

**LA CULPA Y SU CARGA PROBATORIA EN LA
RESPONSABILIDAD MÉDICA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
(AÑOS 2003-2013)**

LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO
MEDELLÍN
2014**

**LA CULPA Y SU CARGA PROBATORIA EN LA RESPONSABILIDAD
MÉDICA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL (AÑOS 2003-2013)**

LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA

Tesis de grado para optar al título de Magíster en Derecho Privado

Director
SERGIO YEPES RESTREPO
Magíster en Derecho y Economía de los Seguros

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO
MEDELLÍN
2014

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Medellín, 22 de agosto de 2014

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ÁMBITO CIVIL Y ADMINISTRATIVO	13
1.1. De la responsabilidad civil	15
1.2. Historia	18
1.2.1. El comienzo. Venganza privada sin límites	18
1.2.2. La ley del talión. Venganza cuantificada	18
1.2.3. Compensación patrimonial del daño	19
1.2.4. El Estado toma el control	20
1.2.5. Desmembración. Acción civil/acción penal	20
1.2.6. Hegemonía de la culpa	21
1.2.7. La crisis de la culpa y sus reacciones	21
1.2.8. El debate en Colombia	24
1.3. Elementos de la responsabilidad civil	26
1.3.1. El daño	26
1.3.1.1. Características del daño indemnizable	27
1.3.1.2. Tipología del daño	28
1.3.2. Nexos de causalidad	29

	pág.
1.3.2.1. Equivalencia de las condiciones	30
1.3.2.2. Causalidad adecuada	31
1.3.2.3. Imputación objetiva	32
1.3.2.4. Causalidad en la omisión	34
1.3.3 Factor de imputación jurídica	34
1.3.3.1. La culpa	36
1.3.3.2. La actividad anormalmente riesgosa	38
1.4. Responsabilidad contractual	39
1.5. Responsabilidad médica	44
1.5.1. Relaciones jurídicas con el paciente	45
1.5.2. Responsabilidad médica contractual y extracontractual	47
1.5.2.1. Del contrato médico–paciente	47
1.5.2.2. Supuestos de responsabilidad médica extracontractual	53
1.5.2.3. ¿Es la profesión médica una actividad riesgosa?	54
2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	56
2.1. Historia	56
2.1.1. El Estado no responde	56
2.1.2. El Estado responde	57
2.1.3. Colombia	59
2.2. Sistema de responsabilidad	61
2.2.1. Responsabilidad extracontractual del Estado	62
2.2.2. Elementos	64
2.3. Regímenes	66
2.3.1. Régimen subjetivo	67
2.3.2. Régimen objetivo	69

	pág.
2.3.1.1. Sub-régimen objetivo por riesgo	69
2.3.1.2. Sub-régimen objetivo por solidaridad	70
2.4. Responsabilidad médica del Estado	72
2.4.1. Regímenes estatales de responsabilidad médica y títulos de imputación	74
3. LA CARGA PROBATORIA	78
3.1. Modelos de distribución de la carga	80
3.2. La carga de la prueba en el código general del proceso	81
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRATAMIENTO DE LA CULPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y EN LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	88
4.1. Responsabilidad médica con culpa probada en la jurisdicción civil y contencioso-administrativa	88
4.1.1. Análisis de la aplicabilidad de la falla, culpa o falta probada en la responsabilidad médica estatal de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado (2003-2013)	88
4.1.2. Análisis de la aplicabilidad de la falla, culpa o falta probada en la responsabilidad médica de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (2003-2013)	98
4.2. Responsabilidad médica con culpa presunta en la jurisdicción civil y contencioso-administrativa	107
4.3. La responsabilidad médica objetiva	120
4.4. La carga dinámica de la prueba en la jurisdicción civil y en la contencioso-administrativa	126

	pág.
4.5. La teoría del aligeramiento probatorio de <i>res ipsa loquitur</i> (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (<i>faute virtuelle</i>)	133
CONCLUSIONES	143
BIBLIOGRAFÍA	153

RESUMEN

En la jurisdicción civil en materia de responsabilidad médica se aplica la máxima del derecho romano “*actoris incumbit onus probando*”, mientras que en la jurisdicción contencioso administrativa no se ha fijado una posición clara sobre la carga de la prueba en este tipo de procesos dado que el Consejo de Estado no ha trazado líneas jurisprudenciales definidas. Muy por el contrario ha venido construyendo jurisprudencia de caso, lo que se advierte del análisis de las sentencias emitidas por las citadas corporaciones en dicha materia entre los años 2003 a 2013. En este trabajo, por lo tanto, se pretende establecer los fundamentos del trato diferenciado.

El trabajo se desarrolla en etapas: La primera, una visión descriptiva de los aspectos sustanciales de la responsabilidad médica en el ámbito civil y administrativo; en segundo lugar, una presentación de la responsabilidad del Estado; en tercer lugar, se estudia la noción general de la carga de la prueba y su distribución en el proceso, así como su tratamiento en el Código General del Proceso; en cuarto lugar se analiza jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre el tema, y los títulos de imputación empleados.

Palabras clave: Carga de la Prueba, Responsabilidad Médica, Falla del Servicio, Daño Antijurídico.

ABSTRACT

In the civil jurisdiction over medical liability, the Roman law maxim "*actoris incumbit onus probando*" is mostly applied, while in the jurisdiction of administrative court they have not set a clear position on the burden of proof in such processes because the Council of State of Colombia has not defined jurisprudential path lines. Quite the opposite, they have been building case-law jurisprudence, which is seen from the analysis of the sentences issued by these corporations in that area from 2003 to 2013. In this paper, therefore, the aim is to establish the foundations of differentiated treatment.

The task is developed in four stages: First, there is a descriptive view of the substantial issues of medical liability in civil and administrative matters; second, a presentation of state responsibility; third, a study of the general notion of burden of proof, its distribution in the process, and how it is dealt with in the General Code of Procedure; and in the fourth stage, there is an analysis of jurisprudence of the Supreme Court of Justice and the State Council on the subject, and the imputation of titles used in the processes.

Keywords: Burden of Proof, Medical Liability, Failure Service, Wrongful Damage.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende dar cuenta del tratamiento que jurisprudencialmente se ha dado, en los últimos 10 años, al concepto de culpa en los casos de responsabilidad médica, haciendo especial referencia a la asignación que de las cargas probatorias han realizado los altos tribunales en esta materia. Para ello, se realizará un estudio acerca de los aspectos sustanciales de la responsabilidad médica en el ámbito civil y administrativo, se aludirá a la noción de carga procesal para abordar la figura de la carga probatoria, se analizarán una serie de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado entre los años 2003 y 2013, y se resaltarán las diferencias en el tratamiento que del tema enunciado han realizado los dos jueces colegiados.

Le sirven de fundamento a esta investigación no sólo los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos dentro del periodo de tiempo reseñado (que constituyen la materia prima de la misma) sino también fuentes de reconocida y autorizada doctrina. El estado del arte lo constituyen no pocas investigaciones que resultan ser el punto de partida de esta indagación; solo por nombrar las más sobresalientes se cita la obra del reconocido tratadista Doctor Javier Tamayo Jaramillo, quien de alguna manera nutre este trabajo constituyendo una fuente imprescindible tanto con su *Tratado de responsabilidad civil* (2007), como con su libro *Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo* (2011). De igual manera, sirven de base a este trabajo la obra del Doctor Mario Fernando Parra Guzmán (2004), las investigaciones que sobre el tema en cuestión ha hecho el Profesor Mateo Peláez García, y la investigación de Katty Johanna Rodríguez Lozano y Cristina Isabel Sánchez Brito.

La pregunta problematizadora que guiará esta investigación y, por ende, a la que se pretende dar respuesta es: ¿cuál ha sido el tratamiento que, en el periodo

comprendido entre el año 2003 y el 2013, la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de Colombia han dado al asunto de la carga de la prueba en la responsabilidad médica?

Tradicionalmente los asuntos de responsabilidad médica se evaluaron con fundamento en el sistema subjetivo o culpabilista (en términos del Consejo de Estado: responsabilidad con falla probada o falla del servicio); sin embargo, tanto en el campo privado como en el público, la jurisprudencia ha venido haciendo, de acuerdo a las diferentes circunstancias que se presentan en la actividad curativa, una serie de ajustes en el tratamiento de la responsabilidad médica. En este orden de ideas, y según los altos tribunales, cabe, por ejemplo, diferenciar la responsabilidad de los agentes (personas jurídicas naturales) de la responsabilidad de las instituciones (personas jurídicas estatutarias: entidades hospitalarias y similares), las obligaciones de medio de las obligaciones de resultado y la asignación de carga de la prueba según el elemento constitutivo de responsabilidad que se esté tratando¹.

Conceptos como culpa presunta, falla del servicio, responsabilidad médica, culpa probada, responsabilidad objetiva, obligación de medio, obligación de resultado, carga dinámica de la prueba, causales exonerativas de la responsabilidad, entre otros, tendrán que irse dilucidando de acuerdo a las diferentes concepciones que de los mismos tienen la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, con el fin de abordar esta investigación con mayor claridad y rigor en la técnica jurídica en especial, la jurisprudencia y doctrina.

¹ Será objeto de un análisis posterior, pero lo que quiere significarse al decir que la jurisprudencia diferencia entre otras cosas la carga de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad, alude a que, como se hará notar, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado introducen matices a la hora de la aplicación de la carga de la prueba de estos elementos (el hecho ilícito o falla del servicio, el daño y el nexo causal). En algunas sentencias se acepta, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba en lo que respecta al hecho ilícito o falla del servicio, mientras que en otras se admite la inversión de la carga probatoria en el nexo de causalidad; en fin, en algunas sentencias se acepta dicha dinamicidad probatoria respecto a dos de estos elementos, en otras solo respecto a alguno y en algunas no se acepta la inversión de la carga de la prueba.

La metodología que se ha querido adoptar en la exposición de la presente investigación, como ya se anunció, consiste en la realización de un análisis jurisprudencial. La información recopilada, enriquecida con las fuentes doctrinales, será observada, comprendida e interpretada teniendo como eje transversal los diferentes factores de imputación; así, en el desarrollo de este trabajo se aludirá al tratamiento de la culpa o falla probada, la culpa o falla presunta y la responsabilidad objetiva en los casos en los que la jurisprudencia ha dicho que cabe tanto en las sentencias del Consejo de Estado como en las de la Corte Suprema de Justicia; al finalizar cada capítulo se anotarán las conclusiones pertinentes tratando de enfatizar en las semejanzas y diferencias del tratamiento jurisprudencial de cada tema. A estos capítulos los seguirán otros en los que se cruzará la información extraída de las sentencias analizadas, pero ya no desde los factores de imputación, sino desde el tema central de la investigación, a saber: el tratamiento de la culpa en la responsabilidad médica y su correlativa carga probatoria desde cada Tribunal en forma separada. Se dedicará un capítulo posterior al análisis jurisprudencial de la teoría del aligeramiento de la carga probatoria de la *res ipsa loquitur*², otro capítulo al tema de la responsabilidad objetiva en la actividad médica y las circunstancias que la configuran y, por último, se consignarán las conclusiones y la bibliografía que sirvió de fuente a la investigación.

² Alocución latina que los mismos Tribunales traducen como “las cosas hablan por sí solas”.

1. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ÁMBITO CIVIL Y ADMINISTRATIVO

El valor de la vida humana es incuestionable, el hombre se aferra a su existencia como a su más preciado tesoro. El desarrollo de la ciencia médica es consecuencia de aquel sentimiento; el instinto de conservación de la especie, fuerza innata que se opone inconsciente y ardorosamente a la desaparición física de cualquier ente acariciado por el soplo de la vida, se hizo racional en el hombre. Se quiso desvelar el misterio de las artes curativas, a todos les atormenta el fallecimiento de un ser querido, a cualquiera lo frustra la postración, nadie quiere, realmente, que su pulso se detenga. Ante la preocupación del hombre surge la medicina: pócimas y tratamientos para enfrentar la enfermedad, alivianar el dolor y cicatrizar la herida, un verdadero prodigio del saber humano.

En su distante nacimiento, medicina y hechicería se fundieron en una sola disciplina, la espiritualidad fue su nota característica, la enfermedad y la dolencia se tuvieron por reprobaciones celestiales (la marca del pecado)³ y las artes curativas por don divino reservado a unos cuantos, una práctica esotérica.

³ Por vía de ejemplo se puede señalar que las malformaciones genéticas originadas en relaciones sexuales incestuosas, en algunas culturas, se llegaron a entender cómo mortificaciones que el cielo dirigía a las personas que se comportasen conforme a esa modalidad pecaminosa, los hijos cargaban con la marca del pecado de sus padres.

La medicina se sacralizó. Preservar la vida, desafiar la muerte, alterar el curso fatal de la historia parece cuestión de leyendas, parece obra de titanes⁴. Era apenas lógico que al quehacer reanimatorio se le atribuyera aquel carácter sobrenatural; el hombre suele conferir explicaciones quiméricas a todo fenómeno que se escape a su inteligencia⁵. Antes de que la medicina adoptara el método científico era practicada, esencialmente, por sacerdotes y chamanes, por supuesto, que sus ensalmos, brebajes y ungüentos los llevaron a la cima de la pirámide social, hicieron de su profesión una de las labores con más alta dignidad.

Hoy esto no ha cambiado, la medicina merece, por su sentido altruista y su servicio social, majestuosas condecoraciones. Pero ello no legitima aquella absurda idea que diserta en favor de la irresponsabilidad civil del facultativo, según ella, el paciente debe “asumir los riesgos y vicisitudes del acto médico” (Jaramillo, 2006, p. 44); pero, si la medicina está destinada a preservar la vida y a propender por la salud ¿no debe quien la ejerza responder por los daños que ocasione ilícitamente? Es inaceptable que por un actuar imperito, temerario o descuidado se pierdan vidas en el quirófano, se desmejoren las condiciones de existencia de un paciente o se le aniquile al negarle un tratamiento que requiera o al prestarle uno inadecuado. Puesto que trata con intereses de inmenso valor, el galeno debe proceder con especial cuidado, la actividad médica no puede dejar de ser centro de imputación jurídica; es cierto que existen ciertas circunstancias que eluden el control del facultativo, que son

⁴ Cantidad de creencias supersticiosas (modernas, antiguas y medievales) consideran que el destino es inexorable, lo conciben como una ley inquebrantable escrita por una deidad superior. En la mitología griega, las Moiras “Son la personificación del destino de cada cual. Encarnan una ley que ni los mismos dioses pueden transgredir sin poner en peligro el orden del universo” Homero. (2003) *La Odisea*. Bogotá, Colombia: Editorial Panamericana. [índice de nombres propios] p. 225.

⁵ “Hipócrates de Cos es el padre de la medicina. Todavía se le recuerda 2500 años después por el Juramento de Hipócrates (del que existe una forma modificada que los estudiantes de medicina pronuncian cuando se licencian). Pero, principalmente, se le recuerda por sus esfuerzos por retirar el manto de superstición de la medicina para llevarla a la luz de la ciencia. En un pasaje típico, Hipócrates escribió: «Los hombres creen que la epilepsia es divina, meramente porque no la pueden entender. Pero si llamasen divino a todo lo que no pueden entender, habría una infinidad de cosas divinas.» En lugar de reconocer que somos ignorantes en muchas áreas, hemos tendido a decir cosas como que el universo está impregnado de lo inefable. Se asigna la responsabilidad de lo que todavía no entendemos a un Dios de lo ignorado” Sagan, C. (2000). *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad*. (Trad. Dolors Údina). Barcelona: España: Planeta, pp. 5-6.

imprevisibles, pero lo que a ellos se exige, en la generalidad de los casos, no es la obtención de resultados beneficiosos, sino el despliegue diligente de la conducta profesional que corresponda al caso.

En provecho de la seguridad jurídica, de la calidad de la ciencia médica, y, en consecuencia, del paciente, se han creado reglamentos que vinculan al facultativo: a la hora de ejercer su profesión, éste tendrá que respetarlos. Si llega a provocar un daño y no ha acatado las normas que regulan los procedimientos, se verá envuelto, eventualmente, en un proceso judicial en el que, sobre la base de la demostración de la falla del servicio médico, se exigirá la reparación de los perjuicios causados. Con el presente trabajo se pretende dar cuenta del tratamiento jurisprudencial que, en los últimos años, se ha dado a la culpa en la responsabilidad médica, identificando puntos de similitud y de diferencia en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, cotejando los fundamentos que respaldan sus posiciones y asumiendo una actitud crítica frente a los mismos. Pero antes de entrar en materia se realizará una exposición panorámica de los aspectos sustanciales de la responsabilidad médica. Para ello se examinarán los fundamentos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad del Estado exponiendo, posteriormente, algunas de las particularidades que aplican a la responsabilidad médica tanto en el campo de lo público como en el terreno de lo privado.

1.1. De la responsabilidad civil

A través de la norma jurídica se ha establecido un sinnúmero de instrumentos encaminados, en teoría, a impartir justicia; este aparte se ocupará del estudio de una de aquellas figuras, una que procura restablecer, en la medida de lo posible y mediante la indemnización de perjuicios, aquel orden justo transgredido por el actuar ilícito y dañoso de un hombre, se examinará la figura de la Responsabilidad Civil.

El profesor José de Aguiar Dias (1957) acuñó un concepto a propósito del tema

de responsabilidad en general que servirá de base para adelantar este estudio; sostuvo el tratadista que la “repercusión obligacional [...] de la actividad del hombre” (p. 11) es lo que debe entenderse por responsabilidad. De esta noción se colige que las categorías normativas de responsabilidad y obligación están vinculadas íntimamente y que los regímenes de responsabilidad lo que hacen es regular las condiciones bajo las cuales surge una obligación, determinando, además, el contenido de la misma. Y entonces cabe preguntarse por el significado de aquella acepción, pues sólo al comprenderla se estará en capacidad de asimilar el concepto de responsabilidad y los efectos que regula.

Pues bien, obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra (Ospina, 1994, p. 20). En Colombia el régimen general de las obligaciones jurídicas lo consagra el Código Civil, y si bien no logra encontrarse en su interior manifestación expresa acerca del concepto de obligación jurídica, dicho estatuto sí otorga elementos de juicio suficientes para distinguir la obligación jurídica de obligaciones de otra estirpe como la moral, la religiosa y una que el propio Código denomina natural. Según este criterio la obligación será jurídica cuando el Estado respalde la ejecución coactiva de la misma.

Existen múltiples clasificaciones de la obligación jurídica, para efectos del presente análisis interesa resaltar aquella que diferencia a las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado (cómo se verá, esta clasificación permite comprender el alcance de las obligaciones surgidas por el ejercicio de la actividad médica). Atendiendo a los atributos de la carga jurídica, el obligado puede estar llamado a cumplir un deber de prudencia y diligencia y “entonces, el deudor no falta a su obligación, y su responsabilidad no queda empeñada, más que si comete una imprudencia o una negligencia” (Mazeaud, & Mazeaud, 1969, p. 35), o puede estar vinculado a un deber determinado o de resultado y “entonces, la obligación está incumplida por el solo hecho de que no se haya alcanzado el resultado previsto” (Mazeaud, & Mazeaud, 1969, p. 35).

En cuanto a los titulares de la obligación, habrá que entender que “En toda relación jurídica se puede establecer cuál de los sujetos está facultado para exigir cada prestación y ello implica, de contera, la determinación de quien es el sujeto responsable de su realización. Es responsable de cumplir la prestación quien debe realizarla” (Montoya, 2007, p. 359), a causa del incumplimiento surgirá, en cabeza del responsable, una nueva obligación que consiste en el deber de reparar los perjuicios causados con ocasión de la inobservancia de la obligación inicial, pudiéndole acarrear esta situación la imposición de sanciones si es que se ameritan. Ya, a esta altura, se puede concluir que la responsabilidad es una figura en virtud de la cual se determinan los efectos obligacionales de ciertos comportamientos humanos (los que tengan relevancia para el universo jurídico), siendo llamado el responsable a soportar con la carga de un conjunto de prestaciones (dar, hacer o no hacer) esgrimidas a favor de otro (y ya se decía que en caso de rehúso el Estado respalda la ejecución coactiva de la obligación). El régimen de responsabilidad civil únicamente asigna obligaciones de corte patrimonial y en ello se distancia del sistema penal (punitivo), pues este último consagra disposiciones que apuntan a restringir la libertad del responsable o incluso a castigar su cuerpo atentando hasta en contra de la vida del sujeto.

En el orden político contemporáneo, aquella facultad sancionadora del Estado (*Ius Puniendi*) se encuentra ampliamente restringida, de manera tal que los castigos serán legales cuando estén estrictamente determinados en la ley, y legítimos si pesa sobre la conducta estigmatizada un juicio de reproche lo suficientemente severo para que se apruebe socialmente la imposición de la pena.

Ahora, la exigencia de reparación del daño sí es regla común a todos los casos en los cuales el sujeto imputado no logra justificar en derecho la ocurrencia de los perjuicios que a él se recriminan. Aunque en principio se entendió que la responsabilidad podría fundarse única y exclusivamente sobre la base del culpable proceder del agente lesivo, la doctrina contemporánea ha señalado, y ello con el fin de asegurar la justicia, que la simple creación de un riesgo puede representar para sus

progenitores motivo suficiente para ser condenados a resarcir los daños ocasionados en razón de la materialización del riesgo engendrado.

A continuación se realizará un breve relato acerca del desarrollo histórico del concepto mismo de responsabilidad civil, ello permitirá entender los aspectos prácticos y las razones de derecho que justifican el que hoy día, a la par del actuar culpable de un hombre, se reconozca que la creación de un riesgo es fuente legítima de responsabilidad.

1.2. Historia

La sucesión de ideas que concluye en la inclusión del riesgo como fuente de responsabilidad encuentra su origen en la sociedad primitiva. Éste, como todo proceso de desarrollo conceptual, descubre su fuerza motriz en la contraposición de planteamientos, consiste, en consecuencia, en una progresión histórica-dialéctica.

1.2.1. El comienzo. Venganza privada sin límites

Las primeras manifestaciones de figuras equivalentes al procesamiento por responsabilidad civil se presentaron en el marco de comunidades aún incivilizadas, no existía la norma codificada pero sí cierto sentido de justicia, se entendía ya, para aquel entonces, que quien provocará un daño debía pagar por ello, pero el enjuiciamiento y la pena solían ser arbitrarios y desproporcionados, regía el sistema dictatorial de la venganza privada “forma primitiva, salvaje tal vez, pero humana, de la reacción espontánea y natural contra el mal sufrido; solución común a todos los pueblos, en sus orígenes, para la reparación del mal por el mal” (Aguilar, 1957, p. 31-32).

1.2.2. La ley del talión. Venganza cuantificada

Los abusos, atropellos, excesos y extralimitaciones hicieron patente la

necesidad de reglamentación de la venganza privada, se ajustaron sus fronteras (cada nación lo hizo a su manera) y se fijaron las condiciones de ejercicio de tal derecho. La naturaleza y magnitud de la represalia entraron a depender de la gravedad de la falta, se quiso implantar cierto equilibrio entre la ofensa y su castigo (el desquite).

1.2.3. Compensación patrimonial del daño

La ley del talión⁶ permaneció vigente durante varios siglos, pero a la par de ella se fue desarrollando la doctrina de la reparación pecuniaria del daño, otorgándosele al ofensor la oportunidad de eximirse de la represalia a través del pago de una indemnización patrimonial; lo que en un principio fue facultativo después se hizo obligatorio y en últimas se hizo universal el deber de recomposición económica de los perjuicios⁷.

No debe obviarse que en algunos códigos de la remota antigüedad se contemplaron ciertas formas de reparación pecuniaria del daño, así fue como en la olvidada Mesopotamia se consagró:

[...] la posibilidad de una compensación con recursos públicos en daños enormes de imposible cuantificación, ordenada por el Ensi o gobernador local sumerio; el Código de Lipit-Ishtar (alrededor de 1860 a.C), estableció en ciertos casos, análogas previsiones pecuniarias y las leyes de Eshnuma extendieron la reparación económica de ciertas ofensas a la dignidad y reputación de una persona (Namén, 2009, s.p., en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01).

⁶ Principio primario, rudimentario y muy desgastado de justicia retributiva.

⁷ “Es en la ley Aquilia donde se esboza, finalmente, un principio general regulador de la reparación del daño” (Aguilar, 1957, p. 35).

1.2.4. El Estado toma el control

El Estado fue madurando y comprendió que la administración de justicia era una tarea que no se podía desatender, el descuido se pagó a un costo demasiado alto, millares de almas perecieron en manos de la venganza privada, el tali6n y la compensaci6n econ6mica del da1o fueron adelantos significativos pero era hora de formalizar justicia. Ya existían 6rganos encargados de investigar y sancionar las faltas en contra del Estado, se complet6 la maquinaria, se quiso que los conflictos suscitados entre particulares fueran resueltos por un tercero imparcial y capacitado (id6neo), todo conforme a reglas que atendieran a los principios de legalidad, equidad, rectitud y justicia.

1.2.5. Desmembraci6n. Acci6n civil/acci6n penal

Se escindi6 la responsabilidad penal de la civil, se estim6 acertadamente que aunque aquellas compartiesen ciertos elementos estructurales, el castigo f6sico y las limitaciones a la libertad son asuntos serios, que merecen consideraciones especiales y por supuesto un trato especial. La responsabilidad civil y la penal atienden a la misma raz6n (la justicia) pero se valen de instrumentos dis6miles para materializar su objeto, la indemnizaci6n de perjuicios opera c6mo un t6pico caso de justicia restaurativa, el castigo es una modalidad de la justicia por retribuci6n⁸. Es claro que no todo comportamiento reprochable del hombre legitima la punici6n, y por ello, existen comportamientos civilmente relevantes que pasan por inadvertidos frente a la jurisdicci6n criminal, la pena de prisi6n y el suplicio fueron castigos reservados a

⁸ “Refiramos, pues, que es casi el mismo el fundamento de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal. Las condiciones en que surgen son las que son diferentes, porque una es m6s exigente que la otra, en cuanto al perfeccionamiento de los requisitos que deben coincidir para efectivarse. Y no puede dejar de ser as6. Trat6ndose de pena, se atiende al principio de *nulla poena sine lege*, ante el cual s6lo surge la responsabilidad penal cuando es violada la norma comprendida en la ley; mientras que la responsabilidad civil emerge del simple hecho del perjuicio, que viola tambi6n el equilibrio social, pero que no exige las mismas medidas en el sentido de restablecerlo, hasta porque es otra la manera de conseguirlo” (Aguiar, 1957, p. 20).

aquellas conductas que fueran marcadamente inaceptables e intolerables para la sociedad.

El antiguo derecho francés (siglo XII) fue el gran precursor de dicha delimitación, existieron esfuerzos anteriores pero ninguno que lograra demarcar con suficiencia los confines de la competencia civil y las fronteras del territorio penal.

1.2.6. Hegemonía de la culpa

La tradición jurídica de la culpa, germinada en el marco del derecho romano, sería reiterada por la redacción del código francés napoleónico (Ley del 21 de marzo de 1804), normatividad de especial relevancia para el ordenamiento jurídico colombiano. En este estatuto se consagró un principio de responsabilidad civil fundado exclusivamente en el actuar culpable de un hombre, los artículos 1382 y 1383 del código rezan de la siguiente manera:

Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo [...] Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia.

Este postulado, instaurado sobre la base de la doctrina culpabilista, cubrió en buena medida las exigencias que para la época desafiaban al derecho en materia de responsabilidad civil.

