médica. Fue así como una corriente doctrinal se inclinó a reconocer obligaciones de resultado para ciertas ramas de la medicina o procedimientos médicos concretos, sin lograr a la fecha una acogida doctrinal ni jurisprudencial definitiva.

En fallo del 30 de enero de 2001, la Corte Suprema de Justicia refirió que la determinación de las obligaciones del médico tratante se verificaban teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente, y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se podría determinar la corrección del acto médico (*lex artis*).

A la luz de este criterio, se tiene que por regla general los médicos se obligan a realizar su actividad con la diligencia debida; esto es, a poner todos sus conocimientos, habilidades y destrezas profesionales, así como todo su empeño, en el propósito de obtener la curación del paciente, o, en un sentido más amplio, a que este consiga en relación con su salud o con su cuerpo el cometido que persigue o anhela, sin que,

¹⁷ Carlos Ignacio Jaramillo, *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial* (Bogotá: Universidad Javeriana, 2008), 297.

¹⁸ Franco Delgadillo, E. Saavedra Rojas y E. Guzmán Mora, *La obstetricia como obligación de medio y no de resultado* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2004).

por lo tanto, queden vinculados al logro efectivo de la recuperación de la salud o su curación; ello, pues su deber de prestación se circunscribe, particularmente, a la realización de la actividad o comportamiento debido, con la diligencia exigible a este tipo de profesionales. No obstante lo anterior, en desarrollo del principio de autonomía privada, pueden presentarse casos en los cuales se adquiera una obligación de tal categoría¹⁹.

Además de la taxatividad contractual, se ha intentado reconocer obligaciones de resultado para ciertas ramas de la medicina o procedimientos médicos concretos, como la cirugía plástica con fines estéticos o de embellecimiento, y otras actuaciones médicas, como la colocación de un aparato ortopédico, la inmovilización de una extremidad, el implante de un mecanismo anticonceptivo, labores médicas de certificación o análisis de laboratorio, actividades en las cuales la finalidad perseguida se puede obtener con la ejecución de la conducta convenida, y en las que la presencia de elementos contingentes es mínima, lo que conduce a que se generen obligaciones de resultado. Dentro de dicha categoría se pretendió incluir la actividad médica en el marco de la ginecoobstetricia, en tanto se predicaba que ante un proceso de gestación normal, el curso del alumbramiento debía ser perfecto sin contratiempo alguno; no obstante lo anterior, esta tesis fue refutada, pues la medicina aún no cuenta con las suficientes bases para prever y corregir situaciones inesperadas, como la integridad física del feto y la tolerancia de la madre dentro del trabajo de parto. Así, no es dable hablar en la actualidad de responsabilidad objetiva para esta práctica, pues ello “atentaría contra la propia naturaleza de la medicina, que no es otra que la de ser una ciencia inexacta que cuenta con un factor aleatorio”²⁰; de ahí que, no obstante los intentos, no se hayan logrado resultados generalizados, dada la especial naturaleza de la ciencia médica.

Con miras a establecer la eventual responsabilidad del profesional de la salud y su alcance, es indispensable entrar a reparar, en cada caso específico, sobre la naturaleza y contenido de la relación sustancial que lo vincula al paciente; pues solo así resulta factible dilucidar cuáles son las prestaciones a cargo médico y de suyo sus obligaciones. Hecho este análisis, ha de arribarse a la imposibilidad de sentar reglas absolutas en materia de las obligaciones surgidas en la actividad médica, de cara a los componentes especiales que en cada caso en concreto determinan el régimen aplicable.

¹⁹ Fernando Hinestrosa, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 26 (2014): 5-39.

²⁰ Franco Delgadillo, *La obstetricia...*, 1.208.

Particularidades de la carga de la prueba: protección especial para neonatos y madres gestantes

Hasta el inicio de la década de los noventa, en los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica era imperativo que quien demandaba aportara las pruebas para acreditar la falla del servicio en el acto médico, con el fin de que sus pretensiones salieran avante; esta situación implicaba que en muchas ocasiones las demandas fueran infructuosas por la imposible consecución de la prueba, en cuanto escapaba de la esfera de conocimiento del paciente. Posteriormente, el Consejo de Estado cambió su postura mediante sentencia del 24 de octubre de 1990²¹, en la cual determinó que, tratándose de responsabilidad médica, la carga de la prueba correspondía al demandado; esto era, al médico tratante.