1.2.7. La crisis de la culpa y sus reacciones

La súper-industrialización de los procesos de producción y la incrustación de la máquina como apoyo indispensable en las operaciones habituales del hombre alteraron sustancialmente la dinámica de la sociedad. Los índices de accidentalidad se dispararon, y el dogma de la culpa se mostró insuficiente para encarar la situación. Los

daños se quedaron sin reparar, las víctimas fueron desamparadas por el derecho. El derecho tuvo que acoplarse a los afanes de la vida moderna:

[...] el siglo del automóvil, del avión, de la mecanización universal no puede, lógicamente, ser una era de seguridad material. La falta de ésta acarrea una general aspiración de seguridad jurídica. Si no estamos a cubierto de los riesgos, tengamos por lo menos la certeza de que no sufriremos impunemente las consecuencias de la actividad ajena [...] (Aguilar, 1957, p. 80).

El equilibrio se había destrozado. La imprudencia, el descuido y la mala fe parecían ser premiados por un sistema incapaz de remediar la situación, las víctimas se veían cargando con el peso de los riesgos provocados por actividades que representaban provecho para otros. En ocasiones el deber de probar al interior de un proceso judicial se tornaba en un encargo de imposible realización:

La víctima de un daño, en el dominio de esa teoría, soportaba una carga probatoria extremadamente pesada, arrojando un handicap desalentador: “¿Cómo podría el operario que se hirió durante el trabajo demostrar la culpa del patrón?”. “¿Cómo podría el peatón cogido por un automóvil en lugar solitario, de noche, probar, en ausencia de testigos —suponiendo que haya sobrevivido al accidente— que el coche estaba con las luces apagadas y corría con exceso de velocidad? ¿Cómo podría el viajero que, durante el trayecto efectuado en ferrocarril, cayó sobre las vías, probar que los empleados del ferrocarril fueron negligentes en la cerradura de la puerta del vagón, a la salida de la última estación? Imponer a la víctima o a sus herederos demostraciones de ese género es lo mismo que rehusarles cualquier indemnización; un derecho sólo es efectivo cuando su práctica está asegurada; no tener derecho y tenerlo sin poderlo ejercer son una sola cosa (Aguilar, 1957, p. 81-82).

Múltiples respuestas se formularon. En materia laboral se estableció un principio de responsabilidad sin culpa que pretendía apoyar la realidad de obreros dedicados a actividades de alta accidentalidad, según este régimen, implantado en

Francia a través de la Ley del 9 de abril de 1898, el empleador tendría que indemnizar parte de los perjuicios sufridos por sus trabajadores en un accidente laboral. El reglamento eximía al trabajador del deber de probar la culpa de su patrono, se legalizó de tal manera la teoría del riesgo, un típico caso de responsabilidad objetiva.

Por supuesto que existió resistencia al cambio, los miembros de la escuela culpabilista se negaron a aceptar la implementación de sistemas de judicialización fundados en la idea de responsabilidad sin culpa (Aguiar, 1957, p. 55), afirmaron que para situar su posición a la altura de las exigencias contemporáneas bastaría con realizar un par de ajustes a su doctrina. Los hermanos Mazeaud (1969, p. 19-22) encuadran las adaptaciones propuestas en tres grupos, a saber: 1) la extensión de la responsabilidad contractual, 2) la inversión de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad por causa de las cosas, y 3) la limitación del ejercicio de las potestades jurídicas, más conocida como prohibición del abuso de los derechos.

La tesis de la extensión de la responsabilidad contractual sostiene que a la par de la obligación principal, en gran cantidad de contratos surge una obligación de seguridad y, en razón de ello, los accidentes ocurridos en virtud de la ejecución de las prestaciones principales tendrían que calificarse conforme a las reglas de la responsabilidad negocial. Esto representa una garantía para la víctima del siniestro, pues el presunto generador del daño únicamente podrá librarse de responsabilidad demostrando que el daño fue provocado por una causa extraña.

Lo que hizo la Corte de Casación francesa en relación a **la responsabilidad por causa de las cosas** fue imponer una presunción de culpa que relevaba al perjudicado de la carga probatoria en ese punto en particular. En ese orden de ideas, bastaría para la condena el que fueran demostrados los hechos y los daños ocasionados por la cosa, y si el responsable de la custodia del agente lesivo deseara eludir la reparación de los perjuicios tendría que otorgar evidencia suficiente de haber realizado su labor de manera diligente, cuidadosa y conforme al principio de buena fe. Este

asunto fue llevado mucho más allá y llegó a decirse que “la presunción no cedía sino ante la prueba de una causa ajena” (Mazeaud, & Mazeaud, 1969, p. 20)⁹.

Lo que postula la proscripción del **abuso de los derechos** es que el titular de potestades jurídicas debe ejercerlas de manera razonable y respetuosa, pues, de no hacerlo así, verá comprometida su responsabilidad.

Con estos tres ajustes se quiso adecuar la doctrina de la culpa a las exigencias de la vida moderna, pero, a pesar de representar gigantescos avances en favor de la justicia, dichos cambios se mostraron insuficientes; imperioso fue recurrir a la teoría del riesgo.

Se entendió que la amenaza suscitada en razón del despliegue de ciertos comportamientos o el empleo de instrumentos potencialmente dañinos justifica la implementación de un régimen de responsabilidad civil objetiva, y así se fue reconociendo la responsabilidad fundada en el riesgo.

1.2.8. El debate en Colombia

El sistema jurídico colombiano no fue ajeno a este proceso:

En luminosa sentencia de 14 de marzo de 1938 (XLVI, 1932, p. 215 ss.), por completo auténtica y creativa, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, a cuyo tenor, “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve losas de una acequia o cañería o las descubre en calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí

⁹ Este tipo de adaptaciones son las que llevan al profesor José de Aguiar Dias 1957 al manifestar que: “[...] los franceses obraron de una manera curiosa: enunciaron el principio bajo la influencia de su magnífico sentido práctico, pero, en cuestiones de detalle, dispusieron precisamente lo opuesto al principio que profesaban” (p. 58).

transiten de día o de noche; 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”, inició con acierto el proceso de transformación de las bases de la responsabilidad civil, encontrando en el mencionado precepto el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, sin necesidad de acudir a doctrinas foráneas ni a concepciones reforzadas (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01).

El debate acerca de la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva aplicable a actividades calificadas como peligrosas fue desarrollado a nivel jurisprudencial, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia fluctuaron entre criterios de aplicación por presunción de responsabilidad (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01), presunción de culpa, presunción de peligrosidad y hasta la negación misma de la imputación por creación del riesgo. Lo cierto es que la discusión no se ha cerrado, pero el alto tribunal de casación, en fallo reciente, reconoció la creación del riesgo como elemento de imputación jurídica en los casos de daños ocasionados por despliegue de actividades peligrosas:

En rigor, en la sociedad actual es incontestable la inadecuación del criterio de la culpa para todas las hipótesis y la injusticia a que conduciría su aplicación rígida en numerosos casos de responsabilidad, como manifestación del espíritu de solidaridad humana y social, coexistiendo una pluralidad de criterios de imputación (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01).

Pues bien, partiendo de este supuesto, se estudiarán aquellos elementos que aunados al factor de imputación jurídica (por culpa o riesgo) generan un caso de responsabilidad civil.

1.3. Elementos de la responsabilidad civil

Para que pueda reputarse la existencia de un suceso cobijado por las reglas de la responsabilidad civil debe corroborarse la presencia de sus componentes estructurales. Los elementos comunes a todos los casos de responsabilidad civil son el daño, el factor de imputación jurídica y la relación causal que vincula dicho perjuicio al despliegue de un comportamiento considerado como imputable jurídicamente. Se hará referencia a cada uno de ellos.

1.3.1. El daño

Según el artículo 1494 del Código Civil Colombiano el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona” es fuente de obligaciones. Por daño deberá entenderse “[...] la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico [...]” (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01). Se ha dicho que si el efecto de la responsabilidad civil es “la reparación de un daño, no podría existir responsabilidad civil sin un daño” (Mazeaud, & Mazeaud, 1969, p. 58).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil dijo que:

[...] cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria [...] (Hinestrosa, 1968, p. 58, T. CXXIV, Nos. 2297 a 2299).

En un principio, los daños “se estimaron asuntos personales y su reparación se asociaba a la venganza” (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01), ya se hizo referencia, anteriormente, al proceso histórico que culminó en la instauración de un sistema de justicia restaurativa. Hoy en día, en el marco del proceso civil, frente a los perjuicios la expectativa del demandante se concreta en la indemnización patrimonial de su dolencia.

Habrá que decir que muchos de los daños ocasionados por un comportamiento ilícito son irreparables, con justicia se buscaría que al sujeto lesionado se le restituyera al estado anterior al de su agravio, pero ya que nadie puede ser obligado a lo imposible, se establece una indemnización sustitutiva que pretende reducir el impacto de los perjuicios causados.

1.3.1.1. Características del daño indemnizable

Para que el perjuicio sea indemnizable debe reunir las siguientes características:

- a) **Debe haber certidumbre acerca del daño:** según esta exigencia el perjuicio alegado tendrá que estar acompañado de evidencia que demuestre suficientemente su ocurrencia actual o futura. “Afirmar que el perjuicio debe ser cierto, es afirmar que no existe duda sobre su realidad” (Mazeaud, & Mazeaud, 1969, p. 61).
- b) **El beneficio perjudicado debe ser lícito:** la actividad ilícita no está amparada por el Estado, “Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido” (Araujo, Corte Constitucional, Sentencia T – 213/08). Atendiendo a ello, se dirá que cualquier reclamación de

indemnización de perjuicios sufridos en ejercicio de actividad ilícita resultará inocua.

- c) **El daño debe ser personal:** es facultad exclusiva de la víctima el reclamar judicialmente la reparación del daño. Fallecido el perjudicado, sus herederos podrán iniciar las acciones pertinentes.

- d) **“El perjuicio debe no haber sido reparado ya.** La víctima no puede obtener reparación sino una sola vez. Cuando la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido. Por ello no cabría demandar de nuevo la reparación” (Mazeaud, & Mazeaud, 1969, p. 62. El subrayado es nuestro)
De este postulado, proclamado por los hermanos Mazeaud, habrá que asimilar lo esencial pero aclarar que la indemnización no suprime el perjuicio, sino que lo compensa, y decir que es por razones de seguridad jurídica que no cabe demandar de nuevo la reparación.

1.3.1.2. Tipología del daño

Jurídicamente los daños se identifican por su carácter patrimonial o extra patrimonial:

- a) **Perjuicio patrimonial:** es aquel que representa para la víctima una pérdida valorable en términos monetarios. Dentro de esta categoría cabe diferenciar entre dos especies de perjuicios apreciables pecuniariamente, cuales son:
 - i. **El daño emergente:** conformado por las erogaciones económicas que ha asumido o tendrá que asumir la víctima del daño en razón del suceso lesivo y sus consecuencias.
 - ii. **El lucro cesante:** compuesto por los activos que han dejado o dejarán de ingresar al patrimonio de la víctima.

b) **Perjuicio extrapatrimonial:** daños ocasionados sobre derechos o intereses de contenido no económico. Entre los perjuicios extrapatrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico colombiano vale resaltar los siguientes:

i. **Daño moral subjetivo:** consistente en el dolor físico, depresiones, angustias y padecimientos emocionales ocasionados en consecuencia del hecho lesivo.

ii. **Perjuicio fisiológico:** alteraciones negativas a las condiciones de existencia padecidas cómo resultado del hecho lesivo. Este menoscabo priva a la a víctima de actividades que hacían grato su vivir.

1.3.2. Nexo de causalidad

Acreditados los perjuicios (punto de partida de la responsabilidad), “a la víctima le corresponde probar que el daño por ella sufrido es el comportamiento ilícito del agente, es decir, que éste último, por sí mismo o por interpuesta persona, cosa o actividad, bajo su responsabilidad, causó el perjuicio” (Tamayo, 2009, p. 253).

Este tema es objeto de gran polémica, suscita varios cuestionamientos, pues si tantas fuerzas (naturales y humanas) concurren en la producción de un resultado dañoso concreto, a cuál de ellas puede imputársele fácticamente, con justicia, esa modificación lesiva del mundo exterior y, consecuentemente, cuáles se excluyen del juzgamiento por poseer un vínculo demasiado tenue con el resultado o estar determinadas por una causa extraña que representa una ruptura del nexo causal.

Múltiples propuestas han pretendido resolver el problema de la causalidad en el campo jurídico, las tesis de la *equivalencia de las condiciones* y de la *causalidad adecuada* son las orientaciones de pensamiento con mayor aceptación en el medio, se explicará cada una de ellas.

1.3.2.1. Equivalencia de las condiciones

Esta teoría,

[...] considera como causa, la suma de todos los antecedentes que convergen a la producción de un determinado resultado. A diferencia de las llamadas teorías individualizadoras, no selecciona como causa una de las varias condiciones que sirven de presupuesto a la modificación del mundo exterior. Todos los antecedentes tienen idéntico valor, en la medida que condicionan el resultado concreto (Montealegre, 1988/1987, p. 13).

Según ella, no interesa la magnitud del aporte causal. Si es que la conducta ha sido condición del resultado, esos efectos le serán imputables fácticamente a su autor, aun cuando ese aporte haya sido mínimo.

Para reconocer los antecedentes que condicionan un resultado se hace uso de un método de constatación; el postulado es el siguiente:

[...] si suprimimos mentalmente la actividad del autor y el resultado no se produce, es porque se encuentra en relación causal con el mismo. Por el contrario, si suprimida mentalmente la conducta del sujeto, el resultado concreto también se hubiera producido, debe negarse la relación causal porque la conducta no lo ha condicionado (Montealegre, 1988/1987, p. 13).

Los opositores más aguerridos de esta doctrina sostienen que con la aplicación de la misma “todo el mundo es responsable de todo” (Montealegre, 1988/1987, p. 15), es la teoría causal en su más pura expresión.

1.3.2.2. Causalidad adecuada

Si la teoría de la imputación jurídica por despliegue de actividades anormalmente peligrosas fue formulada con el objeto de otorgar protección a las víctimas de operaciones altamente riesgosas, la teoría de imputación fáctica vía causalidad adecuada pretende “limitar los excesos a que puede conducir la equivalencia de las condiciones, si se aplica con todo su rigor” (Montealegre, 1988/1987, p. 15), procurando evitar que la sociedad sea condenada, en últimas, a la total inacción, pues cómo explica de manera figurativa el profesor Montealegre Lynett, en el marco de la tesis de la equivalencia de las condiciones:

Sería causa del homicidio, no solamente el conductor imprudente que atropella al peatón, sino también el padre que presta el vehículo al hijo, lo mismo que el usurero que otorga el dinero para la financiación del auto, y así hasta el infinito (p. 15).

Ello sumergiría al hombre en un estado de profunda demencia, la paranoia sería total y generalizada. Las cadenas causales nunca se detienen, aplicar este régimen equivaldría a conjurar al hombre a perseguir eternamente las consecuencias de cada uno de sus actos (lo cual sería imposible), o simplemente a dejar de actuar, restringirse a lo estrictamente necesario para sobrevivir.

La tesis de la causalidad adecuada:

[...] considera como causa, únicamente la condición que generalmente (de acuerdo a la experiencia) produce un determinado resultado. Esto significa, que no se tienen en cuenta todas las condiciones que realmente contribuyeron a la producción del resultado, porque se hace abstracción de algunas de ellas para hacer el juicio de adecuación (Montealegre, 1988/1987, p. 16).

Para determinar en qué casos una conducta ha sido condición adecuada del resultado se ha hecho uso del precepto de la probabilidad, considerándose, entonces,

que sólo aquellos efectos que fuesen previsibles objetiva y subjetivamente, le pueden ser imputados fácticamente al autor de la conducta.

Previsible objetivamente es el resultado anticipable por el hombre medio bajo circunstancias análogas a las del autor y, subjetivamente previsible es aquel efecto que debió haberse anticipado atendiendo a los conocimientos excepcionales que posee el autor.

En fallos recientes, la Corte Suprema de Justicia ha acogido esta tesis acerca de la causalidad (Arrubla, 2011, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ref. C-0500131030092002-00445-01), señalando expresamente en uno de ellos lo siguiente: “[...] al no existir el necesario nexo de causalidad adecuada entre aquella conducta y el perjuicio ocasionado, ninguna responsabilidad cabía imputarse” (s.p.). De ello se concluye, necesariamente, que es ésta la tesis oficial.

No obstante lo anterior, y antes de avanzar con el estudio del siguiente elemento de la responsabilidad civil, se harán un par de anotaciones acerca de la aplicación de la imputación objetiva como criterio de imputación fáctica del resultado y se realizará un breve comentario relativo al nexo de causalidad que vincula los daños al comportamiento omisivo.

1.3.2.3. Imputación objetiva

Esta teoría, propia del campo penal, señala que la imputación fáctica de un resultado se constata tras la verificación de “dos categorías independientes y sucesivas: relación causal e imputación objetiva” (Montealegre, 1987, p. 20). La relación causal obedece a las reglas de la equivalencia de las condiciones, se dijo que, siendo la causalidad una categoría del ser, no sería admisible la modificación jurídica del concepto, “No es posible, en materia de tanta monta general y unitaria, elaborar una doctrina para andar por casa” (Jiménez de Asua citado por Montealegre, 1987, p. 16),

y en consecuencia resulta equivocado negar el vínculo causal en situaciones en las que efectivamente existe.

Pues bien, si por una parte se afirma que la equivalencia de las condiciones es la única tesis causal aceptable, por otra se reconoce que para emitir con justicia un veredicto de imputabilidad fáctica de un resultado:

[...] no basta con la constatación de la relación causal, determinable de acuerdo a criterios extraídos de las ciencias naturales —teoría de la equivalencia de las condiciones— sino que es preciso además, la imputación objetiva del resultado. Imputación que se realiza con base en criterios normativos y teleológicos [...] La imputación objetiva parte de una premisa fundamental: demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción del resultado típico (Jiménez de Asua citado por Montealegre, 1987, p. 20-21).

Esta postura se acopla de mejor manera a las tendencias contemporáneas que pretenden instaurar sistemas de responsabilidad objetiva para garantizar la indemnización de perjuicios causados a terceros por ejercicio de actividades peligrosas, pues ésta surge del criterio mismo de creación del riesgo, y no obedece a criterios como el de la previsibilidad que se queda corto frente a la indemnización de perjuicios ocasionados por manipulación, almacenamiento o transporte de elementos altamente riesgosos, como lo son las sustancias tóxicas, explosivas o radioactivas, que, como se sabe, sin previo aviso pueden generar catástrofes de gran magnitud, o generar perjuicios, en principio imperceptibles, que gradual y progresivamente pueden menoscabar la calidad de vida de las personas. El juicio de previsibilidad debe ser aplicado a los asuntos de responsabilidad civil fundados sobre la culpa y, concretamente, cómo componente de la imputación jurídica del daño, no de la imputación fáctica del mismo.

1.3.2.4. Causalidad en la omisión

En estricto sentido el comportamiento omisivo no puede ser causa física de un resultado, en efecto, la causalidad supone el desencadenamiento de fuerzas que, por esencia, el comportamiento pasivo es incapaz de desatar. Por ello se ha creado la figura de la causalidad hipotética, razonamiento en virtud del cual se imputa fácticamente un resultado dañoso a quién haya incumplido un mandato (legal o convencional) cuya realización hubiese implicado la no producción del resultado lesivo, es como tal, un vínculo físico ficticio. Se omitirá pues, únicamente lo jurídicamente debido, y como a nadie puede obligarse a lo imposible se omitirán, también, únicamente las acciones humanamente posibles.

1.3.3. Factor de imputación jurídica

El tercer elemento de la responsabilidad civil es la imputación jurídica. El factor de imputación jurídica es “el fundamento o justificación del deber de responder” (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01), esto es, las razones de derecho en virtud de las cuales se está en la obligación de reparar el daño.

En primer lugar habrá que decir que ningún sujeto puede ser condenado legítimamente por fuera del marco jurídico, y que, conforme a este principio de legalidad, las sanciones impuestas judicialmente (y en ellas se incluye la orden de indemnizar perjuicios) obedecerán estrictamente a los preceptos normativos.

La Ley prescribe, básicamente, en dos sentidos, el mandato puede consistir en una orden o en una prohibición; lo propio sucede con la disposición contractual, en cuyo caso se pueden concertar las prestaciones de dar (orden), hacer (orden) o no hacer (prohibición). Atendiendo a ello, se concluye que la violación de la norma (general o inter-partes) se consuma por omisión de la orden o por transgresión de la prohibición,

y en ese orden de ideas le será imputable el daño al sujeto que lo ocasione mediante comportamiento omisivo o activo de carácter ilícito (contrario a derecho) siempre y cuando se constate en él la presencia de un factor de imputación jurídica que sirva de “fundamento o justificación del deber de responder” (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01).

En sentencia del 24 de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia, parafraseando lo dispuesto por el *European Group on Tort Law*, señala lo siguiente: “En particular, el daño puede imputarse a la persona (a) cuya conducta culposa lo haya causado; o (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones” (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01).

Esto permite agrupar los factores de imputación jurídica del daño en dos grandes grupos, pues la reparación del mismo podrá ser exigida judicialmente cuando sea provocado: 1) por despliegue de actividad culposa o 2) por despliegue de actividad anormalmente riesgosa. No se cuenta el daño causado por auxiliar en ejercicio de sus funciones cómo título de imputación jurídica independiente, pues, como expresa el tratadista Tamayo Jaramillo (2009), en el régimen de responsabilidad extracontractual derivada de daños provocados por terceros “la ley presume que el directamente responsable se ha comportado mal porque el civilmente responsable actuó culposamente (no brindar una suficiente vigilancia)” (p. 660) y, en el sistema de responsabilidad contractual originada en el daño causado por un tercero “la culpa del tercero compromete automáticamente al deudor, es decir, es su propia culpa (la del deudor) jurídicamente hablando. Por eso el artículo 1738 del Código Civil afirma que “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable” (Tamayo, 2009, p. 660), de ello se colige que la responsabilidad por el hecho de terceros no es más que un caso especial de

responsabilidad fundada en la culpa.

Se avanzará, en la exposición de cada uno de los criterios de imputación.

1.3.3.1. La culpa

Esta es la noción genérica que designa aquel elemento subjetivo¹⁰ que, por regla general, exige la ley para entender comprometida la responsabilidad civil del autor de un daño. Para determinarla habrá que examinar la esfera interna del individuo, su dimensión psicológica.

La imputación jurídica por culpa implica un juicio de reproche en el que se desaprueba el comportamiento del sujeto por no haber actuado conforme a la conducta exigible. El derecho invita a los hombres a obrar con diligencia, cuidado y buena fe. “[...] se es responsable sobre la base de la culpa por la violación dolosa o negligente del estándar de conducta exigible” (Namén, 2009, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 11001-3103-038-2001-01054-01).

De allí se desprende la doble proyección de la conducta reprochable de la que habla José de Aguiar Dias 1957, en los siguientes términos:

La conducta reprochable, por su parte, comprende dos proyecciones: el dolo, en el cual se identifica la voluntad directa de perjudicar, configura la culpa en el sentido amplio; y la simple negligencia (negligentia, imprudentia, ignavia) en relación al derecho ajeno, que viene a ser la culpa en el sentido restringido y rigurosamente técnico (p. 142).

Respecto a estos dos fenómenos conveniente resulta hacer un par de anotaciones.

¹⁰ “[...] la culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado” (Tamayo, 2009, p. 193).

- a) **Culpa en sentido estricto:** Leonardo A. Colombo (1947) la define como la “violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que debe y puede evitarse” (p. 44).

Se exige, entonces, que los hombres prevean las consecuencias de su actuar social, que empleen todas las medidas de precaución necesarias para evitar un resultado dañoso, que adquieran la pericia inherente al desarrollo exitoso de ciertas actividades que requieren de conocimientos teóricos y empíricos para su correcta realización y, en suma, que ejerzan con sentido de responsabilidad sus libertades.

La culpa, que puede presentarse por un actuar desatento (negligencia)¹¹, temerario (imprudencia)¹² o inexperto (impericia)¹³, es decir, por violación del deber general de prudencia, se entenderá existente de plano frente al incumplimiento de deberes determinados, esto es a lo que la doctrina denomina “Culpa por violación de un deber o por transgresión de una norma jurídica” (Tamayo, 2009, p. 225).

- b) **Culpa en sentido amplio (Dolo):** a nadie escapa el carácter moral del derecho, “Sería infundado sustentar una teoría del derecho extraña a la moral” (Aguiar, 1957, p. 13). La ciencia jurídica repudia el despliegue de comportamientos opuestos al orden público y a las buenas costumbres. Las conductas determinadas por la mala fe del sujeto son despreciadas por el sistema, por esta razón, el dolo, definido por el código civil como aquella “[...] intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (Código Civil Colombiano, Art. 63), sirve como factor de imputación

¹¹ “Negligencia es la omisión de aquello que razonablemente se hace, ajustadas las condiciones emergentes a las consideraciones que rigen la conducta normal de los negocios humanos. Es la inobservancia de las normas que nos ordenan obrar con atención, capacidad, solicitud y discernimiento” (Aguiar, 1957, p. 160).

¹² “La imprudencia consiste en la precipitación, en el obrar inconsiderado, sin cautela, en contradicción con las normas del actuar sensato. Es la osadía en el obrar, el desprecio de las previsiones que debemos tomar en nuestros actos” (Aguiar, 1957, p. 160).

¹³ “Impericia es, originariamente, la falta de habilidad” (Aguiar, 1957, p. 161).

jurídica del daño.

1.3.3.2. La actividad anormalmente riesgosa

El segundo supuesto de imputabilidad jurídica del daño es la causación del mismo mediante el despliegue de actividad anormalmente peligrosa. En los puntuales eventos en que se reconoce el riesgo como fuente legítima de responsabilidad civil, el elemento subjetivo de la conducta se torna irrelevante. El deber de reparar los perjuicios ocasionados surge por el solo hecho de ejercer la actividad peligrosa, por ello, esta institución también es conocida como *responsabilidad por la simple causación del daño*.

Actividad peligrosa será aquella:

[...] que, una vez desplegada, su estructura o comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos (Tamayo, 2009, p. 935).

La potencialidad del daño proviene de la naturaleza misma de la actividad y no se refiere al yerro de conducta —impericia, negligencia, imprudencia o dolo— de aquel que la practique. Al desplegar este tipo de actividades se desencadenan procesos causales que implican la probable materialización de siniestros demasiado costosos; anteriormente se mencionó cómo el florecimiento acelerado de la industria desembocó en una sociedad plagada de riesgos, surgiendo de aquella realidad la incógnita ¿Cómo garantizar seguridad jurídica sin sacrificar actividades útiles y relevantes para el progreso y el fortalecimiento de la economía del país, cuando el ejercicio de ellas implica semejante peligro?, pues bien, con el fin de no perjudicar el desarrollo de la

industria, pero tampoco permitir que los riesgos de dichas operaciones terminen siendo asumidos por las víctimas de los siniestros, se ha venido imponiendo un régimen de responsabilidad objetiva según el cual “responde por la actividad peligrosa quien de hecho dirija intelectualmente la actividad que acarrea peligros a terceros” (Tamayo, 2009, p. 937), ello independientemente del cuidado y diligencia que se haya observado al momento de ejercer la actividad, pues se entiende que en el despliegue de actividad anormalmente riesgosa va envuelta la asunción de una obligación de resultado que consiste en no causar daño con su maniobra. De modo que, siempre y cuando el límite del orden público y las buenas costumbres no sea desbordado, será legítimo el ejercicio de la actividad peligrosa, pero su despliegue será realizado a sabiendas del régimen de responsabilidad objetiva con el que se juzgarán sus maniobras en caso de materializarse los riesgos.

1.4. Responsabilidad contractual

La responsabilidad civil puede emerger en dos escenarios distintos: mediando una relación negocial previa o al margen de cualquier convención. Para el fallador, resulta ser de suma importancia el determinar la naturaleza contractual o extra-contractual del asunto, pues de ello dependerá en gran medida la suerte del proceso. El régimen de responsabilidad es una regla de juicio que le señala al juez el sentido que debe tomar su decisión según el conjunto de circunstancias dadas.