Esta teoría que invertía la carga de la prueba con cargo al demandado, a quien correspondía de manera férrea probar la diligencia y cuidado empleados en el procedimiento bajo la teoría de la falla presunta, estuvo en vigencia aproximadamente diez años, hasta el 2000, cuando se empezó a reconocer la teoría de la carga dinámica de la prueba, regla que permite al juez en el caso concreto “determinar cuál de las partes debe aportar la prueba de un determinado hecho, en virtud de que le resulta más fácil suministrarla”²².

Así es como, mediante sentencia del 10 de febrero de 2000²³, el consejero ponente (C. P.) Alier Eduardo Hernández Enríquez reconoce esta regla que no tiene como objeto invertir dicha carga de manera inmutable o asignarla de manera definitiva a uno de los sujetos procesales, sino ponerla a disposición del juez, quien tiene un papel activo en la repartición de las cargas probatorias, para determinar quién está en mejor condición de probar; ello al concretar su aplicabilidad según las particularidades del caso y de las partes.

Esta teoría es nuevamente reevaluada en el 2006²⁴, bajo el argumento de que la determinación de la responsabilidad médica debía ser probada como regla general por el demandante, no obstante, dentro de dicha actividad probatoria se tendrían en

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 24 de octubre de 1990, exp. 5902*, C. P. Gustavo de Greiff Restrepo.

²² Martín Bermúdez Muñoz, “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, *Revista Temas Jurídicos*, n.º 11 (1995): 16.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 10 de febrero de 2000, exp. 11878*, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 31 de agosto de 2006, exp. 15772*, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

cuenta los indicios que aportaran “un grado suficiente de probabilidad”²⁵ del vínculo causal entre el hecho y el daño, contruidos a partir de las reglas de experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, a efectos de imputar responsabilidad a la entidad.

La adopción y declinación de esta regla ha tenido especial curso en determinados supuestos fácticos, con el propósito de morigerar la tradicional carga de la prueba, y facilitar el acceso a la tutela e indemnización por la conculcación del derecho a los sujetos especiales de protección, siendo este el caso de la especialidad de ginecobstetricia, cuyo desarrollo jurisprudencial ha partido del reconocimiento de la condición especial de la maternidad, y el amplio margen de protección de las mujeres en estado de gravidez y la población recién nacida, a la luz de los pactos internacionales. La responsabilidad médica en materia de ginecobstetricia ha sido objeto de un tratamiento diferenciado por parte de la jurisprudencia, no solo en el punto de la determinación de las obligaciones que surgen al médico tratante, sino, también, en la asignación de la carga probatoria.

En un primer momento, el Consejo de Estado puntualizó, en el campo de la ginecobstetricia —definida como “la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”—²⁶, que dicha responsabilidad médica tiende a ser objetiva cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles.

Durante este periodo, se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que el proceso de gestación fuera normal desde el inicio; es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. Se señalaba así:

Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obligación es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo [...] Sin embargo, en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 14 de julio de 2005, exp. 15276*, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 13 de mayo de 2009, exp. 15033*, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero', la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal.

[...]

En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.²⁷

Sobre el particular, puntualizó el doctrinante Carlos Alberto Ghersi:

[...] más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto —o a pesar de ellos— lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Éstas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibleidad propias del caso fortuito.²⁸

En posteriores providencias se recogió dicho criterio para considerar que en materia de responsabilidad médica por el servicio de obstetricia no podía predicarse un régimen objetivo de responsabilidad, y, por tanto, que la parte demandante no quedaba relevada de probar la falla del servicio solo por el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio, puesto que la obligación probatoria persistía, aunque tal suceso constituía un indicio de dicha falla²⁹.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 17 de agosto de 2000, exp 12123*, C. P. Alier Hernández Enriquez.

²⁸ Carlos Alberto Ghersi, *Responsabilidad profesional* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998), 114.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 7 de diciembre de 2004, exp. 14767*, C. P. Enrique Gil Botero.