Se sujetará a las reglas del sistema contractual aquel asunto en el que el daño sea resultante del incumplimiento de un contrato celebrado válidamente entre el agente lesivo y la víctima, en su defecto, le regirán las pautas del sistema extra-contractual.

El incumplimiento del contrato consiste en:

[...] la dejación total o parcial de las obligaciones por parte de un contratante o de ambos, y cobija en especial las siguientes hipótesis: a) incumplimiento total, o puro y

simple, en que el deudor sencillamente deja de lado sus obligaciones, como cuando el comprador no paga nada del precio; b) cumplimiento imperfecto, que es cuando el deudor ejecuta sus obligaciones pero no lo hace de manera completa o perfecta, como cuando no paga el total de lo debido; y c) el retardo en el cumplimiento, conforme al cual no se cumple la obligación en el tiempo debido (Isaza, 2009, p. 103).

Pues bien, lo que hace relevante esta distinción es que el encuadramiento en uno o en otro régimen implica la aplicación de reglas que situarán en posición ventajosa a la víctima o al victimario según el caso. Se citarán, algunos de los rasgos de orden práctico¹⁴ que, según el profesor Tamayo Jaramillo, diferencian en Colombia estos dos sistemas:

a) **La prescripción:**

En cuanto a la responsabilidad contractual, digamos que la ley establece un principio general de prescripción extintiva de diez años [...] Sin embargo, hay una serie de textos especiales, tanto en materia civil como mercantil, que consagran plazos de prescripción contractual diferentes. Así, por ejemplo, en materia de transportes la prescripción es de dos años; en materia de seguros la prescripción de las acciones que se derivan de dicho contrato puede ser de dos o de cinco años [...] A su turno, las acciones derivadas del vicio oculto de una cosa, en la compraventa mercantil, prescriben en seis meses [...]

En materia extracontractual, en cambio, existen varios tipos de prescripción. En efecto, el artículo 2358 del Código Civil establece una prescripción de tres años para las acciones originadas en la responsabilidad civil por el hecho ajeno [...] El mismo artículo 2358 establece que si el ilícito civil es consecuencia de un ilícito penal, la prescripción se rige por la aplicable a la acción penal. En las responsabilidades

¹⁴ “Aun cuando la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual obedezcan a los mismos principios, sigue siendo necesario distinguir una de otra; porque las separan algunas diferencias, accesorias sin duda, pero diferencias reales, y pueden darle, en tal o cual pleito, un interés práctico de primer plano a la cuestión de saber si rigen las reglas de una u otra responsabilidad” (Mazeaud, & Mazeaud, 1969, p. 35-36).

extracontractuales establecidas en los artículos 2341 a 2359 del Código Civil, la prescripción es de diez años (Tamayo, 2009, p. 41).

Visto esto, no sobra resaltar la relevancia jurídica de la figura de la prescripción extintiva, se sabe que su materialización excluye de plano las pretensiones de la demanda.

- b) **Capacidad:** aquí la regla es simple, en los casos de responsabilidad extracontractual fundada sobre la culpa, el sujeto se presume capaz para cometer el hecho ilícito a partir de los diez años, recuérdese que “el artículo 2346 del Código Civil establece que los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa” (Tamayo, 2009, p. 41). Esta disposición no es aplicable, por sustracción de materia, a los asuntos de responsabilidad edificados sobre la anormalidad del riesgo creado.

En materia contractual, por otra parte, prosperará la acción de responsabilidad por el incumplimiento de negocios celebrados válidamente, esto es, por el mayor de edad, o por el menor a través de su representante.

- c) **Solidaridad:** en este punto se sabe ya que la producción ilícita de un resultado lesivo le impone la carga de reparación a aquel sujeto a quien pueda imputarse jurídica y fácticamente el daño.

Si la imputación señala que son varios los sujetos llamados a resarcir los perjuicios surge un cuestionamiento ineludible ¿de qué manera, o mejor, en qué proporción deberá responder cada uno de ellos? El problema se resuelve atendiendo al régimen de responsabilidad aplicable.

En materia contractual habrá que determinar si la relación comercial obedece a los preceptos que rigen el campo civil o a las normas propias del territorio mercantil.

En el primer caso, los obligados, por regla general, responderán de manera conjunta, esto es, únicamente por su parte o cuota de la deuda, siendo ello mandato expreso del artículo 1568 del Código Civil, norma que a su vez señala que en virtud de la autonomía privada o de una ley especial puede estipularse la solidaridad entre los deudores¹⁵, en cuyo caso la obligación podrá “ser cobrada en su totalidad a cualquiera de los deudores de la misma” (Tamayo, 2009, p. 43). En los casos relacionados con contratos de corte comercial sucede lo opuesto, pues “mientras no se pacte lo contrario, los deudores de un contrato mercantil son solidariamente responsables ante el acreedor” (Tamayo, 2009, p. 45), situación que se desprende de lo dispuesto en el artículo 825 del Código de Comercio.

En materia extracontractual, puntualmente en los asuntos fundados sobre la culpa, impera el principio de solidaridad, así lo tiene dispuesto el artículo 2344 del Código Civil Colombiano: “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355 [...]”.

Aquellas excepciones hacen referencia a la responsabilidad por daños ocasionados por ruina de los edificios, en la que responden los propietarios del inmueble de manera conjunta “[...] a prorrata de sus cuotas de dominio” (Código Civil Colombiano, Art. 2350), y a la responsabilidad por daño causado por cosa que cae de edificio, en la que el perjuicio “[...] es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola [...]” (Código Civil Colombiano, Art. 2355).

¹⁵ Un ejemplo de responsabilidad contractual solidaria establecida por ley en el campo civil es el que trae el inciso final del artículo 2344 del código civil según el cual “[...] Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria [...]”.

El profesor Tamayo Jaramillo (2009) sostiene que, si bien la solidaridad consagrada por el artículo 2344 no cubre los asuntos de responsabilidad civil puramente objetiva,

[...] también en este caso la víctima podría cobrar la totalidad de la indemnización a cualquiera de los responsables, acudiendo para ello a la noción de obligación al todo [...] De hecho, los tribunales colombianos, tal vez sin darse cuenta, han permitido en buen derecho que la víctima pueda, en estos casos, reclamar la totalidad de la indemnización a cualquiera de los responsables que en estas hipótesis no son deudores solidarios de la indemnización (p. 45).

- d) **El monto indemnizable:** en el campo de la responsabilidad extracontractual, la reparación está dirigida tanto a los perjuicios previsibles como a los imprevisibles. Lo propio sucede con la responsabilidad contractual por causación dolosa del daño; pero si el incumplimiento contractual se realiza culposamente (culpa en sentido estricto) el monto indemnizable se limita a aquellos perjuicios que fuesen previsibles.

- e) **Competencia:** si bien en una y otra la acción puede instaurarse ante el juez del domicilio del demandado, lo cierto es que en materia contractual la acción en responsabilidad también puede intentarse ante el juez del lugar del cumplimiento del contrato (C. de P.C., art. 23, num. 5). En cambio, en los procesos por responsabilidad civil extracontractual, la acción indemnizatoria podrá intentarse en el lugar donde ocurrió el hecho dañino (Tamayo, 2009, p. 65).

Resulta excesivo resaltar la posición ventajosa en la que puede ubicarse una de las partes al adelantar el proceso en determinado punto geográfico. Es mucho más cómodo estar al tanto del proceso si aquel se encuentra en un territorio cercano al de la propia residencia, no es conveniente tener que recorrer grandes distancias para revisar un expediente o presentar cualquier actuación.

f) **La culpa:** el artículo 1604 del Código Civil consagra un sistema de graduación de la culpa que, en principio, sólo es aplicable al campo contractual. La norma señala lo siguiente:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio [...]

No obstante lo anterior, Tamayo Jaramillo (2009) señala que existen dos casos en los cuales aquel sistema le puede llegar a ser útil al juez para resolver el asunto:

En primer lugar, el artículo 2357 del Código Civil establece la reducción del monto indemnizable en caso de que la culpa de la víctima haya contribuido causalmente a la producción de su propio daño. En tales circunstancias, el juez graduará el monto indemnizable teniendo en cuenta la gravedad de la culpa tanto del demandado como del demandante. Igualmente, cuando el daño es imputable a dos o más personas y una de ellas paga la indemnización a la víctima, la que pagó se subroga contra los autores del daño. En caso de que se ejerza esa acción subrogatoria, el juez graduará las relaciones entre los coautores, para efectos de la subrogación, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de cada uno de ellos (p. 67-68).

1.5. Responsabilidad médica

Siendo consecuentes con el hilo conductor que se ha trazado, se dirá que la responsabilidad médica agrupa el conjunto de repercusiones obligacionales suscitadas en razón de la prestación o negación de servicios médicos, encuadrando dentro de tal categoría (servicio médico) al grupo de actividades destinadas “a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud” (Lorenzetti, 1997, p. 317).

En sentencia 184 de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, M.P: Nicolás Bechara Simancas, sobre la responsabilidad médica dijo:

La obligación de los médicos, tanto en el campo contractual como en el extracontractual, consiste en aplicar a quienes los consultan o a quienes en forma ajena a su voluntad se ven sometidos a su actuar profesional, todos los medios que la ciencia contempla para que superen los problemas que afectan su salud, o para minimizar los efectos que tales problemas les producen, o, en el caso de la cirugía plástica, para corregir total o parcialmente las malformaciones que padezcan o los daños físicos que les sobrevengan, o para cambiar su apariencia externa, todo dentro del concepto del mejoramiento de sus condiciones de vida (s.p.).

Se enfocará el estudio en el examen de la responsabilidad originada por atenciones médicas prestadas por personal capacitado oficialmente en el arte de curar, esto es, profesionales en salud, “quien ejerce una medicina alternativa y ofrece ese servicio claramente es juzgado por lo que ofrece y de acuerdo a ese standard” (Lorenzetti, 1997, p. 298), no serán estas últimas reglas las que ocupen la reflexión.

Pues bien, lo primero será esbozar el tipo de relaciones que pueden presentarse en este campo identificando los sujetos que eventualmente participan en ellas.

1.5.1. Relaciones jurídicas con el paciente

En un principio, médico y paciente fueron los únicos sujetos ligados al vínculo suscitado en razón de la prestación de servicios médicos, ésta fue la forma tradicional. Pero el ejercicio aislado de la profesión galénica fue perdiendo vigencia, iniciativas de carácter público y privado impulsaron la creación de instituciones colegiadas constituidas para asistir médicamente a quien demandare sus servicios. La construcción del sistema general salud (parte integrante del sistema general de seguridad social) trajo consigo nuevas organizaciones que, de una u otra manera, entraron a intermediar la relación que se traba entre el médico y su paciente. El

profesor Ricardo Luis Lorenzetti, consciente de la complejización de estos vínculos, realiza un listado en el que enumera diversos supuestos en los que se puede establecer la relación con el paciente¹⁶:

- a) **Médico–paciente:** el profesional atiende directamente al paciente, sin intermediarios.

- b) **Médico–institución prestadora de salud (I.P.S)/empresa social del estado (E.S.E)–paciente:** el paciente acude (por sus propios medios o no) a una clínica u hospital y es atendido por el personal de la institución.

- c) **Médico–aseguradoras en salud (Empresas Promotoras de Salud y Administradoras de Riesgos Laborales)/Administradoras del Régimen Subsidiado–paciente:** El paciente se ha vinculado previamente a una aseguradora en salud o A.R.S., dicha institución debe garantizarle un servicio médico idóneo.

- d) **Médico–empresa de medicina prepaga–paciente:** La empresa de medicina prepaga a la que se ha afiliado el paciente contrata con el médico que prestará el servicio.

- e) **Médico–empresa–intermediarios–paciente:** El paciente se afilia a una aseguradora en salud (Empresas Promotoras de Salud y Administradoras de Riesgos laborales), a una administradora del régimen subsidiado o a una empresa de medicina prepaga, y ésta contrata con una clínica u hospital que atiende al paciente con su propio personal.

- f) **Equipo médico–paciente:** Al paciente lo auxilia un equipo de profesionales

¹⁶ Para profundizar en el tema se puede remitir al listado original que se encuentra en (Lorenzetti, 1997, p. 309-311).

dirigido por un médico de cabecera. El grupo puede estar conformado por personal médico o paramédico.

- g) **Redes de prestadores y vínculos conexos:** múltiples empresas (con personería independiente) realizan labores médicas en equipo.

Por regla general, éstas relaciones se desenvuelven en el ámbito contractual, en el próximo capítulo se estudiará la naturaleza del contrato de servicios médicos y se hará referencia a las situaciones excepcionales en las que se aplica el régimen de responsabilidad extracontractual.

1.5.2. Responsabilidad médica contractual y extracontractual

Puesto que la prestación de servicios médicos viene precedida usualmente por un acuerdo de voluntades, se examinarán, en primer lugar, algunas de las notas características del negocio que rige aquellas relaciones, para luego resaltar un grupo de situaciones que se consideran pertenecientes al régimen de responsabilidad extracontractual.

1.5.2.1. Del contrato médico-paciente

Son múltiples las prestaciones que pueden ser solicitadas a un profesional de la salud. No obstante lo anterior, la doctrina tiene por sentado que existe una serie de elementos que concurren en todo contrato de aquella especie. Las particularidades que coinciden en la masa de contratos “médico-paciente” son las siguientes¹⁷:

- a) **Apuntes en relación al consentimiento:** el consentimiento, pieza esencial para la estructuración de cualquier forma negocial, posee una reglamentación

¹⁷ Para profundizar en el tema se puede remitir al listado original que se encuentra en (Lorenzetti, 1997, p. 312-330).

especial cuando se trata de relaciones médico-paciente. El artículo 15 de la ley 23 de 1981 establece lo siguiente:

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente (Ley 23 de 1981, Art. 15).

De la redacción de aquella norma se desprende el carácter calificado del consentimiento que se exige para la conformación de esta clase de vínculo. El Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981 ahonda un poco más en el tema al manifestar que:

Art. 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

- a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan;
- b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

Art. 12. El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

Art. 13. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico (s.p.).

Se le impone de tal manera al facultativo el deber de informar detalladamente

al paciente acerca de los riesgos, beneficios y alternativas que presenta el procedimiento diagnóstico o terapéutico al que vaya a ser sometido, entendiéndose, entonces, que aquella información es presupuesto del consentimiento¹⁸. Bien dice el profesor Lorenzetti (1997) que “siendo el contrato un acto jurídico, debe ser voluntario. Para que exista voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad. La existencia de un desnivel informativo afecta los tres elementos” (p. 203). La omisión del deber de informar lesiona la libertad de la persona (derecho de raigambre constitucional).

- b) **Particularidad del objeto:** el objeto de ésta especie de contrato es la provisión de servicios en salud. Lo que hace que el negocio sea médico es que esté destinado a finalidades curativas.
- c) **La forma:** Únicamente respecto a operaciones de gran importancia (“donación de órganos, trasplante, implante” (Cf. Ley 73 de 1988 y Decreto 2493 de 2004), readecuación de sexo, (Cf. Martínez, 1995, s.p., Corte Constitucional, Sentencia T -477), etc.) exige la ley solemnidad para el perfeccionamiento del contrato (“a mayores riesgos y a menor capacidad de discernimiento, habrá necesidad de mayores formalidades” (Lorenzetti, 1997, p. 314), pero por regla general su forma es libre, y, por ende, su perfeccionamiento puede ser verbal, escrito o incluso tácito.

¹⁸ Sobre el deber de información, dijo la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena en sentencia de 19 de diciembre de 2005. “[...] No se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie —y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal—, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas [...]”.

- d) **El contrato es bilateral:** en razón de éste contrato surgen obligaciones a cargo de los dos extremos de la relación negocial.

- e) **El contrato es conmutativo:** la prestación médica tiene definido su alcance, no es incierta, no queda librada al azar, su obligación principal consiste en procurar la mejoría del paciente mediante la aplicación de la *lex artis* que le señala su profesión.

El paciente, o quien lo sustituye, debidamente ilustrado por el profesional, evalúa las ventajas que en su curación acarreará el tratamiento contratado; cuando ambas partes están convencidas de que dicho tratamiento es necesario y pertinente para enfrentar la dolencia, se efectúa la unión de consentimientos. La aventura no entra en el marco del contrato (Lorenzetti, 1997, p. 320).

Tampoco puede afirmarse la aleatoriedad de la obligación central a cargo del paciente, pues ésta se consume, cuando sea el caso, con el pago de los honorarios correspondientes.

- f) **El contrato es oneroso (excepcionalmente gratuito):** el médico, por la prestación de sus servicios, recibe, usualmente, retribución. El párrafo del artículo 28 de la Ley 23 de 1981 prescribe en este sentido al señalar que el galeno “[...] sólo podrá establecer consultas gratuitas para las personas económicamente débiles”, estableciendo la gratuidad del contrato como cuestión exclusiva de aquel caso excepcional. Parafraseando al profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2006) se dirá que el contrato de asistencia médica “[...] es naturalmente oneroso, y no esencialmente oneroso, por cuanto puede mudar de caracterización, conforme a las circunstancias, sin que indefectiblemente se altere la estructura del negocio jurídico [...]” (p. 168). Hay que agregar que “En caso de urgencia la asistencia médica no se condiciona al pago anticipado de honorarios profesionales” (Ley 23 de 1981, Art. 23), y el facultativo, por

disposición legal, tendrá que intervenir al paciente y luego cobrar sus honorarios, si es que lo segundo es posible. “Si en cambio hay otras alternativas que eviten el conflicto, el médico no tendrá que ceder. Ello sucede cuando puede derivar a un establecimiento público gratuito o cuando no está en peligro la salud” (Lorenzetti, 1997, p. 322).

- g) **El contrato en ocasiones es de ejecución instantánea, pero casi siempre de ejecución sucesiva:** son pocos los casos de ejecución instantánea del contrato “médico–paciente”, la gran mayoría de los contratos se ejecutan sucesivamente, recorriendo varias fases y expandiendo su existencia en el tiempo.
- h) **Lo rige el principio de confianza:** la confianza se cimenta sobre la seguridad que inspire la persona con la que se contrata, la seguridad se ancla en la reputación del agente, en la cercana relación que vincula a uno y otro contratante o en los títulos de idoneidad que porte alguno de ellos. La confianza es necesaria (un presupuesto) en la celebración de ciertos negocios, el contrato “médico-paciente” es uno de aquellos, siendo la salud y la vida los intereses sobre los que versa el susodicho contrato, es lógico que se cierre con alguien de fiar. Este un tema que cobra importancia al momento de calificar la culpa del profesional “a mayor confianza depositada, mayor rigor en la apreciación de la culpa” (Lorenzetti, 1997, p. 329).
- i) **Contrato que por regla general es adhesivo:** la lógica de la sociedad de mercado ha ido generalizando la modalidad adhesiva de contratación. En ésta variedad de negocios existe una parte fuerte que establece el clausulado del pacto y una parte débil que no tiene más remedio que aceptar las imposiciones del otro contratante. A medida que se ha ido institucionalizando la prestación del servicio de salud se ha hecho cada vez más común este tipo de contratación, son pocos los médicos que trabajan independientemente y, por ende, pocas las

ocasiones en las que el paciente fija condiciones contractuales.

Ahora, aunque los contratos de asistencia médica posean una estructura más o menos uniforme, es importante agregar que no todos ellos se encuadran en la misma categoría negocial y que su conformación asume multiplicidad de formas, pudiendo manifestarse como un arrendamiento de servicios¹⁹ (lo cual sucede a menudo), un contrato de obra, un contrato laboral o un contrato atípico (a la autonomía privada se abren decenas de posibilidades).

De allí que para establecer el tipo contractual pertinente, será menester escrutar la intención de los extremos de la relación negocial, no siempre simétrica, dado que no todos los pacientes acuden a los facultativos con idénticas pretensiones (fin práctico del negocio jurídico), o aquejados por las mismas dolencias y preocupaciones ('naturaleza polifacética') (Jaramillo, 2006, p. 130).

Resta por señalar que, por disposición del artículo 2144 del Código Civil, en Colombia, el contrato de asistencia médica se sujeta a las reglas del mandato, pero, como bien dice el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2006), "una cosa es que a un contrato se le apliquen normas reservadas para un tipo específico: el mandato, y otra por completo distinta es que por ello, se torne en mandato" (p. 108); según este criterio, y se reitera lo dicho, habrá que determinar cuál es el tipo contractual en cada

¹⁹ Carlos Ignacio Jaramillo (2006) ha dicho que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios al decir que: "[...] Con estribo en el contenido de esta norma de carácter eminentemente descriptivo, no parece difícil encuadrar la relación médico-paciente en el molde típico en comento, dado que en el contrato de prestación de servicios médicos ambos contratantes se obligan recíprocamente: el médico, grosso modo, a brindar una esmerada y cuidadosa atención, con arreglo a los dictados contemporáneos de la ciencia ("servicios"), y el paciente a su turno, a remunerar dicha atención o "servicio", a través del pago de unos determinados honorarios, todo sin perjuicio, claro está, de la convergencia de otros deberes secundarios-de conducta, en cabeza de uno y otro extremo del respectivo acuerdo negocial, verbo y gracia los atinentes a la veraz y oportuna información que mutuamente se deben, etcétera," "[...] Por otro lado, en lo que concierne a las profesiones liberales, en las que, de antaño, se dice que está la medicina y también la abogacía, el art. 2144 del CC, estableció que "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato", norma que en contrario a lo que a primera vista pareciera, no soluciona definitivamente la controversia en torno a la naturaleza jurídica del vínculo que se traba entre el médico y el paciente" (p. 139-144).

caso concreto, pues al vínculo en cuestión le será aplicable, en primer lugar, el reglamento que rige al mandato, y, en segunda instancia, las normas que se muestren procedentes, es decir no contradictorias, y que pertenezcan al estatuto propio de la categoría contractual pactada.

1.5.2.2. Supuestos de responsabilidad médica extracontractual

El profesor Ricardo Luis Lorenzetti (1997, p. 386-389), en su libro *Responsabilidad civil de los médicos*, tras realizar una reseña acerca de los eventos que diversos tratadistas califican como supuestos de responsabilidad médica extracontractual, señala que aquella masa de sucesos se puede clasificar en cuatro grandes categorías, a saber:

- a) **Eventos vinculados a la posibilidad de existencia de un contrato:** en este grupo se encuadra el estudio de lesiones relacionadas con acontecimientos en los que, a pesar de existir un ánimo negocial, el contrato “médico-paciente” se frustra, ya sea porque se declara inválido o porque se reputa inexistente, así como el enjuiciamiento de perjuicios causados a terceros en razón de la ejecución o inejecución de un contrato “médico-paciente”.
- b) **Responsabilidad por omisión y obligación jurídica de obrar:** bajo este supuesto se producen lesiones como consecuencia de la asistencia médica prestada en razón del cumplimiento de un imperativo legal o derivadas del incumplimiento de aquel deber. Según el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2006) el deber legal de solidaridad del médico puede surgir, por ejemplo, del articulado de la Ley 23 de 1981, la cual “[...] contiene una serie de preceptos que, armónicamente interpretados, conducen a exigirle al facultativo una precisa e inequívoca conducta solidaria [...]” (p. 90).

- c) **Actos ilícitos delictuales:** la infracción de la ley penal le puede acarrear al médico demandas de carácter civil encaminadas a exigir la indemnización de perjuicios ocasionados por el delito que se le imputa.

- d) **Acción unilateral espontánea:** aquí se agrupa el conjunto de acciones médicas que realiza el facultativo a motu proprio, sin mediar contrato o imperativo legal alguno.

Para terminar se harán un par de anotaciones acerca de la peligrosidad de la actividad galénica.

1.5.2.3. ¿Es la profesión médica una actividad riesgosa?

Como ya se ha mencionado, la imputación jurídica del daño puede efectuarse con fundamento en la culpa cometida por el agente o con base en el despliegue de actividad anormalmente riesgosa que se atribuya al mismo. El problema aquí consiste en determinar si un caso de responsabilidad médica encuadra en el segundo grupo o, si por el contrario, debe ser calificado de acuerdo a las reglas que rigen el sistema subjetivo de la culpa.

Pues bien, lo primero será decir que ubicar la profesión médica dentro del cúmulo de actividades consideradas anormalmente peligrosas equivaldría a señalar que la medicina en sí misma es una amenaza para la raza humana, lo cual es absurdo, o “¿Qué sería de ella, nos referimos a la humanidad, si no fuera por el ejercicio probo y diligente de millares de galenos comprometidos con su arte [...]?” (Jaramillo, 2006, p. 64). Está claro que la medicina es aliada de la vida, el facultativo no pretende perjudicar la configuración psíquico-física de su paciente, sino que, por el contrario, empeña su arte y sus conocimientos al propósito de mejorar la salud de aquel, “De allí que, individualmente considerada, la medicina sea un arte vital, y no in mortis, pues es a la muerte, justamente, a la que de alguna manera pretende desafiar, así sea

procurando su aplazamiento, en el tiempo” (p. 63). Es cierto que, debido a la fragilidad de la existencia, muchos de los tratamientos médicos implican riesgos para la integridad psíquica y corpórea del paciente, pero, como ha expresado la Corte Suprema de Justicia, aquel peligro es “ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente” (Ramírez, 2001, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, exp. N° 5507), y es que se le expone a tal con el fin de preservar o mejorar su salud, o conservar su vida. Estas cortas consideraciones son las que permiten concluir, a la par del profesor Carlos Ignacio Jaramillo, que la actividad médica:

[...] no es una actividad peligrosa, stricto sensu, así su práctica, de ordinario, entrañe sendos riesgos de estirpe médico-terapéutico (alea terapéutica) [...] En efecto: considerar a la medicina, como una arquetípica actividad peligrosa, no sólo es desconocer, *in radice*, el carácter humanístico (humanitas) y bienhechor que de antiguo la estereotipa, sino también pretender equiparar tan nobilísima y sublime disciplina, a la conducción de automóviles, o a la manipulación de maquinaria potencialmente riesgosa, como si tal comparación, ciertamente, fuera admisible, en cualquier plano (Jaramillo, 2006, p. 61-62).

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Esbozadas las generalidades sustanciales de la responsabilidad civil y algunas de las particularidades de la responsabilidad que ostenta el médico dentro de aquel campo, se procede a hacer lo propio con la responsabilidad del Estado.

2.1. Historia

Que el Estado, entendido como la persona moral (jurídica) en la que se concentran las facultades legislativa, ejecutiva y judicial del poder oficial, responda por las consecuencias de sus actos es un concepto propio de la época moderna, antigüedad y medio evo fueron épocas plagadas de impunidad a favor de las arcas del Estado.

2.1.1. El Estado no responde

El relato inicia en la Antigua Roma, raíz del sistema jurídico colombiano. En su caso la responsabilidad se volcaba sobre el funcionario encargado de la tarea en virtud de la cual se ocasionó el daño, “El principio básico era que toda la responsabilidad debía imputársele al funcionario respectivo puesto que el daño causado era una extralimitación de su mandato [...] la obligación de responder correspondía al funcionario y no al Estado” (Saavedra, 2011, p. 32-33). Este sistema exhortaba al funcionario público a cuidar sus actuaciones, pues de faltar a la prudencia u obrar de manera malintencionada sus propios bolsillos asumirían plenamente la indemnización de los perjuicios que se causaren. Ahora, reconociendo el mérito de lo anterior y aceptando que con reglas como esas la corrupción administrativa tiene poca cabida, se hace necesario apuntar que, bajo semejante régimen la víctima del entuerto queda en cierta medida desprotegida, pues puede suceder que el funcionario no cuente con los

fondos suficientes para cubrir los gastos de la indemnización o que de golpe se fugue y oculte sus propiedades y el perjudicado, en consecuencia, no pueda reclamar a nadie lo que por derecho le corresponde, situación que difícilmente se presentaría si el Estado asume su responsabilidad (el Estado no tiene a dónde escapar), además parece justo que el Estado se ocupe de solucionar los problemas ocasionados en su nombre, y es que si, en principio, las actuaciones del Estado se adelantan a favor de los intereses de aquella institución, lo razonable es que la misma asuma las consecuencias adversas de tales actuaciones (con ello tampoco se descarta la posibilidad de que el Estado ajuste cuentas con el subalterno encargado cuando se amerite), pero para que aquello sucediera numerosas décadas tuvieron que pasar primero.

Llegó el medio evo, y no con buenas nuevas para las masas. Se dice que la noche es más oscura justo antes del amanecer, y los tiempos medievales estuvieron forrados en tinieblas, el absolutismo y la tiranía alcanzaron niveles insospechados, el Estado fue una maquinaria alimentada por sus súbditos, exprimían sus sueños, callaban sus bocas, laceraban sus cuerpos y apenas, cuando a bien lo tenía el príncipe regente, los dejaban vivir, y ello para que siguieran sirviendo. En aquella era el Estado fue el verdugo del pueblo, y es apenas necesario mencionar que frente a los agravios que ocasionaba en perjuicio de sus gentes no se hacía responsable, se pregonaba pues “el no reconocimiento de responsabilidad alguna por los daños que provengan de la acción de las potestades públicas” (Saavedra, 2011, p. 32-33).

2.1.2. El Estado responde

La ilustración le otorgó fuerza ideológica al movimiento popular, habló de otras realidades posibles, de autoridades amigas, de un Estado que opera en favor del pueblo, desmanteló la patraña de la nobleza y de su apócrifo derecho divino a gobernar, censuró los beneficios políticos y jurídicos provenientes del linaje y, en suma, dio forma a los sueños de libertad y justicia de los hombres oprimidos. Las revoluciones burguesas elevaron aquella bandera, sus dirigentes, contagiados por

semejante ideario, pretendieron instaurar profundas transformaciones de orden político. Y así se hizo: se dejaron atrás antiguas denominaciones como súbdito o sirviente, los habitantes de las renovadas naciones adquirieron el status de ciudadanos o asociados del Estado, ello pues el pueblo ya no estaba al servicio del Estado sino que, por el contrario, el Estado existiría en función del pueblo, su nuevo soberano; para combatir la corrupción y favorecer el buen funcionamiento las facultades del poder público fueron disgregadas en tres ramas (ejecutiva, legislativa y judicial), prerrogativas que serían asumidas por órganos diferentes y, obviamente, autoridades diversas, evitando de tal manera la acumulación excesiva de poder que desemboca, casi que necesariamente, en la tiranía; aumentaron las libertades, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de culto y la libertad de opinión, por tantos años censuradas por el antiguo régimen, se fueron abriendo paso a grandes zancadas; la democracia, marginada por siglos, volvió a ver la luz; y, entre otras tantas cosas, el Estado se hizo responsable de los perjuicios ocasionados en su nombre. Pero aquellos cambios no se lograron de la noche a la mañana, fue un largo proceso histórico el que tuvo que desarrollarse para arribar a puerto, así, por vía de ejemplo, puede decirse que en Francia, primera nación en dar el salto y en decapitar al monarca, a pesar de que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, documento base de la revolución, se encontraba ínsita la posibilidad de reclamar al Estado una indemnización por daños ocasionados en su nombre, casi un siglo tuvo que transcurrir para que aquella meta trazada fuera realmente alcanzada, de esta manera lo explica el profesor Ramiro Saavedra Becerra (2011):

[...] como en materia de Derecho Público simplemente se produjo el traslado del concepto de soberanía real al de soberanía popular, la no responsabilidad del Estado habría de perdurar en el nuevo régimen [...] O sea que la idea de la irresponsabilidad constituiría una especie de dogma que deberá dominar aún, por largo tiempo, la práctica y la jurisprudencia administrativas. Y aunque se expidieron leyes que prevenían la compensación por el Estado en hipótesis determinadas, ellas no se consideraron excepciones al principio general de la irresponsabilidad. La Declaración de los Derechos del Hombre, al concebir la propiedad como un derecho inviolable y sagrado

debería haber significado un cuestionamiento del dogma de la irresponsabilidad de la potestad pública. No obstante, los efectos de ese postulado solo se entenderán válidos en el marco del procedimiento de expropiación.

Otras disposiciones de la famosa Declaración que hubieran podido tener un papel determinante, no se interpretaron en ese sentido. Al artículo 13 en el que se funda el principio de igualdad ante las cargas públicas —que juega hoy un papel importante en diversas formas de responsabilidad estatal— se le atribuye en la época, esencialmente, una incidencia fiscal. En cuanto al artículo 15, tampoco este se lee a la luz de la responsabilidad administrativa sino más bien en el terreno de la contabilidad pública (p. 71-72).

En un principio la opinión pública estuvo conforme con la inmunidad del Estado, pero pasados los años, y considerando el aumento de la accidentalidad producida por la industrialización del país, la posición de los reformistas se hizo conocer, cientos de demandas fueron elevadas en contra del Estado, la arremetida en contra de la irresponsabilidad fue feroz pero, según el mismo profesor, sólo hasta 1872, año en que, a través de la Ley del 24 de mayo, se reorganiza el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos y se desmiembra la jurisdicción administrativa de la rama ejecutiva y, por ende, se le otorga independencia, se inicia la construcción de un verdadero derecho administrativo y el Estado comienza a ser condenado por sus actos lesivos.

2.1.3. Colombia

En Colombia al igual que en otras latitudes, mientras el pueblo estuvo sometido a los caprichos de la Corona española el Estado no se hizo responsable de las ofensas que se cometieran en su nombre, “Para nadie es extraño que la teoría de la responsabilidad del Estado haya tenido sus primeros arraigos en Colombia en los albores del siglo XIX, cuando el Estado liberal buscaba por todos los medios diferenciarse del aquel déspota e irresponsable que lo precedió” (Vidal, 2005, p. 82), el

movimiento independentista fue iluminado por los mismos principios que desataron la revolución en Francia e incitaron la rebelión en el norte de América, la pujanza de sus guerreros estaría enardecida por la esperanza de construir una sociedad más justa y por el deseo de destruir la tiranía, los triunfos alcanzados por aquellos levantamientos populares evidenciaban la viabilidad de sus propósitos. Pero, al igual que los proyectos políticos que le sirvieron de referencia, aún la *república* colombiana es una idea inconclusa, muchas de las transformaciones propuestas por sus gestores requirieron largos recorridos para poder consolidarse, y la mayoría de ellas son promesas sin cumplir. Por ello se entiende que, siendo la irresponsabilidad del Estado uno de los aspectos que pretendiera modificar el nuevo régimen y existiendo ya para el año de 1823 disposición normativa que ordenaba la reparación de bienes desmejorados por causa de una obra pública, no pocos años tuvieron que pasar para que la responsabilidad del Estado se hiciera realidad, aquel mandato, como bien dice el profesor Carlos Mario Molina B., aparentemente fue letra muerta durante largo tiempo, y es que se carece de evidencias que sustenten la aplicación real del precepto:

Seguramente, estas disposiciones constitucionales o legislativas no llegaron a tener ninguna aplicación práctica y quedaron sólo en el papel como vestigios de una férrea voluntad política de la época que pretendía respetar los derechos de todas las personas. Posiblemente, son la prueba histórica de una profunda consciencia de los límites del Estado y del valor de los derechos individuales (Vidal, 2005, p. 83).

Sólo hasta el año de 1850, y por obra de la Corte Suprema de Justicia, al Estado colombiano se le endilga responsabilidad por perjuicios causados en su nombre, el alto tribunal se dispuso a controlar la actividad del Estado y ello por mandato de la Constitución. En 1913 se creó la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ésta iría asumiendo paulatina y progresivamente la competencia para conocer asuntos judiciales de carácter público y sería la encargada de desarrollar, básicamente, el sistema de Responsabilidad Estatal, pues fue aquella área un campo que desde sus inicios tuvo pobre regulación legal siendo un reto jurisprudencial el construir el conjunto de

normas que lo regirían. Pasados los años la situación permaneció igual y como dice el profesor Rodolfo Andrés Correa Vargas, citando al maestro José Fernando Gómez Posada, aún hoy,

[...] continuamos frente a un contexto legal que carece de normas propias que lo desarrollen, esto es, que la responsabilidad civil continúa siendo el soporte fundamental de la responsabilidad del Estado, sin duda, razón por la cual entonces, la jurisprudencia ha adquirido en ésta materia una importancia singular pues ha creado toda una “arquitectura jurídica” para concebir la aplicación de aquellas normas “ius privatistas” en lo que concierne al derecho público, a través de aplicaciones, presunciones e interpretaciones jurisprudenciales (Correa, 2012, p. 24).

En el siguiente acápite se estudiarán, de manera más o menos sistemática, las normas que sobre la materia ha ido creando la jurisprudencia del Estado.

2.2. Sistema de responsabilidad

El sistema de Responsabilidad del Estado, entendido como el conjunto de normas que consagran repercusiones obligacionales frente al actuar del mismo, abarca y enjuicia el comportamiento de las tres ramas del poder público. Su fundamento se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Nacional, dicha norma señala lo siguiente:

Artículo 90. 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” (Constitución Política de Colombia, Art. 90).

La disposición citada representa, claramente, un límite a la potestad Estatal y una garantía a favor de sus asociados, de allí se desprenden un cúmulo de obligaciones que gravarán al Estado en caso de afectar, con sus actuaciones, la integridad de cualquier persona. Se dice que el sistema de Responsabilidad Estatal es una extensión de la protección Constitucional a intereses fundamentales como la vida, la salud y la libertad y, a su vez, una manifestación de la tutela ofrecida sobre la propiedad privada desde la misma Constitución. Se apunta, además que si “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” (Constitución Política de Colombia, Artículo 2, Inciso 2°), resultaría ilógico que aquellas autoridades perjudicaran a quienes están llamados a resguardar y no se exigiera una reparación de aquel evento. Como ya se advertía, los daños producidos por el Estado pueden provenir de comportamientos imputables a la rama administrativa, legislativa o judicial, pero en vista de que la prestación de servicios médicos estatales está a cargo de la rama ejecutiva y su proceder es juzgado a la luz de las normas de la Responsabilidad Extra-Contractual del Estado el presente estudio se centrará en este campo (pues es el que le incumbe) y desestimará los pormenores de la responsabilidad del Estado-Juez y del Estado-Legislator y, aún los detalles de la responsabilidad del Estado-Administrador en su forma contractual.

2.2.1. Responsabilidad extracontractual del Estado

Este sistema está cimentado sobre un conjunto de principios que fundamenta la obligación de reparación a cargo del Estado frente a perjuicios causados por sus agentes, a continuación se describe sucintamente ese grupo.

- a) **Garantía integral del patrimonio de los asociados:** este principio es desarrollo de la protección constitucional a la propiedad privada consagrada en el artículo 58 de la Carta, de la imposición que pesa sobre las autoridades del Estado y que los obliga a proteger a todas las personas en Colombia en su vida,

honra y bienes (inciso segundo del artículo 2° de la Constitución Nacional) y de la cláusula general de Responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Nacional. En razón de este principio los daños materiales ocasionados a una persona en razón del accionar del Estado deben ser reparados.

- b) **Confianza legítima:** sea lo primero manifestar que de las actuaciones adelantadas por el Estado se espera cierta seriedad y, por ello, puede el administrado depositar legítimamente su confianza en la estabilidad de dichas actuaciones. En virtud de este principio se exhorta al Estado a respetar y proteger los derechos adquiridos con arreglo a las leyes, prohibiendo su desconocimiento a través de leyes posteriores (inciso primero del artículo 58 de la Constitución Nacional), y a no eliminar súbitamente expectativas que ha creado a favor del administrado, “la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse” (Martínez, 1999, s.p., Corte Constitucional, Sentencia SU-360 de 1999), por lo que se entiende que si el Estado desea cambiar su posición debe brindar a los afectados tiempo y medios a través de los cuales puedan adaptarse a las nuevas condiciones, conciliando, de esta manera, el conflicto entre los intereses públicos y privados y, honrando, de tal forma, el mandato de Buena Fe que debe regir las relaciones privadas y públicas (artículo 83 de la Constitución Nacional).
- c) **Equilibrio de las cargas públicas:** ya que el Estado se fundamenta, en parte, en un precepto de solidaridad que impone a las personas que lo integran el deber de apoyar el proyecto social trazado en la Carta Política (ver artículo 1° de la Constitución Nacional) y que, en consecuencia, sin su participación dicha meta (la de la creación de un real y material Estado Social de Derecho) resulta imposible, el Estado con el propósito de satisfacer los intereses colectivos asigna cargas a sus asociados, pero debe hacerlo siempre equitativamente, de lo

contrario surgirá a su nombre la obligación de resarcir a los afectados. Este principio es desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Nacional.

- d) **Antijuridicidad del daño:** según este criterio los únicos daños indemnizables son aquellos que son causados injustificadamente, entendiendo por daños injustificados aquellos cuya víctima no tiene el deber jurídico de soportar. El profesor Rodolfo Andrés Correa Vargas, apoyándose en el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, señala dos sencillas reglas que sirven al operador jurídico para determinar la juridicidad o antijuridicidad de un perjuicio sometido a análisis al decir que:

[...] deberán asumir las cargas de los detrimentos aquellos que los padezcan en los supuestos en que el beneficio perdido sea ilícito y además quienes sufran un deterioro sobre una actividad que ha sido desarrollada de mala fe, casos en los cuales el daño, en vez de ser antijurídico, será lícito y por tanto ajeno a la obligación de repararlo (Correa, 2012, p. 53).

Este principio, concebido por la doctrina como “cláusula de cierre del sistema de responsabilidad” (Correa, 2012, p. 54), se encuentra inmerso en las disposiciones del artículo 90 de la Constitución Nacional.

2.2.2. Elementos

El sistema de responsabilidad extracontractual del Estado fue edificado con base a las normas que regulan el sistema de responsabilidad extracontractual en lo privado y, por ende, los dos poseen una estructura casi idéntica, en este acápite se tratará lo fundamental del tema y en especial los detalles que diferencian el sistema público del privado, haciendo acotación a una posición doctrinaria y jurisprudencial que señala que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución

Nacional, los componentes que dan lugar a la indemnización de perjuicios por parte de entidades estatales son únicamente los señalados por aquella norma. Realizada la aclaración se procede con el examen de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado. Según la teoría clásica, son tres los componentes a saber:

- a) **Hecho imputable al Estado:** un hecho, en palabras del profesor Rodolfo Andrés Correa Vargas (2012) es un “suceso temporal y espacialmente localizado que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente” (p. 54). Ya que el ente “Estado” es una persona jurídica y, en consecuencia, una ficción, las acciones u omisiones que se le atribuyan serán siempre realizadas indirectamente, es decir, a través de sus agentes.
- b) **Daño antijurídico:** el daño es la nociva modificación de las condiciones existentes. Dicho perjuicio puede afectar aspectos patrimoniales de la víctima, revelándose como lucro cesante o daño emergente, o extra-patrimoniales del afectado, manifestándose como daño moral subjetivo o perjuicio fisiológico. Como se dijo anteriormente, dicho daño debe revestir la calidad de antijurídico.
- c) **Nexo de causalidad:** la relación causal es un vínculo físico entre un hecho y su consecuencia, para declarar responsable al Estado por un daño se tendrá que demostrar la relación de causa a efecto entre el hecho que se le imputa y ese daño que se alega.

Por su parte, el Consejo de Estado, en fallos recientes, ha señalado que al evaluar los casos de responsabilidad estatal bajo esta estructura se están desconociendo las directrices marcadas desde la Constitución y agrega que, para guardar fidelidad a la Carta Política, el fallador debe determinar, únicamente, si se ha causado un daño antijurídico y éste es imputable al Estado. En sentencia del 2 de febrero del 2011 el alto tribunal señaló que, tomando en cuenta que al derecho no le interesa tanto

determinar cuál es el origen material de un suceso sino definir a quién corresponde asumir las consecuencias del mismo, la “causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo” (Santofimio, 2011, exp. N° 18437), en la misma providencia puntualizó la colegiatura que:

[...] el análisis de responsabilidad se contrae a la verificación de los mencionados elementos, esto es: i) daño antijurídico, es decir aquella lesión a un bien o interés jurídicamente tutelado que la persona no está en la obligación de soportar y, ii) la imputación, la cual, a su vez, se integra en dos niveles o grados de atribuibilidad: a) la imputación fáctica: relativa a la conexión fenomenológica, limitada a través de la aplicación de ingredientes normativos y jurídicos (v.gr. la imputación objetiva), de un comportamiento (conducta) con un resultado y, b) la imputación jurídica: que atribuye o radica en cabeza de un determinado sujeto de derecho la obligación (deber ser) de resarcir el daño a partir de criterios netamente jurídicos, establecidos legalmente o desarrollados jurisprudencialmente (v.gr. la culpa, la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, entre otros) (Santofimio, 2011, exp. N° 18437).

Se procede, entonces, con el estudio de aquellos criterios de imputabilidad.

2.3. Regímenes

Con el afán de hacer justicia y con plena consciencia de la multitudinaria y diversa cantidad de situaciones en las que el Estado puede ver comprometida su responsabilidad, por obra de la doctrina, de la jurisprudencia del Consejo de Estado y, en menor medida, de la ley, se instauraron varios regímenes de Responsabilidad, las reglas de cada cual precisarán la cualificación del daño, es decir que determinarán su carácter jurídico o antijurídico, todo partiendo de los títulos de imputación jurídica aplicables en su campo, estipulando quién debe o no debe soportar los perjuicios ocasionados. A continuación se dibujan, a grandes rasgos, los regímenes que en materia de Responsabilidad Estatal operan en Colombia, se describen sus características y se explican los títulos de imputación jurídica con los que proceden.

2.3.1. Régimen subjetivo

Los casos cobijados por el régimen subjetivo son analizados a la luz de la culpa, culpa que en estos asuntos no es individual sino administrativa, una falla funcional. Según el profesor Rodolfo Andrés Correa Vargas (2012), los supuestos sobre los que se erige este régimen son los siguientes:

- a) Es una responsabilidad directa [...]

- b) La responsabilidad surge del deber del Estado de procurar la realización del bien común y la consiguiente prestación de los servicios públicos. Por lo mismo, si a consecuencia de un mal o irregular funcionamiento, del retardo o ausencia en la prestación del servicio se causa daño a un particular, el Estado es responsable y está obligado a indemnizar, sin que sea menester indagar por la culpa del agente encargado de su prestación; la culpa es la del servicio, anónima, de la administración.

- c) Para que la acción indemnizatoria prospere, el actor debe probar: 1) la existencia de un hecho dañoso o falla del servicio; 2) la existencia del daño [...] y 3) la relación de causalidad entre la falta de la administración y el daño [...]

- d) El Estado puede exonerarse de responsabilidad demostrando fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o un hecho de un tercero, como causas del daño. Igualmente si comprueba que el agente actuó como simple ciudadano o que se trata de una falta personal del mismo sin conexión alguna con el servicio.

- e) [...] Su fuente se encuentra en la Constitución Nacional (p. 70).

Este régimen opera con base a dos títulos de imputación jurídica, el de la falla probada del servicio y el de la falla presunta, en las próximas líneas se describen los rasgos esenciales de cada cual:

- a) **Falla probada del servicio:** como título de imputación jurídica, la falla probada del servicio resulta ser la razón de derecho que convoca al Estado a reparar los daños ocasionados por sus agentes en los casos que se aplique su régimen (el subjetivo por falla probada). La falla del servicio se define como el incorrecto o ausente desarrollo de actividades a cargo de la administración pública. Según el Consejo de Estado la falla del servicio se configura en cuatro eventos: por retardo; por irregularidad; por ineficiencia o; por ausencia del servicio. En sentencia del 7 de abril del 2011 señaló lo siguiente:

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A).

Para que se declare Responsabilidad Estatal en uno de estos supuestos tendría que acreditarse, entonces, que el daño producido al particular es consecuencia de esa falla que se alega.

- b) **Falla presunta del servicio:** este título de imputación jurídica emana del mismo concepto de falla del servicio, los asuntos sometidos a su gobierno son muy restringidos, “la falla presunta se aplica de manera excepcionalísima y por razones de equidad en aquellos casos en los que al demandante, principalmente por su incapacidad técnica o científica le queda prácticamente imposible probar lo que éste denuncia como existente” (Correa, 2012, p. 77). Su consecuencia

práctica es la inversión de la carga de la prueba en lo que concierne a la falla del servicio, siendo suficiente para declararse la Responsabilidad Estatal la demostración de la existencia de un daño imputable al Estado (la falla se presume), pero pudiendo el Estado exonerarse de la condena demostrando un correcto despliegue de sus funciones.

2.3.2. Régimen objetivo

En el régimen objetivo el elemento culpa es descartado, de modo que bastará la acreditación de un daño atribuible a actuaciones u omisiones del Estado para que se condene a la reparación del perjuicio, pudiéndose eximir de responsabilidad el Estado únicamente al demostrar fuerza mayor o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero (romper el nexo causal). Este régimen posee un mayor grado de complejidad, se subdivide en dos ramas y cada una ostenta sus propios títulos de imputación jurídica. A continuación se describen los sub-régimenes de responsabilidad objetiva del Estado.

2.3.1.1. Sub-régimen objetivo por riesgo

El riesgo es una situación de peligro o de daño inminente. Según el sub-régimen de responsabilidad por riesgo, el Estado se hace responsable, ex-ante, de los daños ocasionados por procesos causales originados en razón de su comportamiento cuando dichos procesos implican un riesgo que excede significativamente las cargas que ordinariamente deben soportar los particulares como contrapeso de los favores recibidos por ellos con ocasión de la obra o servicio ejecutado. Los títulos jurídicos de imputación del sub-régimen por riesgo son los siguientes:

- a) **Riesgo excepcional:** bajo este criterio se juzgan como antijurídicos los daños que se materializan en razón de un riesgo de carácter excepcional al que somete el Estado a una comunidad en particular buscando cumplir con su propósito de propiciar el bienestar general. En este caso prima el interés

general sobre el particular pero, en vista del desequilibrio generado sobre las cargas públicas, los afectados deben ser indemnizados.

- b) **Actividades peligrosas:** como ya se había mencionado, una actividad peligrosa será aquella “que, una vez desplegada, su estructura o comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos” (Tamayo, 2009, p. 935). Este título de imputación señala que ya que el Estado se beneficia del despliegue de este tipo de actividades él mismo debe soportar las consecuencias económicas de los riesgos materializados con ocasión de los procesos causales por él desencadenados.
- c) **Realización de obras públicas:** de acuerdo a este título de imputación jurídica es el Estado quien debe asumir los costos de reparación de daños ocasionados en la realización de obras públicas “quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de éstos se deriven. En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traducen en una protección especial y excepcional al patrimonio lesionado” (Correa, 2012, p. 88).

2.3.1.2. Sub-régimen objetivo por solidaridad

Como lo indica su nombre, el fundamento de las reparaciones a las que se conmina al Estado en razón de este régimen es la solidaridad, principio ético que invita a la preocupación por “el otro” y promociona las relaciones fraternales y el apoyo

mutuo e incondicional. La solidaridad es una regla de conducta que vincula jurídicamente al Estado (y a sus a sus asociados) desde la propia Constitución (ver artículo 1º Constitución Nacional), y en virtud de ella, y dadas ciertas circunstancias, se exhorta a la administración pública a que ampare, en nombre de la comunidad, a determinados individuos que han resultado víctimas de puntuales perjuicios, versando este auxilio siempre sobre un daño que, como dice el profesor Rodolfo Andrés Correa Vargas, “amerita, por sus especiales connotaciones, que sea la sociedad en pleno, representada jurídicamente por el Estado, la que intervenga en esa realidad para modificarla positivamente” (Correa, 2012, p. 89). Pues bien, le sirven de título jurídico de imputación a este sub-régimen los siguientes:

- a) **Daño especial:** es este otro caso de desequilibrio de las cargas públicas. En virtud del daño especial el Estado debe reparar los daños ciertos y particulares ocasionados por él a sus asociados, aún si el obrar del Estado fue lícito, nunca será legítimo el quebranto del principio de igualdad ante las cargas públicas.
- b) **Ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos:** en razón de este título de imputación se ordena al Estado reparar perjuicios patrimoniales ocasionados al propietario de un inmueble que es ocupado por la administración pública, el artículo 140 de la Ley 1437 del año 2011 (actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) prevé dicha situación.
- c) **Contaminación por fluidos corporales:** en Colombia la contaminación por fluidos corporales es estudiada a la luz del régimen subjetivo por falla del servicio, pero, como bien señala el profesor Rodolfo Andrés Correa Vargas, “Lo cierto es que actualmente la tendencia jurídica en la materia, apunta hacia la ubicación de la contaminación por fluidos corporales dentro del régimen objetivo” (Correa, 2012, p. 95) y, concretamente, en el régimen objetivo inspirado en la solidaridad, lo que parece un acierto, pues los daños

ocasionados por dicha situación (entiéndase contagio – en el marco de un procedimiento relacionado con la prestación del servicio de salud – de infecciones por contacto con secreciones producidas en un organismo), sin duda alguna, son de la especie que “amerita, por sus especiales connotaciones, que sea la sociedad en pleno, representada jurídicamente por el Estado, la que intervenga en esa realidad para modificarla positivamente” (Correa, 2012, p. 89). La salud pública es un fenómeno que interesa a todos y todos deben promoverla: “Decía Virchow: ‘la salud del pueblo es un objeto de ineludible responsabilidad social. Esto es, la sociedad, a través del Estado, tiene la obligación de proteger y asegurar la salud de sus miembros’” (Drumond, 2008, p. 29).

2.4. Responsabilidad médica del Estado

Continuando con la línea argumentativa se procede con el análisis de particularidades que aplican en el área pública de la responsabilidad médica.

Pues bien, siguiendo al profesor Enrique Gil Botero (2008) se anuncia que la jurisprudencia nacional ha optado por encuadrar los asuntos relacionados con reclamaciones por daños ocasionados en desarrollo de la prestación de atenciones médicas en instituciones públicas dentro del sistema de Responsabilidad Extracontractual:

El manejo que le ha dado la jurisprudencia contencioso administrativa a los asuntos de responsabilidad médica ha sido el de tratarlos como una responsabilidad extracontractual, -con fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política, que señala la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado- y además considera que los pacientes de hospitales públicos son usuarios de un servicio estatal (p. 432).

La responsabilidad médica en lo público no se trata, como sucede mayormente en lo privado, desde una perspectiva contractual, pues el deber de velar por la salud de sus asociados no proviene de un acto negocial sino de la Ley (ley en sentido amplio, por supuesto). El artículo 49 de la Constitución Nacional eleva a la categoría de Derecho Social a las atenciones en salud y al saneamiento ambiental y señala que, al ser un servicio público a cargo del Estado, el acceso a las prestaciones de promoción, protección y recuperación de la salud debe ser garantizado por éste; la Corte Constitucional, en reiterados y abundantes fallos, ha calificado de fundamental el derecho a la salud²⁰. Partiendo de ese panorama se entiende que, al margen de la responsabilidad personal del médico que compromete al facultativo frente al Estado, se predique una responsabilidad directa de la administración pública, y es que, al fin de cuentas, la obligación concreta está a cargo del Estado; ahora, con acierto, y rindiendo culto al principio de economía procesal, el Consejo de Estado ha señalado que en la demanda de responsabilidad médica se puede vincular al profesional que haya estado a cargo de la atención en salud que se alega defectuosa, tardía o inexistente, aclarando que en la sentencia, en caso de demostrarse dolo o culpa grave atribuible al agente, no se condenaría al facultativo a reparar a la víctima del suceso sino que se le conminaría, en virtud de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, a compensar al Estado por los gastos en que este último ha tenido que incurrir a causa de su reprochable comportamiento (dolo o culpa grave del facultativo), es, entonces, la administración pública quien, en efecto, indemniza al perjudicado.