En tal línea se expresó posteriormente el Consejo de Estado:

Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, [...] No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología.³⁰

Bajo el abrigo de esta tesis, corresponde al paciente por regla general probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal, mediante cualquier medio probatorio; el indicio es la prueba por excelencia ante la falta de una evidencia directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos. La presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se desarrolló en condiciones normales constituye un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

De esta forma, se tiene que en la actualidad, en el marco de la falla en el servicio que deviene de la actividad médico obstetra, no se invierte automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad, sino que dicha entidad debe demostrar la inexistencia de una falla en el acto obstétrico, o la falta de relación causal con el daño causado, al rebatir el indicio de un embarazo normal y un proceso de alumbramiento insatisfactorio. Ello, por regla general, en cuanto el Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de continuar empleando los sistemas de aligeramiento probatorio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o *faute virtuelle* (culpa virtual) en aquellos eventos en los que la elocuencia de los hechos releva al juez de un análisis de recorrido causal y de falla del servicio, dada la connotación del daño antijurídico³¹; esto es, cuando el daño padecido es de grandes proporciones, o se producen circunstancias particulares que acortan el recorrido causal y la culpa se entiende probada.

³⁰ Consejo de Estado, *STC del 14 de julio de 2005, exp. 15276*.

³¹ Pedro Álvarez, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual* (España: Ed. Comares, 2007), 80.

Así, se vislumbra que frente a la carga probatoria no se han sentado reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues habrá casos en los cuales el *onus probandi* permanezca inmodificable con el objeto de rebatir el indicio, o donde sea dable la inclusión de presunciones judiciales en las cuales cobre vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión.

De lo anterior se colige que, si bien es cierto que no se han unificado criterios absolutos que deban ser acogidos en el análisis de este tipo de actuaciones profesionales, tales pronunciamientos jurisprudenciales dan cuenta de un cierto grado de “discrecionalidad” en la evaluación de los elementos de juicio del caso, de una manera que se acompasa con la legalidad, pero sobre todo con las circunstancias particulares de este, en aras de la protección de la parte vulnerable: el paciente.

De esta manera se pone de presente que en materia de la actividad médico obstetra, y en aras de la protección de sujetos especiales como lo son las madres gestantes y los neonatos, se presentan tendencias conciliatorias tendientes a flexibilizar el procedimiento probatorio común de la culpa, para evitar así que el sistema se erija como una probativa diabólica que revictimiza y obstaculiza el derecho fundamental a la salud de los pacientes, y el acceso a una indemnización a causa de su conculcación.

Ahora, resulta de inusitada importancia mencionar en estas líneas la sentencia del 28 de agosto de 2014³², donde la sección tercera del Consejo de Estado “decide la demanda por falla médica, unifica criterios en materia de reparación del daño a la salud, la liquidación del daño a la salud y medidas de reparación integral frente al trato de la mujer gestante en materia médico asistencial, donde se declara responsable al Hospital San Vicente de Paul de Lorica”, y como resultado se condena a pagar perjuicios morales y materiales a los padres por la muerte de su hija en estado fetal; esto, debido a la demora en la atención por parte del hospital y como consecuencia de insuficiencias en el cuidado ginecobstétrico.

Como corolario, podemos hacer el siguiente análisis: el 22 de junio de 2011, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la pareja Amparo de Jesús Ramírez Suárez y Nelson

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 28 de agosto de 2014, exp. 28804, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.*

González Sotomayor impetraron que se declarara la responsabilidad estatal del Hospital San Vicente de Paul de Lorica, Córdoba, por la muerte de su hija por nacer, ello basado en los hechos relatados a continuación:

- La señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y Nelson González unieron libremente sus vidas y decidieron procrear una criatura. El embarazo le fue diagnosticado a la señora Amparo por exámenes médicos realizados por medio de la entidad promotora de salud IPS Saludcoop de Lorica, la cual determinó que el parto podría darse entre los meses de junio y julio de 1999.
- El día 13 de julio de 1999 llegaron al Hospital San Vicente de Paul de Lorica a las 6:30 p. m., aproximadamente, y fue atendida la gestante en primer lugar, por el médico Héctor Segundo González, quien diagnosticó que la paciente no había entrado en trabajo de parto, sin practicarle examen alguno, por lo cual le ordenó a su compañero que se la llevara a la casa y regresara a las 8:00 a. m. del día siguiente.
- El día 14 de julio de 1999, desde las 6:30 a. m. hicieron presencia en el hospital la madre gestante y su compañero permanente, esperando recibir atención médica especializada. Para el momento, la señora Ramírez sufría de contracciones intensas y una fuerte hemorragia, sin embargo, solo fue hospitalizada después de cuatro horas de palidecer en la sala de espera. Ya en la sala de maternidad, la señora Ramírez esperaba la intervención, sin embargo, la enfermera de turno le comunicó que debía buscar un médico adscrito a la IPS, desconociendo la obligatoriedad de la prestación de los servicios de salud por parte del hospital.
- No fue sino hasta las 4:50 p. m. de ese mismo 14 de julio que la enfermera, en vista de la gravedad de la situación, acudió a donde la doctora Mercedes Mangones, quien se dio cuenta de que aparentemente la criatura se encontraba muerta; de inmediato buscó al cirujano Manuel Negrete, quien acudió al llamado y se apersonó de la situación, y puso todo el empeño ya no por salvar la vida de la criatura (la cual ya había fenecido), sino la de la madre, la cual salió con vida de la intervención.

Como consecuencia de lo anterior, consideran los accionantes que se presentó una falla protuberante del servicio medio de la administración hospitalaria, y consideran justa una reparación en todos los perjuicios referidos en el escrito de demanda.

En el escrito de contestación, la entidad demandada puso de presente la falta de pruebas sobre algunos de los hechos alegados por la parte actora, y sugirió la actitud negligente de la parte actora al dirigirse solo hasta la semana 43 de gestación, cuando ya era postérmino o por haber hecho caso omiso a las observaciones del personal médico tratante.

Sentencia impugnada: mediante sentencia de 27 de mayo de 2004, el Tribunal Administrativo de Córdoba encontró no probada la excepción de caducidad invocada por la parte demandada, declaró la responsabilidad del Hospital San Vicente de Paul de Lorica por la muerte *in utero* de la hija de los demandantes, ordenó una indemnización de 90,89 SMMLV a favor de la señora Ramírez Suárez a título de los daños morales por la muerte de la hija en estado fetal y negó las demás pretensiones, no reconociendo los perjuicios morales al señor Nelson González Sotomayor por considerar que su calidad de compañero permanente no fue acreditada correctamente.

El problema jurídico se circunscribe a que la apelación versa únicamente sobre la procedencia de la indemnización por daño fisiológico a los actores y por perjuicio moral al señor Nelson González Sotomayor, compañero permanente de la madre gestante; la sala determinó únicamente los siguientes problemas jurídicos: i) a partir de la indebida atención prestada a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y a la muerte de la criatura que esta esperaba, hubo o no aflicción a su compañero permanente, y ii) el detrimento de la salud físico-psíquica de los actores.

Así mismo, la sala unificaría la jurisprudencia respecto a la liquidación del perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud de carácter temporal, con base en una valoración cualitativa de este.

Se resuelven los problemas jurídicos planteados y la unificación jurisprudencial de *falla médica* como se expone a continuación.

a) Acreditación de la relación de compañero permanente, acceso a la indemnización por daños morales

Sobre este primer punto de controversia, la sala consideró debidamente acreditado durante el proceso la calidad de compañero permanente del señor Nelson González Sotomayor, ello basado en las pruebas testimoniales de los propios médicos del hospital y diferentes pruebas documentales que así lo acreditan. De esta inferencia

surge la imputación legítima de responsabilidad al hospital por parte del compañero permanente, para así reclamar la indemnización de los perjuicios morales sufridos.

b) Sobre el daño a la salud de los actores, unificación jurisprudencial sobre falla médica

Derivado de la deficiente atención recibida en el Hospital San Vicente de Paul de Loricá, les causaron una notable alteración a la “vida en relación”. Sobre la particular, resulta imperioso precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido poco precisas en lo concerniente al *nomen iuris* de los daños inmateriales, distintos del daño moral. En lo específicamente concerniente a los daños derivados de la lesión psicofísica, existió una cierta oscilación entre posturas que lo subsumían en conceptos globales como “daño a la vida en relación” y su reconocimiento como entidad autónoma bajo denominaciones como “daño a la salud”, o “perjuicio fisiológico”, o daño corporal.