La pregunta obvia sería ¿bajo cuál régimen de responsabilidad y en virtud de cuál título de imputación se califican los asuntos médicos?, y es una cuestión esencial pues de allí derivarán las reglas de juego aplicables al caso. A continuación se discute este tema.

²⁰ Se pueden consultar, entre otras, las sentencias: T-845/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-016/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-173/08 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-820/08, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-999/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-566/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-022/11.

2.4.1. Regímenes estatales de responsabilidad médica y títulos de imputación

- a) **Régimen subjetivo:** la ciencia médica, milenaria y, hoy, notablemente avanzada, sigue siendo falible, ni la ejecución del procedimiento por manos altamente calificadas y experimentadas, ni el empleo de equipos de última tecnología, ni el suministro de fármacos de poder contundente, ni la perfecta aplicación de las técnicas modernas, ni, aún, el más acucioso de los cuidados puede garantizar el éxito de la atención médica, la muerte y el deterioro psíquico-físico subsisten como el destino ineludible del hombre y la medicina apenas logra, cuando más, postergarlos en el tiempo. A la ciencia médica y a sus practicantes se les puede exigir, entonces, únicamente en aquella medida, de ellos no puede esperarse la obtención inequívoca de resultados beneficiosos pues se enfrentan a circunstancias que están más allá del control de cualquier mortal (su obligación principal es, pues, en la generalidad de los casos, una medios y no de resultados), lo que sí se reclama legítimamente es el despliegue calificado de la diligencia y cuidado que merece el trato de sus asuntos (asuntos relacionados con los fundamentalísimos bienes jurídicos de la vida y la salud) y el acatamiento puntual de la *lex artis* que orienta su disciplina. Estas razones respaldan la idea imperante que sitúa la generalidad de los casos de responsabilidad médica en el régimen subjetivo, como se mencionaba anteriormente, es cierto que, debido a la fragilidad de la existencia, muchos de los tratamientos médicos implican riesgos para la integridad moral y corpórea del paciente, pero, bien se ha expresado la Corte Suprema de Justicia al decir que, aquel peligro es “ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente” (Ramírez, 2001, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. N° 5507), y es que se le expone a tal con el fin de preservar o mejorar su salud, o conservar su vida; de modo que para declarar al Estado Responsable de la indemnización de un perjuicio producto de una intervención médica en institución pública debe acreditarse la falla del servicio (culpa orgánica o funcional), no resulta comprensible ni, de alguna manera, justo que

se condene un acto altruista, diligente y cuidadoso encaminado a auxiliar a un sujeto que lo requiera. Bueno, con respecto al título de imputación aplicable los criterios son diversos y la jurisprudencia del Consejo de Estado muy variante, se comenzó emulando las disposiciones propias de la jurisdicción ordinaria y, por eso, se dijo, al unísono con la Corte Suprema de Justicia, que el error de conducta debía ser demostrado (falla probada):

En los primeros tiempos de decantación jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa y acogiendo el devenir jurisprudencial que venía desarrollando la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de responsabilidad médica, se abrigó la tesis de que el paciente damnificado por un eventual error médico debía probar la falla del servicio (Quintero, 2012, p. 46).

Dicha postura sería la oficial durante largo tiempo, pero, para el año de 1990: “el Consejo de Estado empieza un crucial y revolucionario viraje que culmina con la admisión de un principio general según el cual se presume la falla del servicio médico” (Tamayo, 2011, p. 83), se alegaba que el médico, al disponer de medios científicos y conocimientos avanzados, se encontraba en una posición favorable, desde la que podría demostrar con facilidad el despliegue de diligencia y cuidado y que, por el contrario, para el paciente, o sus condolientes, resultaba en exceso difícil acreditar la culpa del médico. La historia extendió su curso y despuntado el milenio en curso el Consejo de Estado estrenó postura, para el año 2000, y con ponencia del Dr. Alier Hernando Hernández Enríquez (Sentencia de 10 de Febrero de 2000, exp. N° 11878), comienza el tribunal a hablar de la carga dinámica de la prueba en cuya virtud el juez, en cada caso concreto, determinaría el sujeto procesal (demandado o demandante) sobre el que pesaría la carga de la prueba y ello dependiendo de “cuál de las partes se encontraba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia” (Quintero, 2012, p. 57) moviéndose entre la culpa probada o la presunta según fuese el demandante o el demandado quien se encontrare en mejor condición, respectivamente. Esta última posición no tendría vocación de prosperar pues, como explica el profesor Miguel

Ángel Quintero Meza, apoyándose en jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, la aplicación de la misma implicaba problemas prácticos:

[...] pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente (Correa Palacios citada en Quintero, 2012, p. 57).

En la misma sentencia citada se sentarían las bases para la idea regente que aboga por el régimen de culpa probada, en fallo reciente, y con esto se le da punto final al sondeo sobre el régimen subjetivo, el Consejo de Estado reitera aquella posición al señalar que:

[...] en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta [...] (Santofimio, 2011, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, rad. N.º 66001-23-31-000-2004-00587-01(34387)).

- b) **Régimen objetivo:** las mismas razones que se exponían a favor de la implementación de reglas de orden subjetivo para calificar los asuntos de Responsabilidad Médica sirven para explicar por qué los casos médicos encuadrados en el régimen objetivo son muy excepcionales. El profesor Miguel

Ángel Quintero Meza (2011), apoyándose en un pronunciamiento de Consejo de Estado, señala un grupo de supuestos que se circunscriben al régimen objetivo al decir que:

i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, 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, v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva (Gil citando a Quintero, 2012, p. 151-152).

Las reglas aplicables a estos casos apenas están en construcción, lo cierto es que la jurisdicción contencioso administrativa ya se ha pronunciado y en el fallo precitado ha dicho que, por ejemplo, un perjuicio que se demuestre ocasionado por un *oblito* quirúrgico (cuerpo extraño olvidado dentro del organismo de un paciente) debe ser reparado sin atender a discusiones acerca de la falla del servicio pues aquel cuerpo extraño posee una “peligrosidad que le es intrínseca” (Gil, 2011, s.p., exp. N° 20836), el Consejo de Estado no se anima en su sentencia a asignar un título de imputación para estos sucesos pero manifiesta que “mal haría la jurisprudencia administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa” (Gil, 2011, s.p., exp. N° 20836), sugiriendo que el título para los acontecimientos de responsabilidad médica que se encuadren en el régimen objetivo sería otro, y de hecho, este tema, que ha cobrado especial vigencia en los últimos años, amerita un trato especial.

3. LA CARGA PROBATORIA

Para comprender el concepto conviene, en primer lugar, aproximarse a la noción genérica de *carga procesal*.

Pues bien, las cargas procesales son reglas que señalan conductas cuya realización implica resultados provechosos para su autor al interior del proceso o cuya inobservancia conlleva un desenlace adverso para el mismo. La carga sería un peso que tiene que soportar el sujeto con el objeto de alcanzar un beneficio o eludir una situación desfavorable. Esta figura no se identifica, como cierto sector de la doctrina pretende, con el concepto de obligación, es decir, la carga procesal no cabe dentro de la categoría de “obligaciones” pues estas últimas están caracterizadas por su bilateralidad y, por lo tanto, frente al ente obligado se encuentra un sujeto facultado que puede exigir el coactivo cumplimiento de las prestaciones que a él se deben, y en el caso de las cargas nadie está habilitado para hacerlo. El profesor Pérez Garzón lo expresa de la siguiente manera:

Dentro del proceso judicial y como consecuencia de éste, las partes adquieren derechos subjetivos, obligaciones y cargas; entre los doctrinantes existe una distinción entre estas dos últimas, mientras que la primera se refiere a un deber impuesto por la ley, y que el juez o la contraparte pueden exigir coactivamente su cumplimiento, la otra es más bien una facultad que otorga el ordenamiento de ejecutar libremente determinado acto procesal, y a pesar de que su inobservancia pueda ser desfavorable, nunca es sancionable; una de esas cargas procesales es la carga de la prueba (2013, p. 47).

La carga de la prueba, especie de carga procesal, es, entonces, una regla que orienta el comportamiento de las partes, que les indica qué acciones demostrativas a

ellas incumbe desplegar y que servirán al juez como criterio de decisión, determinando, a falta de pruebas, el sentido de su fallo. La carga de la prueba será vista, en consecuencia, como una regla de juicio o una regla de conducta según sea observada desde la perspectiva del juez o de las partes; a esto, el profesor Pérez Garzón, siguiendo al maestro Devis Echandía,²¹ denomina la doble dimensión de la carga probatoria, exponiéndola en los siguientes términos:

[... la carga de la prueba comporta dos dimensiones:

a) Es un instrumento de decisión o regla de juicio para el juez con base en la cual él puede fallar de fondo sin inhibirse, non liquet, cuando los hechos no estén plenamente demostrados.

b) Indirectamente también sirve como un instrumento orientador o “regla de conducta” para las partes que no las obliga a probar determinados hechos sino que les indica qué hechos tendrían que probar para asegurarse una decisión favorable a sus intereses y evitar que una eventual falta de esa prueba les resulte desfavorable, dejándolas eso sí, en libertad de no hacerlo; según Echandía, la carga de la prueba también sirve de “norma de distribución del riesgo por la falta de prueba entre las partes” [...] (2013, p. 48),

En este último sentido se dice que la carga de la prueba señala a quién incumbe (a quién interesa) que un hecho al interior del proceso resulte demostrado, apuntando que dicho sujeto asume las consecuencias de la carencia o ineptitud de las pruebas aportadas al respecto. Así, como norma de distribución del riesgo, la carga de la prueba respalda la seguridad jurídica al otorgarle contenido definitivo a fallos que, de no existir tal figura procesal, resultarían inhibitorios representando, además, eventuales

²¹ “Podemos definir la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero que cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables” (Echandía, 2002, p. 401).

gastos adicionales para el Estado bajo el supuesto de reanudación de un litigio que ha permanecido sin resolución (en incertidumbre).

3.1. Modelos de distribución de la carga

Históricamente la carga de la prueba se ha distribuido entre a parte y parte (demandante y demandada) según diversos criterios. El profesor Pérez Garzón, con base en el trabajo del maestro Devis Echandía, agrupa en ocho categorías aquellos criterios. Las teorías se enuncian a continuación:

a) Tesis que impone al actor la carga de la prueba, pero le da ese carácter al demandado cuando excepciona [...]

b) Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega [...]

c) Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones [...]

d) Teoría de lo normal y lo anormal (regla y excepción): consiste en que la carga se grava a la parte que alega el hecho anormal, porque el normal se presume. El hecho normal se refiere a toda situación de respeto y cumplimiento de la ley [...]

e) Tesis que impone la carga de probar a quien pretenda innovar. Es similar a la anterior, por innovación se entiende todo aquello que modifica la realidad [...]

f) Tesis que recurre a la naturaleza constitutiva o por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos [...] Según esta tesis, la prueba de los hechos constitutivos, es decir los hechos que producen determinados efectos jurídicos por los cuales se demanda, corresponde al demandante, el demandado tiene que probar los hechos impeditivos, o sea los que impiden que esos hechos constitutivos produzcan sus efectos, y los hechos extintivos, o sea, que extinguen el derecho o los efectos jurídicos por los cuales se demanda [...]

g) Tesis que impone a cada parte la carga de probar los supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable [...]

h) Tesis que distribuye la carga de la prueba según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido [...] tal relación está determinada por el derecho sustancial (2013, p. 52-57).

3.2. La carga de la prueba en el código general del proceso

Como quedó consignado en apartados precedentes, la carga de la prueba es una regla de conducta o de juicio, según el caso. Para el director del proceso es una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando en el proceso no aparecen elementos probatorios que brinden certeza acerca de la ocurrencia de los hechos sobre los cuales debe fundar su posición (hechos supuesto de la norma cuya aplicación se solicita), para las partes es una regla de conducta que les señala un deber probatorio frente a una afirmación o una negación, la concepción clásica, prohijada históricamente por los códigos procedimentales colombianos, exhorta a las partes a probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, la Ley 1564 del año 2012, Código General del Proceso vigente, consagra una disposición idéntica pero a renglón seguido faculta al juez para distribuir la carga probatoria entre las partes, atendiendo a las particularidades del caso, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y desde el mismo decreto de pruebas. Con ello la ley adopta la concepción dinámica de la carga probatoria que ya desde años atrás los altos tribunales colombianos venían apadrinando, pero le introdujo un cambio significativo a su aplicación; a diferencia de la doctrina acogida por el Consejo de Estado y, tímidamente, por la Corte Suprema de Justicia, la asignación de las cargas demostrativas viene dada desde el decreto de pruebas y obedece a una especie de juicio apriorístico que adjudica el deber de probar a la parte que se encuentra en mejor posición para hacerlo, “[...] en virtud de su cercanía con el material probatorio, por

tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares [...]” (Ley 1564 de 2012, Artículo 167), se considera que un sujeto detenta dicha posición, en la versión jurisprudencial de las cargas probatorias dinámicas el juez asignaba la carga a la hora de fallar, los detractores de su aplicación sostenían que aquello, al ser sorpresivo, violentaba el principio de seguridad jurídica, con la reforma introducida por el Código General del Proceso:

Quedó erradicada la dañina posibilidad de considerar en la sentencia que una prueba podría haber sido aportada por una parte que inicialmente no soportaba la carga, situación que conducía equivocadamente a aplicarle el sucedáneo de prueba a quien no se le había advertido su compromiso, ni había tenido la oportunidad de alegar al juez que realmente no se encontraba en mejor posición para probar (Canosa, 2012, p. 39).

Ahora, el acogimiento de la teoría de la carga probatoria dinámica por parte del Código General del Proceso, que lo aleja radicalmente de legislaciones anteriores (se recuerda que la aplicación jurisprudencial de aquel postulado no obedeció a la imposición de la ley, en sentido estricto, sino a un ajuste del principio de equidad al interior del proceso, pues se notaba un claro desequilibrio en materia probatoria en muchos casos), se realiza en el marco de una transformación de la concepción del proceso, el cual pasó de ser visto como un asunto entre las partes a ser considerado una preocupación social, así lo expresa el profesor Jairo Parra Quijano:

En síntesis (y reténgase por un momento en la imaginación), se expresa claramente el desplazamiento del proceso civil, desde su ubicación de un “asunto de partes” (Sachen der parties), como se concibió en el proceso típicamente liberal, hacia una “institución de interés social” (Parra, 2012, s.p.).

El proceso, como método de solución racional de conflictos, como instrumento de pacificación, desempeña una función social de capital importancia, al Estado

interesa que su sistema judicial funcione, que se administre verdadera justicia, y en esa medida se entiende la facultad y el deber que al juez corresponde de repartir la carga probatoria, la idea es hacer valer el principio de equidad y aproximarse a la justicia material que es la aspiración del proceso.

Esta potestad otorgada al juez para distribuir la carga de la prueba, aunque favorece los intereses del proceso para facilitar su pronta resolución, contempla posibilidades que pudieran pugnar con los intereses de las partes. La administración de la carga de la prueba implica al juez alejarse más de su imparcialidad e inmiscuirse en el desarrollo del proceso y endilgarle a una de las partes el deber de aportar prueba sobre un hecho es en ocasiones obligarle a contrariar sus propios intereses en el proceso. ¿Cómo ejercer la labor de administración de la carga de la prueba de tal manera que se preserve la imparcialidad del juez y no se afecten los intereses de las partes en el proceso?

Dos son las herramientas de las cuales se ha dotado al juez: la primera de ellas es desarrollada directamente por la norma en comento. El inciso tercero del Artículo 167 de la ley 1564 de 2012 dispone “Cuando el juez adopte esta decisión, **que será susceptible de recurso**, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual **se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código**” (Ley 1564 de 2012, Artículo 167) (negrita fuera de texto original). La posibilidad de las partes de contradecir el decreto de pruebas y la posibilidad posterior de contradecir el haber probatorio aparece como herramienta inmaculadora de la función del juez y que le expía de su transitorio inmiscuir en el proceso, pues resolviendo el recurso u objeción que presenten las partes, deberá dar cuenta y esclarecer los motivos y fundamentos que originaron determinada administración de la carga de la prueba, o (en una etapa posterior) referirse a la valoración de la misma.

La segunda herramienta se encuentra diseminada a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico, y se trata de las diferentes reglas de derecho de orden jurisprudencial, constitucional y legal sobre la administración de la carga de la prueba. Estas pautas, que en ocasiones son prohibiciones para el juez, permiten al fallador aplicar supuestos jurídicos como base para la administración de la prueba y no únicamente su apreciación sobre las circunstancias particulares del caso, preservando simultáneamente su imparcialidad y objetividad, pues la administración de la prueba resultará de factores jurídicos ajenos y no de su propia construcción mental y, además, preservando los intereses particulares de las partes, pues la administración de la prueba resultará de la aplicación de reglas claras que se presumen conocidas para las partes y que restringen el endilgamiento de la carga probatoria, no quedando esto exclusivamente al arbitrio del juez. Un claro ejemplo se encuentra en el Artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, que dispone: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (Constitución Política de Colombia, Artículo 33).

Es entonces cuando debe resaltarse el papel de las altas cortes en el desarrollo de reglas de derecho sobre la administración de la carga de la prueba, pues las normas de orden legal y constitucional son generales y pocas veces se refieren a “las particularidades del caso”. Por el contrario, la jurisprudencia se refiere a situaciones concretas, por lo cual, reiteradas estas circunstancias especiales (supuestos de hecho), resulta de fácil aplicación la administración de la prueba para el fallador (consecuencias jurídicas). Sirva esto como llamado a las altas cortes para que, en la medida de lo posible, se pronuncien al respecto y construyan reglas que sirvan como guía para los jueces de conocimiento a la hora de administrar la prueba.

Ahora bien, en cuanto a la conducencia, la pertinencia y la utilidad, en el Código General del Proceso, la carga permanece intacta, para demostrar la afirmación o negación que concierne a una parte respecto de un hecho el interesado puede valerse

de cualquiera de los medios probatorios, pero cualquiera que sea debe reunir este grupo de requisitos, el juez al valorar el conjunto de pruebas las evaluará bajo este criterio y aún puede (debe) rechazarlas de plano cuando reconozca su evidente falencia, así lo ordena el Artículo 168 de la ley 1564 del año 2012 en los siguientes términos: “Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

Ya a nivel particular la ley 1564 del año 2012 trae sutiles variaciones en cuanto a la incorporación al proceso de cada medio de prueba, algunas de ellas aminoran la carga y otras la hacen más exigente, siguiendo al profesor Ulises Canosa Suárez (2012, p. 44 y ss.), a modo descriptivo, se presentan las siguientes: el juramento estimatorio hace de prueba del monto solicitado como indemnización en una demanda mientras el mismo no sea objetado, la objeción debe estar acompañada de su prueba; el Código General del proceso suprimió el límite de edad para testimoniar; la figura de “testimonio por certificación” también fue eliminada, todos los testigos deben declarar ante el juez, al Presidente y al Vicepresidente de la Nación se les interroga en su despacho; con el fin de aclarar o refutar algún punto mencionado en las declaraciones, a los declarantes (testigos) se les realiza una segunda vuelta de preguntas; la ley ahora es más exigente con el perito y ordena, para que la idoneidad del mismo quede acreditada, el aporte de un conjunto de datos que permiten corroborarla; la inspección judicial la reduce a un medio probatorio residual, señala la ley que sólo se ordenará “[...] cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba [...]” (Ley 1564 de 2012, Artículo 236); como regla de juicio se le ordena al juez el calificar la conducta procesal de las partes y deducir indicios de ella (lo que a su vez invita a la lealtad procesal, regla de conducta para las partes); los documentos aportados al proceso se presumen auténticos, sólo los poderes y los documentos públicos otorgados en el extranjero requieren autenticación.

Con estas precisiones la Ley 1564 del año 2012 pretende otorgarle celeridad al proceso sin sacrificar la calidad del mismo, se eliminan embarazosos obstáculos que entorpecían el camino hacia la justicia y se refuerzan puntos delicados. Con el buen recibimiento de la teoría de la carga dinámica de las pruebas se cierra un debate desarrollado de tiempo atrás en los altos tribunales del país.

Dos preguntas surgen alrededor del tema, ¿el mandato del artículo 167 del Código General del Proceso acerca de la carga de la prueba es aplicable a los procesos en curso tramitados bajo las directivas del código de procedimiento civil derogado?, y ¿Qué sucede con los procesos de reparación directa en lo Contencioso Administrativo? Pues bien, a la primera pregunta se responde con un principio procesal básico, la aplicación de las leyes procedimentales no es retroactiva, se cita un caso análogo tratado por la Corte Suprema de Justicia para brindar claridad:

También ha dicho la Corte que en materia probatoria, concretamente, en lo que a los documentos refiere, las normas aplicables son aquellas que regían para el momento en que debían acreditarse en el respectivo juicio, por ello, la Ley 1395 de 2010, que pretende el actor sea tenida en cuenta, no está llamada a gobernar asuntos vinculados a dicha disciplina y generados, de manera previa, a la adopción de esa reglamentación (Cabello, 2012, s.p., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, rad. 2006-00712-01).

Ahora, el estudio del segundo interrogante remite al artículo 211 de la ley 1437 del año 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) el cual señala lo siguiente: “Artículo 211. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil” (Congreso de Colombia, Ley 1437 de 2011). De allí que, anotando que dicho código no reglamenta el tema de la carga probatoria, las disposiciones del artículo 167 del Código General Proceso (el cual sustituyó el Código de Procedimiento Civil) sean perfectamente aplicables a los

procesos Contencioso Administrativos de reparación directa, no sobra anotar que la regla de la irretroactividad también rige para este caso.

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRATAMIENTO DE LA CULPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y EN LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

4.1. Responsabilidad médica con culpa probada en la jurisdicción civil y contencioso-administrativa

Lo primero que ha de anotarse es que en la actualidad, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado, se acepta, como regla general, la culpa probada como factor de imputación; sin embargo, la posición no es plana o líneal; por el contrario, aplicando un criterio de argumentación difusa, los altos Tribunales desarrollaron una responsabilidad médica con fundamento en la culpa probada pero con matices, o mejor, dejando espacio para que en determinadas y particulares circunstancias pueda aplicarse otro criterio o factor de imputación.

4.1.1. Análisis de la aplicabilidad de la falla, culpa o falta probada en la responsabilidad médica estatal de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado (2003-2013)

El punto de partida del estudio son dos fallos que, a pesar de encontrarse excluidos del ámbito temporal de la investigación, resultan ser de capital importancia para el presente trabajo académico pues son los que abrieron el debate acerca de la asignación de las cargas probatorias en asuntos Estatales de Responsabilidad Médica, y es que anteriormente se tenía por sentado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la carga correspondía, exclusivamente, al accionante. Pues bien, el primero de ellos fue proferido en el año de 1990; con

ponencia del Dr. Gustavo de Greiff, se dijo que la prueba de la diligencia y cuidado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1604 del C.C., en los casos de Responsabilidad Médica, incumbía al demandado pues éste es quien ha debido emplearla. En aquella oportunidad el Alto Tribunal señaló lo siguiente:

[...] esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos de allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima). (...) En casos de falla del servicio, pues, al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento o por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir que no existió la falla o el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó ello se debió o a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño (El hecho de tercero se subsume en el concepto de fuerza mayor por cuanto aquél sólo exonerará de responsabilidad, tanto en el campo civil como en el administrativo, cuando reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad propias de la fuerza mayor). (De Greiff, 1990, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N° 5902).

Esta posición sería reiterada en el año 1992 a través de un fallo en el que, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, se agregó que, implicando la actividad médica, por regla general, obligaciones de medios y no de resultados, de la sola existencia del daño no habría lugar a presumir la falla del servicio. Se citan las consideraciones en lo pertinente:

Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las

comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

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

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento (Suárez, 1992, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N° 6897).

Ésta postura se hizo dominante y por largo tiempo los asuntos de responsabilidad médica del Estado fueron fallados a la luz del sistema de la culpa presunta, pero en una sentencia del 2004 (del 2003 no se hallaron pronunciamientos al respecto), pese a que el caso *sub examine* fue decidido por el Consejo de Estado con base en la misma, el alto tribunal señaló que el criterio correcto de imputación para aplicar en la responsabilidad médica es el de culpa, falta o falla del servicio probada y que sólo excepcionalmente, y en atención a las circunstancias particulares de cada

caso, el Juez puede invertir la carga de la prueba y aplicar una presunción de culpa; así lo expresó literalmente:

Más recientemente la sala ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la carga dinámica de la prueba, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general, sino que en cada caso el Juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia [...] (Hoyos, 2004, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N° 13253).

El planteamiento reseñado, que se fundamenta, como se veía, en la teoría de la carga dinámica de la prueba, venía haciendo carrera en la sala desde el año 2000 (ver Sentencia del 10 de febrero del año 2000, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 11.878).

En otra sentencia, también del año 2004, pero más reciente que la anterior, el Consejo de Estado acogió el criterio de la falla del servicio probada como regla general en los asuntos de responsabilidad médica estatal al decir lo que enseguida se transcribe:

[...] así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado, por resultar la regla en el contenida contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial (Hernández, 2004, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Exp. N° 14696).

Así mismo, se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado una sentencia del año 2005 (Saavedra, 2005, exp. N° 13542) en la que se acoge sin mayor problema el criterio de la culpa probada o falla probada del servicio como factor de imputación en tratándose de la responsabilidad médica estatal.

En el año 2007 sostuvo el alto tribunal de lo contencioso administrativo que es carga del demandante acreditar la existencia de los elementos configurativos de responsabilidad médico estatal, pero que para ello se cuenta con libertad probatoria y se puede hacer uso de cualquier medio de conocimiento (siempre y cuando se respete la ley). Se cita, en lo pertinente el fallo aludido:

De manera reciente la Sala ha recogido las tesis de la presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados [...] (Correa, 2007, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N° 28106).

En el año 2008 no fue modificado este concepto, y en fallo del 26 de marzo se dijo lo siguiente:

[...] para deducir la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos cuando medie una intervención médica, la víctima del daño que pretenda la reparación correrá con la carga de demostrar la falla en la atención y que esa falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto médico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos podrá lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes

realizan los actos médicos (Correa, 2008, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N° 15725).

Esta postura sería confirmada posteriormente, pues en una sentencia del 2010 el Consejo de Estado afirmó:

En síntesis, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que causa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño., (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal (Fajardo, 2010, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Exp. N° 17512).

En el 2010 fueron varias las sentencias que se dictaron en el mismo sentido de la anterior, se cita como ejemplo la sentencia del 18 de febrero de 2010 con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez. En otra sentencia del 11 de agosto de 2010 con ponencia de la Consejera Gladys Agudelo Ordoñez el Consejo de Estado predicó como factor de imputación aplicable en la responsabilidad médica estatal la falla probada en los siguientes términos:

Tratándose del régimen de responsabilidad médica, en algunos estadios de la jurisprudencia, se privilegió la actividad probatoria de la parte actora en aplicación del título de imputación de la falla presunta del servicio, o el de la distribución de las cargas dinámicas probatorias, cuyo cumplimiento quedaba a cargo de la parte que estuviera en condiciones más favorables para su aporte, no debe dudarse si quiera, que aún en este extremo debían estar acreditados en el proceso todos los elementos que configuran la responsabilidad de la administración. Sin embargo, la orientación actual y en una clara aplicación del artículo 230 de la Constitución Política, en cuanto señala que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la Ley, deberá darse cumplimiento al artículo 177 del C. P. C., el cual dispone que: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. En ese sentido, corresponde a la parte actora probar los hechos por ella alegados, de manera que deberá acreditar el hecho dañoso y su imputabilidad al

demandado, el daño y el nexo de causalidad entre estos, para la prosperidad de sus pretensiones (Agudelo, 2010, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Exp. N° 18576).

Ya en el 2011 son varias las sentencias del Consejo de Estado que ratifican la falta, falla o culpa probada como doctrina aplicable como factor de imputación respecto a la responsabilidad médica estatal. En sentencia del 7 de febrero de 2011 con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el mencionado Tribunal, sin mucha argumentación, reitera la teoría de la culpa probada como factor de imputación en el tipo de responsabilidad que se analiza. De la misma manera, en sentencia del 12 de mayo de 2011, con la Ponencia del Doctor Hernán Andrade Rincón, el Consejo de Estado reitera una vez más la aplicación de la falla o culpa probada como factor de imputación en tratándose de la responsabilidad médica.

Ahora, como se anunciaba desde el inicio, la actual posición de las Cortes no es de carácter lineal y, por el contrario, está impregnada de un gran número de matices. Para explicar este punto se hará referencia a la aclaración de voto presentada por el Consejero Enrique Gil Botero respecto a la sentencia de mayo 13 de 2009, emitida dentro del proceso de Reparación Directa identificado con el número interno 31.597, la cual, como se verá, tendrá especial influencia en los pronunciamientos que le siguen. Pues bien, en concepto del Dr. Gil Botero, en virtud del principio de equidad, la sala debe retornar al sistema de falla presunta, pues ni el paciente ni sus causahabientes poseen, normalmente, doctos conocimientos sobre la ciencia médica y, en consecuencia, les resulta dificultosa (y tal vez imposible) la actividad probatoria, razón por la que considera que asignarle al demandante, en estos asuntos, la carga demostrativa frente a la culpa médica resulta diabólico (*probatio diabólica*); agrega el consejero que el análisis de la carga de la prueba no debe realizarse a través de postulados inflexibles, y que el fallador, para proceder con justicia, debe valerse de mecanismos de alivio probatorio que equilibren la relación jurídico procesal.

Pues bien, aunque el alto tribunal de lo contencioso administrativo se mantuvo en la idea de la culpa probada como régimen general en Responsabilidad Médica, a lo largo del año 2012 sostuvo posiciones a favor del aligeramiento probatorio. Así en fallo del 30 de enero del año 2012 manifestó lo siguiente:

Si bien, en épocas pasadas la jurisprudencia prohió la doctrina de la falla médica presunta, que pone en cabeza de la parte demandada la carga probatoria del debido cumplimiento de las obligaciones médicas y asistenciales, desde comienzos de la década anterior se inició una consolidación jurisprudencial en torno a la naturaleza subjetiva de este tipo de responsabilidad, que exige la prueba de la falla, abandonando, a partir del fallo del 31 de agosto de 2006, el régimen de la presunción. Sin perjuicio de que el nexo causal pueda ser demostrado a partir de prueba indirecta o indiciaria (Díaz, 2012, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Exp. N° 23017).

En aquel pronunciamiento se valida la actuación probatoria por vía indirecta o indiciaria. En ocasión más reciente (veintidós de octubre de dos mil doce) el Consejo de Estado apoya la misma línea de la falla probada al afirmar lo siguiente:

[...] la línea jurisprudencial seguida por esta Corporación, ha sostenido que en aquellos casos en los cuales la existencia del daño antijurídico se origine en la prestación de un servicio médico a cargo de la administración, deberá ser estudiado bajo el título de imputación de la falla probada del servicio [...] (De la Hoz, 2012, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N° 24776).

Ahora, sin olvidar las dificultades técnicas que implica la actuación probatoria en procesos tan elaborados como los de responsabilidad médica, el Consejo de Estado ha creado reglas de aligeramiento probatorio para casos como el de la Gineco-Obstetricia, aceptando un “indicio de falla” cuando desarrollándose el embarazo en normales circunstancias el parto resulta fallido. En sentencias del 14 de marzo del

2012 y 28 de marzo del 2012 presenta aquella tesis con argumentos del siguiente tenor:

[...] en cuanto se refiere a la imputación jurídica, la Sala ha reconocido la necesidad de aplicar un sistema de aligeramiento probatorio para los escenarios de responsabilidad gineco - obstétrica, para ello se ha definido el sistema como de “indicio de falla”. Entonces, si bien estos supuestos de responsabilidad no deben ni pueden ser decididos bajo la égida de la responsabilidad objetiva (por actividad peligrosa), sí es preciso reconocer la existencia de un indicio de falla del servicio, siempre y cuando el embarazo haya trascendido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento (Gil, 2012, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exps. N° 22163).

En sentencia del 25 de abril del año 2012 el Consejo de Estado hace extensivo aquel indicio de falla a casos en los que la institución hospitalaria haya incumplido con su deber de custodia y conservación de la historia clínica. El fallo señala lo siguiente:

En consecuencia, el incumplimiento a los deberes de conservación y custodia de la historia clínica generan un significativo y flagrante desconocimiento a la ley y a los reglamentos que regulan la materia, lo que se traduce en un indicio de falla en contra de la entidad hospitalaria, sistema de aligeramiento probatorio que ha sido acogido por la Sección Tercera para el campo obstétrico, pero que puede ser extendido a otros escenarios como se ha sostenido de manera reiterada por esta Subsección (Gil, 2012, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N° 21861).

El Consejo de Estado de esta manera adopta medidas a favor de los pacientes y sus causahabientes quienes, como se ha reiterado en varias oportunidades, se encuentran en serias dificultades al momento de enfrentar un proceso en el que reclaman responsabilidad médica por perjuicios causados a ellos, toda vez que la actividad probatoria en el campo de la medicina requiere de conocimientos técnicos avanzados, y el alto tribunal lo hace sin regresar al sistema de falla presunta que

constituye una carga descomunal para la actividad médica que, como se sabe, es benevolente y altruista.

Para terminar, se citan un par de fallos del año 2013 en los que el Consejo de Estado se ratifica en la posición asumida y señala que, en lo contencioso administrativo, es carga del demandante, por regla general, demostrar la falla del servicio médico. Así en sentencia del 30 de enero de 2013 se dijo que:

[...] en cuento (sic) al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria (Santofimio, 2013, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exps. N° 24986).

Postulado que sería reiterado posteriormente en los siguientes términos:

[...] es oportuno anotar que, según la jurisprudencia consolidada de la Sala, la responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de naturaleza subjetiva, lo cual significa que el régimen bajo el cual debe estructurarse es el de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado, le son propias, por cuanto se ha precisado que quien alegue que existió un defecto en la prestación del servicio médico asistencial, es necesario que demuestre tal falla, así como también el daño y el nexo causal entre aquella y éste (Rojas, 2013, s.p., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exps. N° 25887).

Con ello queda claro que, para el Consejo de Estado, el grueso de la Responsabilidad Médica se evalúa bajo el sistema de la falla probada del servicio.

4.1.2. Análisis de la aplicabilidad de la falla, culpa o falta probada en la responsabilidad médica de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (2003-2013)

La Corte Suprema de Justicia desde 1940, en sentencia del 5 de marzo, adoptó como factor de imputación en la responsabilidad médica la culpa probada; criterio que ha sido reiterado por esa corporación en sentencias del 12 de septiembre de 1985 y de enero de 2001. A continuación se estudiarán algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en el margen temporal 2003-2013 con la finalidad de observar cómo la citada corporación al igual que el Consejo de Estado ha fluctuado entre diversos criterios y factores de imputación, sin embargo en la actualidad la Corte ha adoptado como factor de imputación aplicable a la responsabilidad médica el criterio o la teoría de la culpa probada y de estos dos tribunales es la Corte Suprema de Justicia la institución que más fiel y constante mantiene tal criterio.

En el año 2002, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estaba sentada en el factor de imputación de la culpa probada, así lo dejan ver varias de las sentencias dictadas ese año. En sentencia del 13 de septiembre de 2002 la Corte expresó:

A este respecto la jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. Tomo XLIX, pág. 116) ha sostenido, con no pocas vacilaciones, que la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado; criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. N° 5507), en el que ésta puntualizó la improcedencia de aplicar en esta materia, por regla de principio, la presunción de culpa prevista en el artículo 1604 del C.C., al sostener que, de conformidad con el

inciso final de dicho precepto, priman sobre el resto de su contenido “las estipulaciones de las partes” que sobre el particular existan, añadiendo por lo consiguiente y no sin antes reconocer la importancia de la doctrina que diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado (Bechara, 2002, Corte Suprema de Justicia, exp. N° 6199).

Pese a que en la anterior cita la Corte adopta la culpa probada como factor de imputación de responsabilidad médica, condiciona la aplicación de dicho factor en lo que respecta a las obligaciones de resultado; pues las mismas, según dice, constituyen una excepción a la culpa probada y en ellas ha de aplicarse la presunción de culpa. Al respecto describe la sentencia en comentario:

Si, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, este debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado (Bechara, 2002, Corte Suprema de Justicia, exp. N° 6199).

Sin embargo, a pesar de la excepción aceptada por la Corte y consignada en renglones anteriores, en una sentencia posterior pero del mismo año, y de la autoría del mismo magistrado, la Corte ratifica la culpa probada como factor de imputación aplicable a la responsabilidad médica, en los siguientes términos:

Toda responsabilidad civil extracontractual se estructura sobre tres pilares fundamentales que, por lo general, debe demostrar el demandante: el hecho dañoso o culpa, el daño y la relación de causalidad. Entonces, a quien se atribuye tal responsabilidad, independientemente que se trate de persona natural o jurídica, puede, por regla de principio, defenderse aduciendo la ausencia de uno cualquiera, de varios o de todos esos tres elementos axiológicos. Por ejemplo, podrá demostrar que su comportamiento no es culposo, porque procedió con diligencia, prudencia, pericia y sin violar reglamento alguno; o la inexistencia del daño, entendido en sentido jurídico; o controvertir el nexo de causalidad, comprobando que la lesión ocasionada a los derechos de la víctima, no es consecuencia directa o exclusiva del hecho que se le imputa (Bechara, 2002, Corte Suprema de Justicia, exp. N° 6143, se subraya).

En esta sentencia, como en la anterior, la Corte Suprema de Justicia trae una excepción a la aplicación de la culpa probada como factor de imputación en lo atinente a la responsabilidad médica y esta vez, con fundamento en el Código de ética médica, se acepta la aplicación de la culpa presunta; sin embargo, siempre precisa que es una excepción. Obsérvese la siguiente cita:

Tratándose de responsabilidad médica, la ley y la jurisprudencia han exonerado a la víctima del deber de demostrar la culpa del agente; que a voces del artículo 5° de la Ley 23 de 1981 “la actividad del médico debe realizarse existiendo o no contrato, de acuerdo a unas directrices comprendidas en las normas ético-médicas y en las técnicas señaladas en la práctica médica y por lo tanto sus deberes y obligaciones son los mismos en el campo contractual, como en el extracontractual”; que conforme el artículo 228 de la Constitución Nacional, prima el derecho sustancial y, por ende, para el caso en estudio, las disposiciones contenidas en los artículos 2341, 2342, 2343 y 2344 del Código Civil (Bechara, 2002, Corte Suprema de Justicia, exp. N° 6143).

Ya en el año 2008, con ponencia del Magistrado Dr. Edgardo Villamil Portilla, la Corte puntualiza su teoría de la culpa probada. Esta es una típica sentencia en la cual la Corte asume una definida posición de la culpa probada como factor de imputación

aplicable a la responsabilidad médica y en este caso sin ninguna excepción a la vista. Simplemente se limita a señalar los elementos que corresponde probar al demandante, esto es: la conducta culposa del médico, el daño y el nexo de causalidad. Dos acápites de la referida sentencia sirven para sustentar lo afirmado:

Entonces, la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de “los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad” (Sent. Cas. Civ. de 12 de julio de 1994, Exp. No. 3656). Destácase ahora que acerca del último de los requisitos aludidos, la Corte tiene decantado que “ese nexo de causalidad debe ser evidente, de modo que el error del Tribunal haya sido del mismo calibre, pues en esta materia tiene esa Corporación discrecionalidad para ponderar el poder persuasivo que ofrecen las diversas probanzas, orientadas a esclarecer cuál de las variadas y concomitantes causas tiene jurídicamente la idoneidad o aptitud para producir el resultado dañoso.

En suma, en asuntos semejantes al de ahora, es aceptado que la responsabilidad médica depende del esclarecimiento de la fuerza del encadenamiento causal “entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto, el médico no será responsable de la culpa o falta que le imputan, sino cuando éstas hayan sido las determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o en otros términos, debe demostrar los hechos donde se desprende aquella” (Villamil, 2008, Corte Suprema de Justicia, exp. N° 11001-3103-037-2000-67300-01).

Pero esta posición tan absoluta y decididamente sentada en la culpa probada no va a durar mucho, en efecto, en sentencia del 22 de Julio de 2010 con ponencia del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, la Corte sigue considerando la culpa probada como regla general en la responsabilidad médica; sin embargo acepta que en determinadas circunstancias, con el ánimo de facilitar las cosas a la víctima, el Juez puede atenuar ese régimen de culpa probada y en consecuencia presumir la culpa de ciertos indicios que permitan inferirla y predicarla (culpa virtual). Incluso, va más allá

y, respecto a las entidades hospitalarias predica una obligación de seguridad que deviene en una obligación de resultado, lo que implica que la entidad tenga que demostrar causa extraña para exonerarse y en ese caso ya no se estaría en el campo de una responsabilidad subjetiva o fundada en la culpa, sino en el campo de un tipo de responsabilidad objetiva. La citada corporación no lo expresa en esos términos, pero por los efectos se conocen las causas; decir que existen obligaciones en las que sólo exonera la causa extraña equivale a decir que dichas obligaciones son objetivas, porque en ese caso, ninguna incidencia tiene la culpa, ni se presume ni debe probarse. Obsérvense a continuación dos acápites de la citada sentencia:

En tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras). Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto [...]

Por lo demás, es evidente, y así lo ha puesto de relieve la reiterada jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 12 de septiembre de 1985, 1º de febrero de 1993, 18 de octubre de 2005, entre otras), que dichas entidades también adquieren una obligación de seguridad, definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes, obligación esta que puede ser de resultado, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes, por lo que le incumbe probar un hecho extraño para exonerarse de responsabilidad; o, por el contrario, puede tratarse, en hipótesis más reducidas, de un “deber general de prudencia y diligencia”, enderezado a disponer de los medios necesarios para prevenir la producción de cualquier accidente (Munar, 2010, Corte Suprema de Justicia, Exp. No. 41001 3103 004 2000 00042 01).

Relevante resulta que la Corte en esta sentencia juegue con tres regímenes de imputación de la responsabilidad. En efecto afirma que la regla general de la responsabilidad médica es la culpa probada; pero a renglón seguido afirma que tal principio no es absoluto y que como tal no impide que en determinadas circunstancias, con ánimo de aliviar las cargas probatorias de la víctima, el Juez pueda inferir una presunción de culpa. Y finaliza arguyendo que tratándose de la responsabilidad de las entidades hospitalarias, esta se torna objetiva pues la obligación de seguridad que adquiere la entidad respecto al paciente hace que esta obligación sea de resultado y consecuentemente con ello la entidad no podrá exonerarse demostrando diligencia y cuidado de sus agentes, sino que únicamente puede exonerarse demostrando causa extraña.

Existe en la jurisprudencia del 2010 de la Corte Suprema de Justicia Colombiana (Sala de Casación Civil, noviembre 26) una sentencia en la que también intervino como ponente el Dr. Munar Cadena que ratifica la teoría de la culpa probada y simplemente se limita a citar algunos de sus precedentes en lo tocante a la responsabilidad médica y especialmente en lo que se refiere a la carga de la prueba.

Habla de la culpa probada como regla general; pero afirma que ello no impide que el Juez pueda matizar las cargas probatorias en aras de que dicha actividad probatoria sea más flexible para la víctima. Diferenciando las obligaciones de los médicos y de la actividad médica alude incluso a una responsabilidad de resultado (objetiva), predicable de las entidades hospitalarias en tanto que estas entidades adquieren una obligación de seguridad respecto a los pacientes.

La línea jurisprudencial comentada, pone de presente que la Corte Suprema de Justicia ha optado por el factor de imputación de la culpa probada en la responsabilidad médica, que ese factor no ha sido aplicado en forma absoluta ya que varias han sido las excepciones a la misma. En jurisprudencia más reciente, el alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria en Colombia, sigue firme en la aplicación de la culpa probada, pero de igual manera sigue admitiendo matices, en este caso en lo que tiene que ver con el denominado deber de información que tiene el médico respecto al paciente; en sentencia del 30 de Agosto de 2011 se lee:

En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981).

Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante, sin admitirse “un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras”, ni se oponga a

“que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprosales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 [...]); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur*” (cas. civ. sentencia de 22 de julio de 2010, exp. N° 41001 3103 004 2000 00042 01).

El médico, en efecto, “no expondrá al paciente a riesgos injustificados”, suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos “que puedan afectarlo física o síquicamente” (Namén, 2011, Corte Suprema de Justicia, exp 11001-3103-018-1999-00533-01).

Para los fines del tema investigado, en esta sentencia es evidente que la sala predica culpa probada de la responsabilidad en las actividades médicas; sin embargo, llama la atención que cuando la sentencia habla del consentimiento informado se refiere a él como un derecho del paciente y como una correlativa obligación del médico, y agrega que dicha obligación (el consentimiento informado) “puede acreditarse con todos los medios de prueba [...]” como sugiriendo que en tratándose de la obligación de información que tiene el médico respecto al paciente, la carga de la prueba está en cabeza del galeno. Podría pensarse que se está en presencia de una culpa probada especial muy cercana a la culpa presunta cuando hay de por medio un deber de información (consentimiento informado) por parte del médico. Este fallo deja ver entonces que en algunas ocasiones, en la responsabilidad médica, así aplique la culpa probada, ello no obsta para que algunos elementos especiales, como en el deber de información pueda constituir una carga probatoria para el galeno.

El año 2011 es cerrado por la Corte fija en la teoría de la culpa probada, más deja abierta la posibilidad de aplicar la presunción de culpa como excepción; pues afirma que aceptar la culpa probada como factor de imputación en la responsabilidad médica no impide que el Juez en determinadas circunstancias en un caso concreto

pueda aplicar una presunción de culpa o invertir la carga de la prueba. En sentencia del 30 de noviembre de 2011 la Corte arguye lo siguiente:

En tratándose de la responsabilidad civil médica, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, por regla general, la demostración de la culpa del demandado -factor subjetivo de atribución de la responsabilidad-, corre por cuenta de quien pretenda una declaración de tal linaje, por cuanto dicha clase de acciones sigue las reglas generales en materia de carga de la prueba, sin perjuicio, claro está, de que en aplicación de renovadoras teorías y mediante variados expedientes, miradas las particularidades de cada caso concreto, se pueda facilitar a la víctima la demostración de los supuestos de hecho de su pretensión resarcitoria.

[Más adelante puntualizó que] resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, ‘el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado’.

[Añadió la Corte que] a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o ‘dulcifican’ (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia

españolas) el rigor del reseñado precepto y que, “dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprosesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 [...]); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (Solarte, 2010, Corte Suprema de Justicia, expediente No. 41001 3103 004 2000 00042 01; se subraya).

Para el año 2013 la Corte Suprema de Justicia se mantiene en la misma postura y, al citar un fallo del 2011, señala:

[...] para el juzgamiento de los profesionales de la ciencia médica en el ámbito de la ‘responsabilidad civil’, por regla general, ha de tomarse en cuenta la ‘responsabilidad subjetiva’ basada en la culpa o negligencia, constituyendo la ‘lex artis’ parámetro preponderante para su determinación, en armonía con los ‘deberes médicos’ [...] (Díaz, 2013, Corte Suprema de Justicia, expediente No. 11001-31-03-018-2005-00488-01).

4.2. Responsabilidad médica con culpa presunta en la jurisdicción civil y contencioso-administrativa

Se ha venido precisando que constituye regla general en la responsabilidad médica el factor de imputación de la culpa probada; sin embargo, en muchas de las sentencias analizadas se pudo advertir, y de hecho así se hizo ver, que ambas jurisdicciones, tanto la civil como la administrativa, han venido matizando ese factor

general de imputación y han enseñado que, aunque este constituye la regla general, esto no es inconveniente para que el Juez en determinadas ocasiones, en determinados casos y bajo determinadas circunstancias pueda aplicar otro factor de imputación ponderando lo que sea más conveniente, pertinente justo e incluso equitativo.

A continuación se analizarán algunas sentencias en las cuales el Consejo de Estado ha aplicado la falla del servicio presunta como factor de imputación en el campo de la responsabilidad médica. De la Corte suprema de Justicia, en toda la búsqueda que se hizo para este trabajo de investigación, durante el margen temporal 2003-2013 no se encontró ninguna sentencia en la que la mentada corporación adoptara como factor de imputación la culpa presunta. Es por ello que las sentencias que a continuación se refieren y comentan son todas del Consejo de Estado, corporación que en el margen de tiempo referido sí ha proferido varias sentencias con fundamento en la falla presunta del servicio.

Antes de entrar en detalle en la observación-descripción de las sentencias anunciadas es necesario tener una visión aproximada de lo que significa y conlleva la noción de falta, falla o culpa presunta; para ello puede empezarse por estimar que si la noción de culpa probada alude a que es al demandante a quien corresponde probar la culpa, en este caso en la prestación del servicio médico, por el contrario, la noción de culpa o falla presunta invierte la carga de la prueba haciendo que quien tenga que probar ya no una culpa sino su diligencia y cuidado sea, en este caso, el prestador del servicio médico. Esta es la manera más sencilla de ilustrar el concepto de falta, falla o culpa presunta; sin embargo, como se dejará ver más adelante, el Consejo de Estado ha hecho algunas diferencias y en ellas ha precisado la consistencia de la presunción, ¿qué es lo que se presume: la falla del servicio, la causalidad o el daño? A veces el Consejo de Estado ha dicho que se presume la falla del servicio, otras veces ha dicho que lo que se presume es la relación causal entre la falla y el daño, nunca ha dicho que se presume el daño, se mentó en la pregunta por ser también uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, por lo que *prima facie* podría de igual manera presumirse.

El tratamiento que el Consejo de Estado hace respecto a las cargas probatorias en materia de responsabilidad médica permite afirmar que no existe hoy un parámetro, criterio o estándar único que sirva como factor de imputación de responsabilidad; pues como se analizará más adelante, la jurisprudencia de este tribunal ha oscilado entre la culpa probada y la falla presunta, con fundamento algunas veces en el concepto de carga dinámica de la prueba. Esta situación no es extraña al Doctor Mario Fernando Parra quien en este sentido afirma:

En un comienzo se afirmó que la carga de la prueba correspondía al demandante y, de conformidad con el procedimiento civil, que al demandado le atañe probar los presupuestos de hecho de las excepciones que propone, como medio de defensa, permitiendo movilidad, permitiendo movilidad, creando la famosa concepción de las cargas dinámicas, por cuanto ambas partes deben probar[...]sin embargo, en concordancia con lo antes expuesto, la regla que fija la carga de la prueba no es de ninguna manera estática, por cuanto el valor de administrar justicia es activo, perfilado hacia la hermenéutica del caso concreto [...] (2004, p. 6).

Es tan enfático el doctrinante citado en sostener la tesis de la dinamicidad en las cargas probatorias que más adelante afirma:

Ese es el dogma tradicional de la carga de la prueba, que inicialmente, incumbe al demandante. Sin embargo, por proveimiento de nuevos ideales en la ciencia jurídica y el desgaste de la administración de justicia ante la realidad de los conflictos de intereses se llegó a la necesidad de buscar alternativas en la distribución de la carga de la prueba para que el demandante no se desgastara en el esfuerzo de probar hechos o situaciones a veces de difícil prueba, o que por contraste podía probar con mayor facilidad el demandado, aligerando un poco la noción normal de carga de la prueba (p. 17).

Esta noción de falta, falla o culpa presunta, puede ser confundida con otras nociones; por ejemplo, aunque tengan relación no es lo mismo hablar de culpa

presunta que hablar de carga dinámica de la prueba; pues podría decirse que mientras la segunda es la causa. La primera es el efecto; pues el concepto de carga dinámica de la prueba sirve de fundamento a la presunción de culpa, puesto que, como se decía en apartados anteriores, la culpa probada constituye la regla general respecto a las cargas probatorias, siendo entonces la teoría de la carga dinámica de la prueba la que permite dar la vuelta, generar la inversión probatoria y hacer que la culpa del demandado no tenga que ser probada por el demandante sino que esta se presuma.

El sustrato normativo que sirve de base a la aplicación de la culpa o falla del servicio presunta es el principio de la equidad, principio de rango constitucional consagrado en la Carta Política artículo 230. Esto se verá con un poco más de profundidad en la sentencias que a continuación se analizarán. El objetivo de este apartado es mostrar cómo el Consejo de Estado ha dejado de aplicar la regla general y ha dado paso a la aplicación de la excepción, que siendo aplicada por esta corporación frecuentemente, no resulta tan claro establecer cuál sea la regla general y cuál la excepción. Pues en principio se creería que la excepción es la falla presunta, pero como se verá dicha teoría ha sido aplicada en reiteradas ocasiones por esta corporación.

Para empezar el análisis anunciado es menester citar una sentencia del 10 de junio de 2004 en la que se analizaba un caso de muerte de una paciente en relación con una supuesta mala atención médica el Consejo de Estado asintió la presunción en la falla del servicio médico y en la presunción de la relación causal:

Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes 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 esta materia, 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, “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” (Hoyos, Consejo de Estado, 2004, exp. N° 25416).

En esta oportunidad el Consejo de Estado se disponía a aprobar un acuerdo conciliatorio, la citada corporación comienza por hacer un recuento histórico de la aplicación de la carga de la prueba en la responsabilidad médica partiendo del principio de la falla del servicio probada, pasando por la falla del servicio presunta, hasta llegar finalmente a afirmar que en la actualidad es aplicable el régimen de la carga dinámica de la prueba; pero advirtiendo que para que esta inversión de la carga de la prueba opere, el juez debe hacer un análisis particular teniendo en cuenta las condiciones específicas de cada caso. Sin embargo, agrega que esta inversión de la carga probatoria puede extenderse a la relación de causalidad dado los conocimientos técnicos especiales existentes en la actividad médica. Y esto es tal vez lo más interesante de la providencia, que no solo admite la presunción de la falla del servicio sino que extiende tal presunción a la relación de causalidad; lo que equivale a hacerle muy fácil la actividad probatoria a la parte actora, pues sólo le bastaría probar el daño.

En sentencia del 1 de julio de 2004 el Consejo de Estado vuelve a aplicar el factor de imputación de la falla presunta del servicio, advirtiendo que la regla general es la culpa probada, pero que la presunción es aplicable en razón de las cargas dinámicas de las pruebas y en razón de que en algunas circunstancias le es más fácil probar al demandado que al demandante. Esto dijo en esta ocasión el Consejo de Estado:

En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas-cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero

suficiente en las normas constitucionales que relieves el principio de equidad-ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio [...] (Se subraya).

Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil-que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial (Hernández, 2004, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, exp. N°. 14696).