De este concepto, la sala aborda la concepción del daño a la salud mediante un análisis transversal de los acontecimientos que pudiesen alterar la normal existencia de cualquier individuo en términos del estado de bienestar físico, psíquico y social no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades, al adaptar entonces la noción clásica del daño a la salud y acoger posturas integrales adoptadas por la doctrina constitucional.

En primer lugar, es necesario precisar que el avance jurisprudencial actual resulta erróneo al circunscribir el daño a la salud a una proporción certificada de incapacidad; es decir, a la cifra considerada por las juntas de calificación. Se debe entender lo relativo a la gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, referentes a los aspectos funcionales, biológicos y psíquicos de la persona. Para lo anterior, el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar, entre otras, las siguientes variables:

- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).

- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- El dolor físico, considerado en sí mismo.
- El aumento del riesgo vital o a la integridad.
- Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v. gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional).³³

Esta distinción parecer ser simple, pero en términos de equidad y justicia para el afectado por la violación de su derecho a la salud resulta significativamente más justo, dado que se cambia la concepción cuantitativa, en la que el criterio de tasación consiste en un porcentaje, por una concepción cualitativa del daño objetivado, que relega los resultados objetivos a la libertad probatoria de la alteración psicofísica. Esto da la posibilidad de analizar ciertas variables que permitan considerar determinada

³³ *Ibid.*

clase de daños como especiales dentro de la especie de daño en la prestación de servicios médicos, pues algunos casos, una vez analizados sus aspectos subjetivos, resultan relevantemente más graves que el promedio en casos similares.

También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es un factor por tener en cuenta para la tasación de este, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando esta sea reversible³⁴.

Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En este mismo sentido, la sala abandona la concepción de que solo podrán ser indemnizables los perjuicios graves a la existencia, dejando de lado aquellos que, no siendo tan graves, sí representan una aflicción a quien lo ha sufrido, y por tanto no debe restársele mérito indemnizatorio; lo que a su turno debe realizarse es indemnizar en forma proporcional al perjuicio³⁵.

Una vez más, la sala considera que, en cuanto el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de este la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones particulares de los afectados, de manera que resultan distintas las indemnizaciones en cada situación, así *prima facie* versen sobre el mismo asunto³⁶.

Es de allí que la apertura probatoria considere que el juzgador debe acudir a criterios de las diferentes áreas científicas, con el fin de estimar las posibles alteraciones físico-psicológicas; afirman también que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que este no resulta suficientemente conclusivo³⁷.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

Respecto al caso en concreto, el perjuicio a la salud radica en las complicaciones emocionales sufridas por la paciente y su compañero a causa del óbito fetal en las circunstancias conocidas y acreditadas. Alega la parte actora que dicha circunstancia alteró significativamente sus condiciones de existencia y la dinámica de las relaciones de la pareja, lo que también claramente se acreditó, pues además de ello es de común conocimiento que la pérdida de las expectativas de procrear generan un gran dolor en la mayoría de las personas, no solo de tipo físico para la madre gestante, sino de tipo inmaterial para ella y su compañero permanente, sin que sea necesario probarse mediante pruebas científicas somáticas, pues las pruebas testimoniales y el sentido común se deben admitir como criterios hermenéuticos válidos en este tipo de situaciones³⁸.

c) Sobre el daño a otros bienes constitucionales protegidos y medidas de reparación integral

La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de “daño a la vida en relación” o “alteración grave de las condiciones de existencia” no comporta sin más la limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Ello quiere decir que implícitamente el daño en la salud conlleva en algunos casos, ya probados, una afectación a distintos bienes inmateriales, protegiendo así la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretando la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

Lo anterior también indica que las medidas de reparación integral conllevan un plan de políticas de no repetición y garantías para que estas mismas fallas médicas no se repitan, ya para el bienestar ciudadano, ya para el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho.