Se admite en esta sentencia la inversión de la carga de la prueba, como excepción cuando a la víctima le sea de gran dificultad cumplir con dichas cargas, más

esto únicamente en cuanto a la falla del servicio, porque respecto al nexo de causalidad, dice esta sentencia, al contrario de la anterior, que siempre será el demandante el que tendrá que probarlo con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Afirma la sentencia que el principio de la carga dinámica de la prueba es aplicable pese a que no tiene fundamento legal, pues encuentra justificación en la Constitución Política; sin embargo advierte que dicho principio ha de aplicarse excepcionalmente, pues en la responsabilidad médica el régimen general de responsabilidad es la culpa probada (falla del servicio probada) y limita aún más la aplicación de dicho principio afirmando que no tiene cabida en tratándose de la prueba de la relación de causalidad, pues la misma siempre deberá probarla el demandante, como ya se consignó.

En otra sentencia, del 28 de abril del 2005, el Consejo de Estado reafirma su posición en la falla presunta no solo en la presunción de la falla del servicio sino en la presunción de la causalidad; pero advierte que esta inversión de la carga probatoria debe operar excepcionalmente, que no se debe convertir en la regla general. ¿Será que el Consejo de Estado consiente de la reiterada aplicación de la falla presunta precisa que su aplicación no se puede tomar como la regla general? Interrogante que emerge de la lectura de esta providencia que además hace un recuento interesante acerca del tratamiento de las cargas probatorias en materia de responsabilidad médica:

En relación con el régimen de responsabilidad bajo el cual se deciden los procesos, como el presente, en un primer momento en la evolución jurisprudencial, se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha

falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas).

En sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión de 30 de junio de 1992, expediente No. 6897, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales médicos, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

Recientemente, la Sala ha cuestionado la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, 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 este último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, 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, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” (Ángel, 1995, p. 42), es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’ (Ángel, 1995, p. 77), que permita tenerlo por establecido (Correa, 2004, Consejo de Estado, exp. No. 14786).

En sentencia del 14 de julio de 2005, el Consejo de Estado señalando los elementos de la responsabilidad del Estado por la actividad médica, es enfático en morigerar algunas de esas exigencias, que las mismas estarán a cargo del demandante siempre que a este le sea fácil probarlos; aspectos que le sean excesivamente difícil o prácticamente imposible probar, no tendrán que ser probados por el demandante; lo que equivaldría a decir que en estos aspectos se invierte la carga de la prueba y opera la presunción de la falla del servicio e incluso de la causalidad.

Lo anotado en precedencia, se pone de relieve en la siguiente cita:

Más recientemente, la Sala ha precisado los criterios en materia de responsabilidad médica para señalar que: (i) corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil-si no imposible—...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe

preceder el de la falla del servicio (Correa, 2005, Consejo de Estado, exp. No. 15276).

El 22 de enero de 2008 el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa sostuvo en una sentencia que en materia de responsabilidad médica el Juez no tiene que estar sujetos a estándares o criterios prefijados respecto al factor de imputación y a las cargas probatorias, sostiene que por la especialidad de dicha actividad y su esencial complejidad puede aplicarse el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la prueba de la diligencia y cuidado compete probarlas quien ha debido emplearla. Esto dijo el alto tribunal:

Como lo enseña la doctrina la dilucidación de la responsabilidad médica no puede estar sujeta a modelos prefigurados de responsabilidad, ni a estándares predeterminados de culpa; pues aquí no se trata de una culpa ordinaria sino de una profesional que debe ser estimada a la luz de la complejidad de la ciencia, y a su estado para el momento en que se aplicó. Bajo la categoría de la prestación médica caben los más disímiles procedimientos o intervenciones, contra una innumerable variedad de males, cuyas causas, síntomas y tratamientos, son unos aceptablemente esclarecidos, y sobre otros la ciencia aún anda a oscuras, ninguno exento del alea terapéutica, todos sometidos a múltiples y variables factores endógenos y exógenos. No incurre el Tribunal en yerro al invocar el artículo 1604 del C.C. en cuanto establece la regla de que la prueba de la diligencia la debe quien ha debido emplearla, -el médico en el diagnóstico y la intervención, y también el paciente, en el tratamiento- por cuanto, contra lo dicho por la censura esa norma no tiene la aplicación restrictiva que propone, limitada a la pérdida de la cosa prometida, por cuanto ha sido la misma jurisprudencia la que ha señalado que esta regla regula los efectos de las obligaciones y tiene aplicación en todas ellas, cualquiera que sea su fuente, contractual, extracontractual, y agregamos ahora, reglamentaria. Si el Tribunal luego de analizar las pruebas allegadas al proceso, dio por probada la negligencia de la entidad demandada, no hay lugar para acusarle de haber aplicado las normas que presumen la culpa o la responsabilidad. Pero se ha de indicar que, en concordancia con la jurisprudencia prevaleciente de la jurisdicción civil y administrativa, en materia de

responsabilidad médica, ab initio, no puede ser desestimada la posibilidad de aplicar la presunción de la culpa médica. Y así ha de ser, por cuanto si al paciente se le ofrece por opinión docta una prestación de salud para su cura o alivio, y de ello se le deriva el agravamiento del mal o el padecimiento de otros nuevos, o en ocasiones la muerte, razonable es inferir que hubo error médico y culpa de quien realizó la práctica médica, la misma que se ha de desvirtuar con explicaciones que, por regla, sólo las puede dar un especialista, y el primer llamado a hacerlo es quien las recomendó o realizó, bastando para que ellas sean justificativas que se acredite un modo de comportamiento diligente, oportuno, adecuado; una diligencia conforme a los protocolos regulares que aconsejan la buena práctica; o que los efectos eran imprevisibles, o que según los riesgos asumidos no eran controlables, sin ser necesario para exculparse, llegar hasta determinar cuál fue la causa o causas ciertas del resultado adverso (Hoyos, 2008, Consejo de Estado, exp. N° 13253).

En la citada providencia, el Consejo de Estado retomando sus propios precedentes afirma que la responsabilidad médica no puede obedecer a estándares unitarios y predeterminados, pues agrega en ella no se trata de una culpa ordinaria sino de una profesional que debe ser estimada a la luz de la complejidad de la ciencia y por ello considera que es aplicable la norma según la cual la prueba de la diligencia incumbe a quien ha debido emplearla; es decir tanto al paciente como al médico. Sin embargo, agrega que es aplicable la carga dinámica de la prueba y con base en esta se configura una inversión de la carga probatoria operando también la presunción en la falla del servicio.

El tratamiento equilibrado en el que la Corte trata de poner al paciente y a los galenos afirmando que la diligencia y cuidado debe probarla quien ha debido emplearla y señalando que por ende ambas partes deben probar su diligencia, da lugar a que se invierta la carga de la prueba; pues, el demandante (paciente) se puede limitar a probar su diligencia y cuidado en el tratamiento, sin necesidad de probar la culpa del galeno, pues esta se presume y será el mismo médico quien tendrá que desvirtuar esta presunción demostrando su diligencia y cuidado.

En sentencia del 28 de abril de 2010, el Consejo de Estado reitera que acoge el criterio de la falla presunta por considerarlo ajustado a la Constitución y a la Ley y por considerarlo además, más equitativo. Sobre el particular, tuvo ocasión de decir:

De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa (2010, Consejo de Estado).

Como se había anunciado y como lo dejaron ver las sentencias citadas, en el periodo comprendido entre los años 2003 a 2013 fueron varias las sentencias en las cuales el Consejo de Estado admite y aplica el criterio de la falla presunta del servicio como factor de imputación en materia de responsabilidad médica del Estado; el argumento principal que fundamenta su procedencia se encuentra en el artículo 230 de la Constitución Política que señala a la equidad como fuente auxiliar del derecho y, es

en la equidad donde descansa el peso de la aplicabilidad de la falla presunta del servicio, pues la aplicación de la falla probada del servicio, en el sentir de algunos Consejeros de Estado, puede hacer que la carga probatoria del demandante resulte en ocasiones muy pesada y difícil, por lo que se hace necesario, por razones de equidad, hacer que esta carga se invierta y sea el demandado, en este caso el médico, el hospital o la persona que presta el servicio médico, quien soporte la carga probatoria inicial que para efectos de lo analizado consistirá en la prueba de la debida diligencia y cuidado, porque en todo caso, la falla probada del servicio, sigue alienándose dentro de la denominada responsabilidad subjetiva o con culpa.

Esta inversión de las cargas probatorias no deja de constituir un peligro, pese a la anhelada justicia y equidad con que se aplica; dicho peligro es potencial y consiste en que, precisamente se logre el efecto contrario al perseguido, que al buscar la justicia en el caso concreto, se cometa una injusticia con el demandado a quien se le hace mayor la carga probatoria; por esta razón al aplicar la falla presunta el juez debe tener mucho cuidado; así lo advierte también el Doctor Mario Fernando Parra.

La estructura de inversión de la carga de la prueba pretende, como queda esbozado, generar en el juez mayores criterios de realidad; es el favor *victimae* en relación con quien soporta el daño, respecto de situaciones de difícil prueba. Desde luego, en asuntos de aplicación de carga de la prueba, el Juez debe esforzar su criterio y asumir una posición, igualmente preocupada, para no perjudicar a la parte gravada con la inversión de la carga. En temas de tanto cuidado el juez no puede ser timorato, sino, por el contrario, utilizar los poderes que en materia de pruebas le concede el Código de Procedimiento Civil. La perspectiva de inversión idóneamente aplicada redundará en beneficio del proceso, pero exacerbada en relación con uno de los extremos, implicaría una prueba ideal imposible sino se complementa en la mayoría de los casos con el dictamen pericial y, desde luego, con el prudente juicio (Parra, 2004, p. 5).

4.3. La responsabilidad médica objetiva

Por responsabilidad objetiva se entiende en general aquel tipo de responsabilidad en la cual la culpa no tiene importancia a la hora de endilgar responsabilidad a alguien; es por ello que este tipo de responsabilidad también se conoce con el nombre de responsabilidad sin culpa.

En la responsabilidad con culpa o subjetiva, ya con culpa o falla probada, ya con culpa o falla presunta, al demandante inicialmente le corresponde probar, además del hecho ilícito, el daño y la relación de causalidad, la culpa de la persona a quien se le imputa la comisión del hecho ilícito. El demandado tendrá que probar su diligencia y cuidado o una causa extraña.

En la responsabilidad objetiva o sin culpa, en cambio, el demandante no tiene que probar la culpa del demandado y el demandado no podrá exonerarse de responsabilidad alegando diligencia y cuidado; solo se podrá exonerar demostrando una causa extraña, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o culpa exclusiva de un tercero.

Si frente a la falla presunta se dijo que no se encontraron fallos en ese sentido proferidos por la Corte Suprema de Justicia en el periodo comprendido entre el año 2003 y el año 2013; por el contrario, respecto al tema de la responsabilidad médica objetiva es precisamente la Corte Suprema de Justicia, quien en dos sentencias del año 2010, con ponencia del mismo magistrado ponente hace referencia a la misma.

La primera sentencia es del 22 de Julio de 2010, en ella la Corte Suprema de Justicia considera la culpa probada como regla general en la responsabilidad médica, empero, precisa que en determinadas circunstancias con el ánimo de facilitar las cosas a la víctima, el Juez puede atenuar ese régimen de culpa probada y en consecuencia presumir la culpa de ciertos indicios que permitan inferirla y predicarla (culpa virtual)

y respecto a las entidades hospitalarias la Corte predica una obligación de seguridad que deviene en una obligación de resultado, que conlleva a que la entidad tenga que demostrar causa extraña para exonerarse; lo que hace que algunas obligaciones de seguridad, según el caso, configuren un tipo de responsabilidad objetiva. Esto dice la Corte al respecto:

Por lo demás, es evidente, y así lo ha puesto de relieve la reiterada jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 12 de septiembre de 1985, 1° de febrero de 1993, 18 de octubre de 2005, entre otras), que dichas entidades también adquieren una obligación de seguridad, definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes, obligación esta que puede ser de resultado, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes, por lo que le incumbe probar un hecho extraño para exonerarse de responsabilidad; o, por el contrario, puede tratarse, en hipótesis más reducidas, de un “deber general de prudencia y diligencia”, enderezado a disponer de los medios necesarios para prevenir la producción de cualquier accidente (Múnar, 2010, Corte Suprema de Justicia, Expediente No.41001 3103 004 2000 00042 01).

Frente a las obligaciones de seguridad en la responsabilidad médica el Doctor Javier Tamayo (2007), hace todo un tratado, y en primer lugar, clasifica las obligaciones de seguridad en obligaciones de seguridad respecto a las personas y en obligaciones de seguridad respecto a las cosas, estas últimas mejor denominadas por el autor, obligación de conservación. Ahora bien, respecto a las obligaciones de seguridad en materia hospitalaria dice:

[...] Uno de los clásicos ejemplos de obligaciones de seguridad lo encontramos en los contratos de servicios hospitalarios. En efecto, los hospitales tienen la obligación de velar por la seguridad física del paciente. Ahora, no siempre es igual la carga de la prueba aplicable en esta clase de contratos; el grado de diligencia varía según la

onerosidad del servicio y el estado de salud del paciente. Se puede decir incluso que, a veces, esa obligación de seguridad es de resultado y a veces es de medio [...] (p. 89).

De la cita pueden extraerse varios elementos a saber: En primer lugar, señala el Profesor Tamayo Jaramillo, que no todas las obligaciones de seguridad son de resultado, lo que significa entonces que no todas generan o constituyen un tipo de responsabilidad objetiva; pues las obligaciones de medio son obligaciones que generan una responsabilidad subjetiva o con culpa. En segundo lugar, el autor citado, implícitamente, clasifica las obligaciones de seguridad en obligaciones derivadas de la responsabilidad contractual y en obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual; sin embargo, en tratándose de la obligación de seguridad de las entidades hospitalarias, en principio se está en presencia de un tipo de responsabilidad contractual, como regla general, pero, pueden haber también en la actividad médica obligaciones que generen responsabilidad extracontractual; en todo caso el Profesor Tamayo afirma “lo recomendable es que la víctima invoque a título principal la responsabilidad contractual y a título subsidiario la responsabilidad extracontractual [...] (p. 89).

No obstante esta distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, según el autor comentado se derivan consecuencias distintas; por ejemplo, en la teoría general de la responsabilidad civil, es diferente el tratamiento de los términos de prescripción en la responsabilidad contractual y extracontractual, lo mismo en el tema de la capacidad, la solidaridad y la extensión del monto indemnizable; así como en el tratamiento de la culpa, que en la responsabilidad contractual es tripartita mientras que en la extracontractual es unitaria; igualmente hay diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual para efectos del tratamiento de la jurisdicción y competencia, el domicilio y los tipos de perjuicios indemnizables. Esto sin sumar otra diferencia de trascendental importancia, cual es que en la responsabilidad contractual, el demandante, además de probar los tres elementos estructurales de la responsabilidad, tendrá que probar la mora en el cumplimiento, el

retardo, o el incumplimiento defectuoso; mientras que en la responsabilidad extracontractual la mora no tiene ninguna injerencia puesto que no existe una relación contractual de por medio.

En lo que tiene que ver con la clasificación de las obligaciones de seguridad no existe en la Ley ni en la jurisprudencia un único criterio para diferenciar una obligación de seguridad de medio de una obligación de seguridad de resultado, el Doctor Tamayo señala algunos, así por ejemplo afirma:

Así algunos autores, siguiendo una opinión predominante, afirman que la obligación de seguridad es de medio cuando el deudor no puede garantizar con una buena dosis de certeza la seguridad del acreedor, es decir, cuando dicha seguridad es aleatoria. En cambio, cuando el áleas desaparece y el daño es imputable a la culpa del deudor o a una causa extraña, entonces la obligación es de resultado (2011, p. 93).

Por esta deriva, un primer criterio diferenciador entre las obligaciones de seguridad de medio y las obligaciones de seguridad de resultado; es el áleas, pero no es el único; ya que existe otro criterio citado por el mismo autor que depende del papel que desempeñe la víctima. Al respecto dice:

Bien vistas las cosas, lo que ocurre es que cuando la víctima asume un papel activo, al deudor le queda prácticamente imposible controlar sus movimientos y, en consecuencia, la garantía de la seguridad es menos probable por el propio comportamiento del acreedor. Luego no es el hecho en si de la quietud o del movimiento lo que hace que la obligación de seguridad sea de medio o de resultado, es la mayor o menor incertidumbre de brindar la mayor seguridad al acreedor, derivada de esa quietud o movimiento, lo que convierte la obligación de seguridad en de medio o de resultado (Tamayo, 2011, p. 95).

Otro criterio diferenciador lo constituye: la incertidumbre, que dependerá a su vez del papel activo o pasivo que juegue la víctima.

La otra sentencia del 2010, anunciada en apartados precedentes fue proferida por la Corte Suprema de Justicia el 26 de Noviembre (Munar, Sala de casación Civil), en esta providencia como en la ya aludida, la Corte presenta como regla general el factor de imputación de la culpa probada, pero agrega que, en tratándose de la obligación de seguridad que tienen las entidades hospitalarias respecto a sus pacientes, esta obligación se torna de resultado y consecuentemente con ello degenera en una responsabilidad objetiva en la que sólo exonera la causa extraña.

Pertinente, resulta precisar que en este tipo de responsabilidad no es que se presuma la culpa del demandado porque aquí ni siquiera es preponderante la culpa; lo que ocurre en el caso de las responsabilidades objetivas es que, precisamente como no hay culpa, no hay tampoco ni presunción de culpa ni culpa probada; lo que constituye una estructura de responsabilidad totalmente distinta; pues en la responsabilidad objetiva, la víctima demandante sí tiene que probar, aunque no la culpa, si el hecho ilícito, el daño y la relación de causalidad; por su parte el victimario demandado tendrá que probar una causa extraña si quiere exonerarse de responsabilidad, no le sirve ni le basta probar diligencia y cuidado y, esto es lo propiamente característico de esta institución. Sobre el asunto, dijo la Corte Suprema de Justicia:

Por lo demás, es evidente, y así lo ha puesto de relieve la reiterada jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 12 de septiembre de 1985, 1º de febrero de 1993, 18 de octubre de 2005, entre otras), que dichas entidades también adquieren una obligación de seguridad, definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación negocial se obliga a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes, obligación esta que puede ser de **resultado**, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes, por lo que le incumbe probar un hecho extraño para exonerarse de responsabilidad; o, por el contrario, puede tratarse, en hipótesis más reducidas, de un

“deber general de prudencia y diligencia”, enderezado a disponer de los medios necesarios para prevenir la producción de cualquier accidente (El resaltado es nuestro).

Todo lo anterior sin olvidar que los establecimientos dedicados al tratamiento de enfermos mentales igualmente asumen los deberes de vigilancia y custodia del paciente (Munar, 2010, Sala de Casación Civil, Expediente No.11001 3103 013 1999 08667 01).

En ninguna de las dos sentencias citadas, la Corte distingue las obligaciones de seguridad contractual y extracontractual, simplemente habla de una obligación de seguridad de las entidades hospitalarias que deriva o deviene en una obligación de resultado; la doctrina sí se esfuerza en adoptar criterios que permitan dicha clasificación, así el mismo Doctor Tamayo afirma:

En nuestro concepto, la obligación contractual de seguridad en materia médica existe única y exclusivamente mientras el paciente esté recibiendo los cuidados del médico. En ese momento, el médico adquiere dos obligaciones: la de tratar de aliviar al paciente, y la de tratar de que ningún daño colateral le ocurra a dicho paciente mientras dura el acto médico. Ahora, según se verá más adelante, la obligación unas veces es de medio y otras veces es de resultado.

Así las cosas, cualquier daño que se produzca dentro de los locales del médico, antes o después de que el médico actúe sobre el paciente, solo compromete la responsabilidad extracontractual del médico, por no existir aún la obligación contractual de seguridad (2011, p. 30).

Con respecto al Consejo de Estado, se encontró un fallo del año 2013 en el que, a la luz del sistema objetivo, se evalúa un asunto de responsabilidad médica. El alto tribunal se pronunció en los siguientes términos:

[...] en criterio de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como

consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio (Rojas, 2013, Consejo de Estado, Exp 30283).

4.4. La carga dinámica de la prueba en la jurisdicción civil y en la contencioso-administrativa

Como ya se ha consignado en apartados anteriores, el concepto de carga dinámica de la prueba es un concepto autónomo e independiente del concepto de presunción de culpa o culpa presunta; lo que ocurre es que a veces pueden confundirse en tanto en muchas ocasiones la jurisprudencia ha hecho depender la presunción de culpa de la teoría o el criterio de las cargas dinámicas de la prueba. Tampoco puede decirse que la categoría carga dinámica de la prueba sea sinónimo de la categoría inversión de la carga de la prueba; más bien la segunda es consecuencia de la primera. La inversión de la carga de la prueba ocurre con ocasión o con fundamento en las cargas dinámicas de la prueba, pero esta estrecha relación no significa que dichos conceptos sean idénticos o sinónimos; así lo explica el Doctor Javier Tamayo:

Los autores, cuyas doctrinas que sirven de fundamento al Consejo de Estado para sustentar la teoría de la presunción de la falla del servicio, acuden a la figura de la carga dinámica de las pruebas, principio según el cual, en cada caso concreto, serán el demandante y el demandado los encargados de aportar la prueba bien sea de la culpa, bien sea de la ausencia de esta.

Aunque no es muy claro que en el derecho procesal vigente en Colombia la teoría de la carga dinámica de las pruebas pueda tener aplicación, por falta de consagración legal, nosotros consideramos que, en aras de una adecuada administración de justicia, ese sería un buen instrumento al servicio del fallador.

Pero el concepto hay que entenderlo bien, pues no se trata de que, a priori y como principio general inmutable se invierta la carga probatoria que tradicionalmente incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En ese orden de ideas, el juez podría prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir de un principio general de presunción de culpa (2011, p. 90).

Lo transcrito en precedencia, además de definir el concepto de carga dinámica de la prueba, explica la delimitación conceptual valorando la aplicación de éste criterio positivamente, pero advirtiendo que este no ha de limitarse a invertir la carga probatoria del demandante en su favor y en perjuicio del médico. Muy por el contrario; debe ser un criterio neutro que sirva al proceso más que a una de las partes, y en ese sentido, si en un determinado momento le quedare más fácil probar a la víctima demandante algo que en principio tendría que probar el galeno demandado, en aplicación del principio de igualdad y en virtud de este principio de las cargas dinámicas la carga de la prueba podría trasladarse también a la víctima demandante. El mismo tratadista lamenta que el Consejo de Estado, particularmente, haga una inadecuada o imperfecta aplicación de este criterio:

[...] Lamentablemente, el Consejo de Estado pretende salir de una posición rígida en favor de los médicos, para caer en otra igualmente rígida en favor de las víctimas. Es decir, se continúa con la carga estática de las pruebas, pero esta vez en favor del demandante, olvidando que la filosofía de la carga dinámica es la de radicar la carga probatoria en aquella de las partes que esté en posibilidad de demostrarla real verdad de las cosas. El Consejo de Estado parte de la premisa de que en absolutamente todos los casos al médico le queda más fácil demostrar diligencia y cuidado.

Pero la vida práctica muestra constantemente que, en no pocas oportunidades, ni el paciente tiene la posibilidad de demostrar la culpa del médico, ni el médico tiene la

posibilidad de explicar cómo ocurrieron los daños del paciente, en qué consisten éstos, ni cuál fue la diligencia y cuidado que él tuvo en las atenciones dadas al enfermo.

Ahora, el Consejo de Estado parte del presupuesto de que el médico siempre tiene la posibilidad de aportar dicha prueba, y con base en tal premisa estructura la presunción de la falla del servicio [...] (Tamayo, 2011, p. 91).

Ahora bien, el autor citado refiere al Consejo de Estado en especial, porque es éste alto Tribunal el que más ha teorizado en torno al tema de la carga dinámica de la prueba. En efecto, durante el periodo que comprende la presente investigación, dicha corporación en varias sentencias alude al tema; no así la Corte Suprema de Justicia.

Para el año 2002 el máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa, había afirmado:

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

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad

respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión [...] (Hernández, 2002, Consejo de Estado, exp. N° 13330).

Esta cita jurisprudencial reafirma en parte lo sostenido por el Doctor Tamayo Jaramillo, pero sólo en parte, porque contradice aquello de que el Consejo de Estado parte siempre del presupuesto de que es el médico quien tiene más posibilidades de aportar la prueba de su diligencia y cuidado y de que por ende siempre la carga dinámica de la prueba se establece o aplica en favor del demandante. Esta sentencia pone en evidencia que ya en el 2002, esta posición del Consejo de Estado no es tan absoluta, porque afirma que la carga dinámica de la prueba ha de aplicarse en atención al caso concreto e incluso agrega que no en todas las ocasiones, los hechos y las circunstancias relevantes tienen implicaciones técnicas y científicas; aspectos que más fáciles de probar por los galenos.

El fallo citado se abstuvo de aplicar el principio de la carga dinámica de las pruebas tratándose de la relación de causalidad, distinto es que acepte su demostración de manera indiciaria; al respecto afirma:

Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión —ni siquiera eventual— del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil —si no

imposible— para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar (Hernández, 2002, Consejo de Estado, exp. N° 13330).

En este mismo sentido volvió a pronunciarse el Consejo de Estado dos años después en los siguientes términos:

[...] Más recientemente, la Sala ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Ha dicho la Sala:

“[...] No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”.

Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, 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 esta materia, 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, “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” [...] (Hoyos, 2004, Consejo de Estado, exp. N° 25416).

Respecto al fundamento de la aplicación de la carga dinámica de las pruebas el Consejo de Estado ha dicho:

Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula... contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general [...], si en lugar de someter al paciente [...] a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan [...] (Hernández, 2004, Consejo de Estado, exp. N° 25416).

Más recientemente también se ha pronunciado el Consejo de Estado en el sentido de afirmar la aplicabilidad del principio de la carga dinámica de la prueba, en el siguiente sentido:

Lo anterior no se opone a la exigencia de cumplir lo mandado en el artículo 177 del C.P.C., como lo reclama la censura, porque a la luz de este precepto, la Sala de

Casación Civil, en materia de responsabilidad médica -sentencia de 13 de diciembre de 2002-, ha acudido a la carga dinámica de la prueba, como medio para distribuirla equitativamente, y como mención ilustrativa, por cuanto no es una norma aplicable in casu, es deber del juez laboral bajo el imperio de la Ley 1149 de 1996, que le impone al juez como director del proceso velar por el equilibrio de las partes. Se ha de indicar que tampoco infringió el Tribunal las normas supletivas del mandato, si la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que cita, ha considerado impertinente para regular la prestación de los servicios médicos como lo propone el censor, trasladar la culpa por el mal servicio al mandante que no al mandatario (López, 2008, Consejo de Estado, exp. N° 30621).

Colofón de lo expresado, pertinente resulta traer a colación lo dicho por el Doctor Mario Fernando Parra:

Existe en el derecho, como en toda ciencia, principios inmanentes, propios de cada saber, reglas que perduran, y por ello la noción de carga de la prueba se ha mantenido, generando cierto ambiente de inmutabilidad. Pues bien, ante la problemática generada por la necesidad de administrar justicia se ha replanteado el valor de esta estructura (2004, p. 6).

En otro epígrafe de la obra referenciada, describe el autor las consecuencias de la aplicación de la inversión de las cargas probatorias, así como sus bondades y peligros:

[...] Invertir la carga de la prueba no implica desconocer el derecho de defensa, respecto de aquel que tiene mayor posibilidad de probar, como sucede en los casos relacionados con la responsabilidad de los médicos por la mala práctica médica; y si bien el profesional de la medicina tiene mayores posibilidades de probar y explicar los procedimientos que aplicó, no menos cierto es el hecho de que hay circunstancias que se pierden en la íntima relación médico-paciente, quedando el galeno en algunas ocasiones desprotegido en materia probatoria, ante una posible demanda por parte del paciente, lo cual ha llevado a que las instituciones y los médicos provean formatos en

los cuales expresen las recomendaciones posteriores a un tratamiento médico, o se requiera la autorización para realizar el procedimiento médico, —consentimiento informado o esclarecido, como lo denominan en el Brasil—, todo ello en pos de prevenir posibles demandas de los usuarios.