Reconoce la sala que existen ciertas condiciones especiales que permiten una diferente tasación de la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima en la indebida prestación de los servicios de salud, y el análisis subjetivo de cada caso se erige como eje principal de aquella tasación; importa también si el perjuicio

³⁸ *Ibid.*

es permanente o transitorio, siempre dando lugar a indemnización en medida proporcional al término de duración del daño y de conformidad con los parámetros establecidos jurisprudencialmente.

Interesa el estudio de la falla médica, en la medida en que las condiciones sociales del Estado colombiano no garantizan la concreción de los fines planteados en el artículo segundo constitucional en relación con el derecho a acceder de forma eficaz al Sistema de Seguridad Social; así, surge la reparación de los daños sufridos no solo como medida correccional, sino preventiva de eventos que dañen a más personas en quizá uno de los derechos más esenciales. De allí la importancia de la referida sentencia, pues pone de presente una situación claramente atentatoria de los derechos fundamentales de la mujer y de la familia, al ordenar una indemnización integral que incluyó las disculpas públicas y planes de mejoramiento y no repetición.

Perjuicios indemnizables: principio de pérdida de la oportunidad

El Consejo de Estado desde vieja data definió un tipo de perjuicio autónomo que no deviene de la concreción de un daño material propiamente dicho como la muerte: la *pérdida de oportunidad*, indemnizable cuando se cercena la posibilidad de recuperar la salud y de tratar de sobrevivir. Esto se presenta cuando una intervención más oportuna y un manejo más racional, suficiente y expedito por parte del sistema médico hubiesen permitido otro resultado final.

Este principio tiene aplicación cuando de haber dado cumplimiento a todos los procedimientos médicos en salud de manera diligente, no hubiese ocurrido la pérdida de la oportunidad de recuperación de la salud.

En sentencia dictada el 26 de abril de 1999, la Sala Tercera del Consejo de Estado fundamentó esta teoría en un caso en el cual encontró que el retardo de una entidad prestadora de servicios restó al paciente la oportunidad de sobrevivir; bajo este derrotero, configuró el principio de *pérdida de una oportunidad* impulsada por la teoría francesa *perte d'une chance*, bajo los siguientes elementos: i) la culpa de un agente, ii) una ocasión u oportunidad perdida que se configura en un perjuicio y iii) la ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La ocasión u oportunidad a la que se hace referencia solo tiene trascendencia cuando es virtual y atribuible a un incidente, en tanto si es apenas eventual no es reparable; solo cuando se demuestra

clínicamente que las posibilidades de curación de un paciente hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, hay lugar a la indemnización de perjuicios por dicho concepto³⁹.

Más adelante, mediante sentencia del 14 de marzo de 2013⁴⁰, el Consejo de Estado reforzó lo expuesto sobre los requisitos en comento, al establecer para la configuración de este perjuicio “la necesidad de cuantificar científica y estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite como no podría ser de otro modo la existencia del correspondiente ligamen causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda”.

Como ha de verse, el principio de “pérdida de oportunidad”, a pesar de su simple formulación y loable objeto, exige de fondo un contenido probatorio y sustancial estricto para su configuración, puesto que la pérdida de oportunidad no puede ser una mera especulación; es necesario que de manera científica quede establecida cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real fue frustrada por omisiones o actuaciones médicas erradas⁴¹.

A la luz de los requisitos señalados por la jurisprudencia, es posible predicar la conculcación del derecho a la salud por la omisión que genera la pérdida virtual del chance de recuperación, y acceder a la indemnización de perjuicios ha lugar.

Reflexión

El ordenamiento colombiano ha desarrollado instituciones jurídico-procesales en aras del reconocimiento de la falla que se presenta en el servicio médico, para así generar la debida indemnización de los daños que, en ejercicio de actividades médicas, y por imprudencia, se causa a los pacientes; así mismo, ha flexibilizado instituciones como la del *onus probandi*, con el fin de facilitar el acceso a la debida reparación por el quebrantamiento de la garantía del derecho a la salud.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 26 de abril de 1999, exp. 10755*.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 14 de marzo de 2013, exp. 24059*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, *STC del 7 de julio de 2011, exp. 20139*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Dentro de esta categoría general de responsabilidad denominada *falla médica*, encontramos que de manera genérica las obligaciones de los galenos son de medio; es decir, estos deben adelantar toda gestión humanamente necesaria, y realizar el procedimiento médico conforme a la *lex artis*, con el objeto de proveer posibilidades de curación a un paciente, no siendo su obligación, por regla general, la curación propiamente dicha.

No obstante lo anterior y según las fijaciones del caso en concreto, es posible que este adquiera obligaciones de resultado, verbigracia, frente a procedimientos médicos estéticos en los que el fin último es el logro de un producto final: el cambio de imagen.

Según la obligación surgida para el médico tratante y la entidad prestadora de servicios, se determina el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas procesales que a las partes corresponden, reglas que se derivan no solo de las circunstancias del caso en concreto, sino, también, de los sujetos que se involucran en estas; por ejemplo, la carga de la prueba, como se expuso a lo largo del capítulo, tiene una consideración especial tratándose de la actividad médico obstetricia, dadas las connotaciones de los sujetos de la intervención: una madre gestante y un neonato.

Del abordaje dado a las figuras, ha de verse que sobre ellas no existen criterios absolutos, no obstante que su finalidad ha permitido la interpretación extensiva y la flexibilización de su aplicación en cada caso, con miras a facilitar el acceso a la indemnización de perjuicios a las personas víctimas de daños ocasionados por el sistema de salud y los médicos tratantes.

Bibliografía

- Acosta Madiedo, Carolina Deik. “Responsabilidad médica: Elementos, naturaleza y carga de la prueba”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 43, Junio (2010), E-ISSN: 1909-7794. Disponible en internet en: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri88.pdf
- Álvarez, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. España: Ed. Comares, 2007.
- Bermúdez Muñoz, Martín. “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”. *Revista Temas Jurídicos*, n.º 11 (1995).

- Colegio Médico del Perú. *Código de Ética y Deontología*. Perú: Consejo Nacional, 2018. <http://cmp.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOGIA.pdf>.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 10 de febrero de 2000, exp. 11.878*. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 13 de mayo de 2009, exp. 15.033*. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 14 de julio de 2005, exp. 15.276*. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 14 de marzo de 2013, exp. 24.059*. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 17 de agosto de 2000, exp. 12.123*. C. P. Alier Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 24 de octubre de 1990, exp. 5.902*. C. P. Gustavo de Greiff Restrepo.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 25 de abril de 2012, exp. 21.861*. C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 26 de abril de 1999, exp. 10.755*. C. P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 28 de agosto de 2014, exp. 28.804*. C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 31 de agosto de 2006, exp. 15.772*. C. P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 4 de junio de 2008, exp. 16.646*. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.767*. C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 7 de julio de 2011, exp. 20.139*. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. *STC del 7 de octubre de 1991, exp. 6.591*. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. *STC del 27 de abril de 2011, exp. 19.192*. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. *STC del 9 de febrero de 2011, exp. 18.793*. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional n.º 116 de 20 de julio de 1991. Corte Constitucional de Colombia. *STC C-333 de 1996*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *STC del 5 de marzo de 1940*. M. P. Liborio Escallón.
- Delgadillo, Franco, E. Saavedra Rojas y E. Guzmán Mora. *La obstetricia como obligación de medio y no de resultado*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2004.
- Demogue, René. *Traité des Obligations en General*, Tomo V. París: Librairie Arthur Rousseau et Cie., 1923.
- Gherzi, Carlos Alberto. *Responsabilidad profesional*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998.
- Hinestrosa, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 26 (2014): 5-39.
- Jaramillo, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Universidad Javeriana, 2008.
- Larrañaga Monjaraz, Pablo. “El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea” (tesis de doctorado en derecho, Alicante: Universidad de Alicante. 1996). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=110647>
- Real Academia Española. *Responsabilidad. Diccionario de la lengua española*. (2018). <http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>.
- Serrano Escobar, Luis Guillermo. *Nuevos conceptos de la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, 2nd ed. Bogotá: Legis S. A., 2007.