El equiparamiento de las cargas probatorias en los casos de responsabilidad médica se explica como una perspectiva moderna en la cual el oficio judicial propende hacia mejores alternativas de prueba para la parte menos favorecida, que en este caso es la presunta víctima. Sin embargo, el abuso injustificado de un planteamiento como este no puede envilecer la profesión médica, actualmente, tan golpeada, sobretodo en relación con un sistema absorbente como el complementado por la Ley de seguridad social (Parra, 2004, p. 8).

4.5. La teoría del aligeramiento probatorio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (*faute virtuelle*)

Se ha realizado un recorrido jurisprudencial por las principales o clásicos factores de imputación en la teoría general de la responsabilidad y en la teoría de la responsabilidad médica en particular. Se ha visto que tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como en la de la Corte Suprema de Justicia, dentro del periodo comprendido entre los años 2003 a 2013, ha estado presente la culpa o falla probada, la culpa o falla presunta y hasta la teoría de la responsabilidad objetiva, aunque en una forma mucho más reducida como se tuvo ocasión de indicar en apartes anteriores.

En el curso de ésta investigación se encontró una sentencia del Consejo de Estado que llamó particularmente la atención por la teoría o factor de imputación en que se fundamentó. Dicha teoría es denominada por el mismo Consejo de Estado como la teoría de la *Res Ipsa Loquitur*; alocución latina que el mismo Tribunal traduce como equivalente a la frase “las cosas hablan por sí solas”; también denominada por la misma corporación con la categoría de culpa virtual.

Pero, ¿hasta qué punto es novedosa esta teoría de la culpa virtual o la *res ipsa loquitur*?, ¿cuál es su diferencia o aproximación con la presunción de inocencia?, ¿cuál es su consistencia?, ¿cuál su campo de aplicación y de dónde viene? Estos y otros interrogantes se tratarán de resolver a continuación, con tal finalidad se tendrá como basamento la referida sentencia del Consejo de Estado, y para dilucidar mejor la cuestión se acudirán como fuentes subsidiarias o auxiliares a algunos doctrinantes que se han ocupado del tema.

Para empezar, es menester analizar el caso que dio lugar a la sentencia referida. Los hechos se pueden resumir de la siguiente manera:

Glueimar Echeverry Alegría y Mónica Andrea Giraldo, se unieron de hecho a partir de 1993, y fruto de esa convivencia nacieron John Heymer el 7 de octubre de 1995; y posteriormente las trillizas Maira Alejandra, Marisela y Gerardine mediante cesárea practicada el 31 de octubre de 1996. Mónica Andrea, en su estado de gravidez frente al último parto, se puso al cuidado de los facultativos del Instituto de los Seguros Sociales “ISS”, toda vez que se encontraba amparada bajo la afiliación No. 994374218. En los exámenes posteriores al diagnóstico del embarazo se desconocía el tiempo de gestación, así mismo se ordenó una ecografía obstétrica, examen que nunca se practicó, como tampoco se estableció el ritmo cardíaco fetal pues los médicos de la entidad demandada estaban convencidos de que el embarazo era de un solo feto. Dado el aumento excesivo de peso de la paciente y el crecimiento a nivel uterino, se sometió a un nuevo examen en el ISS, y se ordenó una ecografía inmediata para ser realizada en la Clínica Rafael Uribe Uribe, pero ésta no se llevó a cabo a pesar de la insistente solicitud de Mónica Andrea y su compañero Glueimar. Ante la angustia y decaimiento de la gestante, los médicos de la Clínica Rafael Uribe Uribe —quienes consideraron que el feto se encontraba en postura atravesada—, la remitieron a la Clínica Versalles para la realización de una cesárea, procedimiento que se llevó a cabo ese mismo día 31 de octubre de 1996. Los médicos se llevaron una sorpresa al adelantar la intervención, y con desconcierto se percataron que se trataba de unas trillizas en estado prematuro, ya que sólo tenían entre 24 y 25 semanas de gestación. A pesar de que las niñas

nacieron con vida, su óbito se produjo el mismo día de su nacimiento (Gil, Consejo de Estado, 2009, exp. N° 18364).

Frente a la imposibilidad que se le presentaba a la parte actora en lo que respecta a la carga probatoria, en este caso particular, el Consejo de Estado atiende alivianar la carga probatoria del demandante en los siguientes términos:

En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y 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.

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a

concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.

En consecuencia, la Sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (*faute virtuelle*), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño (Gil, Consejo de Estado, 2009, exp. N° 18364).

En este punto vale realizar algunas observaciones acerca de los conceptos de *res ipsa loquitur* -las cosas hablan por sí solas- y la culpa virtual. Obsérvense, en primer lugar, las definiciones de los conceptos aislados de *res ipsa loquitur* y de culpa virtual (seguidamente se verá la relación, esto es la cercanía o distanciamiento que existe entre estos dos conceptos). Acerca de la teoría de la *res ipsa loquitur* dice el Doctor Mario Fernando Parra Guzmán:

El principio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), según Louisell y Williams, es meramente el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia. Solamente con esta definición se augura el carácter que aquí se va a conceder a esta figura, que no es otro que el de una simple presunción judicial de culpa en un supuesto concreto; presunción, si acaso, dotada de una mayor evidencia y verosimilitud que otros supuestos donde también incide el mecanismo presuntivo; o tal vez se trate de casos en que de forma explícita se recurre a un mecanismo hasta el momento aplicado sólo implícitamente, como ha ocurrido y ocurre con la presunción judicial de culpa (2004, p. 89).

El profesor Guzmán, de acuerdo con la anterior cita, asevera que la teoría de la *res ipsa loquitur* es una simple presunción de culpa en un supuesto concreto; por su

parte el Doctor Javier Tamayo Jaramillo se refiere al susodicho concepto en los siguientes términos:

En efecto, para que haya una presunción de culpa es necesario, pero suficiente, establecer que el demandado le causó un daño al demandante, sin necesidad de establecer los hechos que rodearon la producción del daño. Producido este último, se presume que fue por culpa del demandado. En cambio, en la culpa virtual, al demandante le toca establecer una serie de hechos y circunstancias que rodearon el daño, para llevarle al juez la íntima convicción de que el demandado actuó culposamente, así no se pueda establecer en forma totalmente clara ese comportamiento culposo. Se aplica el aforismo romano (*res ipsa loquitur*) (las cosas hablan por sí mismas (2011, p. 67).

Lo consignado en precedencia, permite deducir que el profesor Tamayo Jaramillo, diferencia la simple presunción de culpa de la denominada *res ipsa loquitur*, según el autor, en la culpa virtual donde tiene cabida el aforismo *res ipsa loquitur*, al demandante sí le toca probar una serie de hechos y circunstancias que rodearon el daño y que son finalmente los que permitirán convencer al juez de que el demandado actuó culposamente. Esto es lo que en términos de la sentencia citada del Consejo de Estado, este organismo denomina indicios. A través de una serie de indicios es posible convencer al juez de que el daño -que de todas maneras debe demostrar el demandante- fue causado por el actuar médico.

Precisa el Dr. Tamayo Jaramillo:

Es de anotar que algunos autores conceptúan que la culpa virtual es una culpa presunta, lo que en principio contradeciría la noción según la cual la culpa médica debe ser probada por el paciente. Sin embargo, nosotros consideramos que en este caso no estamos en una auténtica presunción, sino ante una prueba por indicio ((2011, p. 67).

Así las cosas, el Doctor Tamayo Jaramillo no realiza diferenciación entre los conceptos de *res ipsa loquitur* y de culpa virtual, en tanto que el Doctor Parra Guzmán sí se refiere a ellos como a dos conceptos distintos; tanto es así que le dedica a cada uno un estudio por separado. En el capítulo relativo al concepto de *res ipsa loquitur* enumera unos requisitos para que esa categoría se aplique:

Según un sector relevante de la doctrina, para que pueda aplicarse un supuesto de responsabilidad civil médica la *res ipsa loquitur* es necesario la ocurrencia de los siguientes requisitos circunstanciales:

- a. Qué estemos frente a un hecho dañoso de los que normalmente no se producen sino con una conducta negligente de alguien.
- b. Que ese evento dañoso venga originado por cualquier cosa (instrumento, dependiente, etc.,) que entre en la esfera de disponibilidad y control del demandado aunque no se conozca el modo.
- c. Por último, que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la misma víctima (2004, p. 89).

El autor aludido refiriéndose al concepto de culpa virtual lo describe en los siguientes términos:

[...] Se ha formulado el concepto (el de culpa virtual) al amparo de la siguiente reflexión; cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba, que podría considerarse elíptico, conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente.

Recientemente se ha formulado esta teoría de la culpa virtual, diciendo que en su virtud el juez considera que no es posible que no se haya incurrido en culpa; no funda su decisión sobre una presunción (conclusión derivada de un hecho conocido que lleva a otro desconocido), sino que lo hace sobre un razonamiento a contrario: si no hubiese incurrido en ninguna culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa

Podemos afirmar que la culpa virtual es un reflejo de negligencia, pero involucra más que la demostración de la culpa, un suceso de responsabilidad objetiva, habida consideración de que, como lo afirmamos al hablar de la doctrina de la *res ipsa loquitur*, sólo se desvirtúa, en nuestro criterio, demostrando la ruptura del nexo de causalidad. Por ende también valen aquí las afirmaciones hechas respecto de la doctrina *res ipsa loquitur*, la presunción no realmente de culpa sino de responsabilidad objetiva (Parra, 2004, p. 92).

El último párrafo de lo transcrito, al parecer fue el caso de la sentencia estudiada, en la que el Consejo de Estado acerca el concepto de culpa virtual o *res ipsa loquitur* más a la responsabilidad objetiva que a una presunción de culpa.

Así las cosas, la figura del aligeramiento probatorio o culpa virtual, en concepto del Consejo de Estado, está más cerca de la responsabilidad objetiva que de la responsabilidad subjetiva por falla presenta; pues se afirma en la sentencia que: “a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo” como si la entidad sólo se exonerara entonces de responsabilidad demostrando una causa extraña.

Retomando el tratamiento que de estos conceptos indistintamente hace el Doctor Tamayo, se advierte que concluye el análisis de la culpa virtual en los siguientes términos:

Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos han facilitado la situación probatoria de los pacientes en casos de responsabilidad civil médica. En efecto, aunque en todos estos ordenamientos sigue aplicándose el principio de que al paciente le corresponde demostrar la culpa del médico, de todas formas, y por vía excepcional, esa prueba se entiende establecida a partir de la demostración de ciertos indicios. Es decir, la forma cómo ocurrieron los hechos le permite inferir al juez que sólo un comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño (2011, p. 66).

Ahora bien, los Doctores Tamayo Jaramillo y Parra Guzmán, diferencian claramente el concepto de culpa presunta respecto al concepto de culpa virtual. Sobre el particular se lee:

Ahora, ha de quedar claro que el concepto de culpa virtual se aplica por vía excepcional, justamente para poder mantener el principio general de la culpa probada. Por lo tanto, este criterio jamás podrá aplicarse con la sola prueba del daño y del nexo de causalidad. Se exige demostrar las circunstancias que rodean el hecho dañino. Por eso nosotros consideramos que se trata de una culpa probada, criterio que comparten algunos autores, aunque éstos hablen de culpa presunta o de culpa probada por presunciones (Tamayo, 2011, p. 66).

Más adelante el mismo autor agrega:

Como se ve, aunque a veces se habla de presunción, lo cierto es que todo el mundo está de acuerdo en que la culpa virtual no se establece como principio general, y que a culpa no puede tenerse por demostrada por la simple ocurrencia del daño. Se requiere establecer las circunstancias como ocurrieron los hechos para que a través de estos indicios el juez dé por probada la culpa. Mientras que en la verdadera presunción basta la prueba del daño, sin necesidad de probar las circunstancias en que éste ocurrió, en la

prueba por presunciones o indicios es preciso probar los hechos que rodearon la ocurrencia del daño y, a partir de éstos y no del daño, el juez infiere la culpa (Tamayo, 2011, p. 66).

Y concluye de la siguiente manera:

En conclusión, en materia de responsabilidad civil en general y de responsabilidad médica en particular, los tribunales favorecen probatoriamente a las víctimas mediante el concepto de culpa virtual, el que, sin violentar el principio de la culpa probada por el demandante, le permite al juez inferir probatoriamente esa prueba a partir de determinados indicios diferentes del daño (Tamayo, 2011, p. 66).

Las citas doctrinales traídas a colación, permiten esclarecer el alcance de los conceptos de *res ipsa loquitur* y de culpa virtual y su relación con el concepto de presunción de culpa o culpa presunta.

Retornando a la sentencia del Consejo de Estado aludida, se tiene que el concepto más sobresaliente en la exposición es el concepto de indicio. Para el Consejo de Estado la teoría de la *res ipsa loquitur* o culpa virtual es aquella figura jurídica en virtud de la cual se aligera o aliviana la carga probatoria del demandante o víctima en atención a la existencia de una serie de indicios que llevan a la convicción del juez a inferir que de no haberse producido una culpa de parte de los galenos no se hubiera presentado el daño. En el caso particular que analiza el Consejo de Estado en el referido fallo, si todo el procedimiento se hizo bien y aun así se produjo la muerte de las trillizas tuvo que existir una falla en el servicio médico que determine la existencia de una culpa médica porque de otra manera no se explicaría el resultado.

Como dicen los autores citados, la teoría de la *res ipsa loquitur* o aligeramiento probatorio no es en estricta técnica jurídica un presunción de culpa, aunque se le parezca, porque aquí no se presume la culpa del galeno; al demandante le corresponde demostrar los hechos indiciarios que lleven al juez a inferir, mediante un argumento a

contrario, lo que anteriormente se anotó, a saber, que el resultado fue provocado por un actuar culposo del médico. Sin embargo, como se anotó también, como esto hace que una vez establecida esta convicción vía indiciaria, el galeno solo se exonere demostrando una causa extraña, se estaría más cerca entonces de una responsabilidad objetiva que de una responsabilidad con culpa o subjetiva.

La anterior interpretación se infiere de lo dicho por el Consejo de Estado:

[...] a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria; esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluido los indicios [...] (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, 17 de marzo de 2010 Radicación No. 15001- 23-31-000-1999-00091-01).

En los términos que lo presenta el Consejo de Estado, la teoría de la *res ipsa loquitur* o culpa virtual se parece o acerca más a una presunción de responsabilidad que a una presunción de culpa, aunque la misma entidad explícitamente advierta que “que no se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad”. La única ventaja, sí se puede emplear este término, es que se le permite tanto al galeno como a la entidad hospitalaria para exonerarse de responsabilidad, utilizar el mismo medio que utilizó el actor para demostrar la causa del daño: el indicio.

CONCLUSIONES

La primera, y tal vez la más obvia, conclusión a la que se puede llegar después de la realización de una investigación como esta, es que, tanto la jurisdicción civil ordinaria como la jurisdicción contencioso administrativa encabezadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en su orden, siguen considerando como regla general el factor de imputación de la culpa o falla probada del servicio, decir, que de acuerdo con la jurisprudencia actual, tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Suprema de Justicia, la regla general en materia de responsabilidad médica es la culpa probada.

Ahora bien, el régimen de responsabilidad médica del Estado instituyó la falla del servicio, la cual representa la “culpa” de la administración en la prestación del servicio médico asistencial a los administrados, título de imputación ha tenido una interesante evolución en lo que respecta a la carga probatoria de dicha falla administrativa. En un primer momento el Consejo de Estado manifestó que se trataba de un asunto que debía resolverse como falla del servicio probada argumentando que las obligaciones asumidas por el prestador del servicio de salud eran de medio y no de resultado. Esta tesis fue modificada en sentencia del 30 de Julio de 1992 mediante la que se instituyó el régimen de la falla del servicio presunta la cual pone en cabeza de la administración una presunción de culpa y, en consecuencia, exonera al paciente víctima o sus familiares del esfuerzo probatorio de la falla del servicio, siendo la administración la que debe entrar a demostrar que el daño no le es imputable por cuanto el servicio fue prestado debidamente y su actuación médica se ajustó no sólo a derecho sino a la *lex artis* de la profesión, vale decir, que no hubo culpa en el acto médico desplegado. Lo anterior por cuanto que si bien por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda no hay que desconocer que con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen

excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas. Posteriormente en sentencia del 10 de Febrero de 2000 la Sección Tercera del Consejo de Estado revalúa la anterior posición e instituye la carga dinámica de las pruebas cuya aplicación si bien no tiene sustento legal, se puede decir que tiene asidero en las normas constitucionales que relevan el principio de equidad lo que permite inaplicar el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. El dinamismo de las cargas probatorias obliga al juez a establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión.

Posteriormente el Consejo de Estado en sentencia de 31 de Agosto de 2006. Expediente No. 15772. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, precisa el régimen que rige en la actualidad retomando la falla del servicio probada, con ciertas particularidades probatorias a favor del demandante. Obsérvese que en esta sentencia se excluye la institución jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, para ocupar en su lugar la falla probada y la prueba indiciaria. De igual manera, se empieza a acoger con especial atención la aplicación de teorías novedosas que propenden por ayudar en el esfuerzo probatorio de los distintos elementos estructurantes de la responsabilidad médica del Estado por parte del accionante, como lo son las teorías de la *res ipsa loquitur*, entre otras.

La posición que rige en la actualidad ha sido objeto de críticas por parte del Magistrado Enrique Gil Botero, quien no admite que la máxima del derecho romano “*actori incumbit onus probandi*” se convierta en una cortapisa inamovible que no permita reconocer en cada caso concreto, quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica, se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten entre las partes en el proceso. En consecuencia, arguye que no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba a través de postulados inflexibles, como quiera que el derecho en sí mismo reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como los indicios, las presunciones, la inversión de la carga,

los hechos notorios, entre otros. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente No. 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente No. 15276).

Relevantes por su elocuencia resultan el salvamento de voto que realizó el Magistrado Enrique Gil Botero, a la sentencia de 18 de febrero de 2010 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio) así como las aclaraciones de voto que formuló a las sentencias emitidas el 9 de junio de 2010 (M.P. Ruth Stella Corra Palacio. Expedientes No. 19074 y 19276).

...en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta para contradicciones, adopte un sistema probatorio de principios en materia médico-hospitalaria que sin desconocer o subvenir los fundamentos estructurales de la responsabilidad, reconozca el difícil escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá. D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente No. 17866; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá. D.C., 9 de junio de 2010. Expediente No. 19074; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá. D.C., 9 de junio de 2010. Expediente 19276).

Esta conclusión trae aparejada otra, que en materia de responsabilidad médica las obligaciones derivadas de las situaciones jurídicas producto de tal relación siguen siendo, por regla general, obligaciones de medio; solo se encontró una excepción a dicha regla en dos sentencias del 2010 emitidas por la Corte Suprema de Justicia, considerando que la obligación de seguridad de las entidades hospitalarias respecto a los pacientes deviene en una obligación de resultado. Lo anterior conduce a una tercera

conclusión, que, no obstante la regla general señala que en materia de responsabilidad médica además de causa extraña también exonera de responsabilidad la prueba de la debida diligencia y cuidado, en tratándose de obligaciones de seguridad, por ser consideradas obligaciones de resultado, la entidad hospitalaria sólo se exonera demostrando una causa extraña.

Sin embargo, vale aclarar que las sentencias que refieren a la obligación de seguridad como una obligación de resultado datan del año 2010 y de las varias sentencias objeto de estudio e investigación del año 2011 no se encontró ninguna que hiciera alusión a este asunto. En todas las sentencias del 2011, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia, fundaron sus decisiones en el factor de imputación de la culpa o falla probada.

En la clasificación general de la teoría de la responsabilidad²² la responsabilidad médica puede generarse tanto en el campo de la responsabilidad contractual como extracontractual.

En la responsabilidad contractual la responsabilidad médica se funda en el contrato de prestación de servicios médicos y en este campo la responsabilidad puede darse por un incumplimiento puro y simple de la entidad hospitalaria o de los galenos, por un cumplimiento moroso o tardío o por un cumplimiento defectuoso. Respecto al incumplimiento defectuoso, por regla general, este puede derivarse de obligaciones de medio y de resultado; en la responsabilidad médica, como tantas veces se consignó, la regla general es que las obligaciones sean de medio; el médico y la entidad hospitalaria se obligan a poner todo su empeño, esmero, diligencia y cuidado para que el paciente esté lo mejor posible y se recupere del mal que lo aqueja, no garantizando resultado alguno; pero, excepcionalmente, pueden generarse en el campo de la responsabilidad médica obligaciones de resultado que generan una responsabilidad objetiva; fue el caso

²² Se hace referencia aquí más exactamente a la clasificación que hace el Doctor Javier Tamayo (2007) en su *Tratado de responsabilidad civil*, tantas veces citado en este trabajo.

de las estudiadas y referidas sentencias del 2010 que teorizaron acerca de las obligaciones de seguridad. La doctrina ha dicho que las obligaciones derivadas de ciertas intervenciones y cirujas estéticas también son de resultado; pero en esta investigación no se encontró sentencia alguna en este sentido.

En las obligaciones de medio se puede predicar la responsabilidad con base en la culpa presunta o con base en la culpa probada (entiéndase también falla presunta, falla probada). Pudo observarse, que la regla general en materia de responsabilidad médica es la culpa probada o falla probada del servicio, y que esa es la posición actualmente dominante tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado. Sin embargo, también se observó, que durante los años 2003 al 2013, se profirieron varias sentencias por parte del Consejo de Estado con base en la falla presunta del servicio.

Pero la responsabilidad médica también puede ser causa de una relación jurídica de carácter extracontractual, y en este campo se tiene que la responsabilidad médica extracontractual, según el elemento subjetivo puede ser dolosa, culposa u objetiva; se considera que ha quedado claro que lo más común es que la responsabilidad médica se derive de un acto culposo.

Según el origen del daño, la responsabilidad médica extracontractual puede ser derivada de una responsabilidad por el hecho propio (artículo 2341 del Código Civil), responsabilidad por el hecho ajeno (artículos 2347 a 2349 del Código Civil), e incluso, si se considerase la actividad médica como peligrosa, podría llegar a generar responsabilidad por actividades peligrosas (artículo 2356 del Código Civil).

Otra conclusión importante es que la argumentación jurisprudencial está cambiando. Los altos tribunales en la sustentación-fundamentación de sus fallos no pretenden hacer de sus teorías reglas generales absolutas e inamovibles, por el contrario, es frecuente la advertencia de una aplicación excepcional y concretizada de

sus teorías; múltiples son las referidas frase encontradas en las sentencias que rezan: “de acuerdo con cada caso” o “excepcionalmente” o “teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular”. Al parecer se está acudiendo a un tipo de interpretación difusa. La lógica binaria poco a poco está cediendo lugar a la lógica difusa. Las cosas no se aplican todo o nada, sino en mayor o menor medida. No se deshecha una teoría en forma total y definitiva, se aplica o inaplica dependiendo de las circunstancias especiales del caso particular y concreto.

En las sentencias analizadas pudo observarse una cultura de respeto por el precedente, tanto de la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, ya que en sus providencias dejan ver gran apego a lo que en concretas ocasiones sostuvieron y predicaron, y aunque esto no es obstáculo para que se adopten nuevas teorías y nuevas doctrinas, si se observa en las sentencias un sinnúmero de citas a sus propios precedentes.

En cuanto a la diferencia del tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia hay que decir a manera de conclusión, que es el Consejo de Estado quien más se ha atrevido a fundar sus fallos en la teoría o factor de imputación de la falla presunta del servicio. En este sentido se encontraron sentencias de este alto Tribunal del año 2004 al 2010. En la actualidad este Tribunal al igual que la Corte Suprema de Justicia fundamenta sus fallos en la falla probada del servicio. Por su parte en la Corte Suprema de Justicia durante el límite espacial propuesto, esto es, de los años 2003 al 2013, no se encontró ninguna sentencia fundada con base en el factor de imputación de la culpa presunta; la Corte Suprema de Justicia ha sido constante en su teoría de la culpa probada, con dos excepciones que ya fueron señaladas y que curiosamente son del mismo año con ponencia del mismo Magistrado, se viene haciendo referencia a la responsabilidad objetiva que predicó esta corporación respecto a la obligación de seguridad que adquieren para con los clientes las entidades hospitalarias.

Otra novedad en este estudio la constituye el hallazgo de una sentencia fundada en la teoría de la *res ipsa loquitur* o culpa virtual del año 2009 emitida por el Consejo de estado, aunque la doctrina ya la reconoce. El doctor Tamayo por ejemplo afirma: “El doctor Roberto Vázquez Ferreyra realiza un profundo análisis del derecho comparado, y demuestra que en países como Italia, Argentina, Francia, España, Alemania e Inglaterra, se aplica el criterio de la culpa virtual, aunque acudiendo a diversas denominaciones” (2007, s.p.).

La cita traída a colación permite concluir, que en otros ordenamientos jurídicos este concepto es ampliamente conocido por la doctrina; no así en nuestro ordenamiento.

En el tema específico de la responsabilidad médica, al existir poca regulación legal, la jurisprudencia juega un papel muy importante. Tanto es así que los mismos factores de imputación: la culpa probada, la culpa presunta, la responsabilidad objetiva, la teoría de la *res ipsa loquitur* o culpa virtual, al igual que conceptos no menos importantes como obligaciones de medio y obligaciones de resultado entre otros son dilucidados y explicados en línea jurisprudencial, porque cuando más, la ley sólo permite intuirlos. Es en este contexto normativo donde el estudio de la jurisprudencia se hace necesario y adquiere relevancia, porque todo operador jurídico: abogado litigante, consultor, investigador o juez en el análisis de un caso concreto de responsabilidad médica ha de tener en cuenta lo que respecto a la problemática y temática que involucra el caso han conceptualizado los altos Tribunales.

El artículo 230 de la Constitución Nacional afirma que los jueces solo están sometidos al imperio de la Ley; que la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho son sólo criterios auxiliares. No obstante, en la praxis actual de nuestro ordenamiento jurídico se observa que cada vez va adquiriendo mayor protagonismo lo que los jueces afirman al resolver sus casos. Lejos de pretender traer aquí la añeja discusión acerca de que sí los jueces al resolver los casos crean o no

derecho, se puede inferir del actual estudio que las decisiones de los jueces hoy más que nunca tienen una mayor relevancia lo que conlleva a su estudio.

Agréguese a lo dicho, que las decisiones de los jueces por regla general —con efecto vinculante inter-partes— varían con mayor facilidad que una disposición normativa de carácter legal; pues mientras la modificación de una Ley exige una reflexión más o menos mediata en el tiempo; la modificación de un precepto o doctrina jurisprudencial puede modificarse en una sentencia.

El derecho es cambiante, en la actualidad no está compuesto solo por preceptos legales como en el periodo decimonónico; el derecho hoy no es un sistema simple, es un sistema complejo compuesto por un entramado de relaciones complejas de disposiciones normativas más o menos difusas. La misma pirámide normativa está hoy entrando en trance; una disposición jurisprudencial puede dejar sin efecto o vigencia una disposición normativa de carácter legal que supuestamente está por encima de aquella según la clásica concepción Kelseniana de la pirámide normativa.

En la introducción de este trabajo se consignó que la metodología empleada para la elaboración de este trabajo lo constituía la recolección de información proveniente de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de Colombia, Diario Oficial, Gacetas Oficiales y bases de datos como Notinet y Datalegis y, su posterior análisis.

Las fuentes de la información utilizadas, las sentencias de las corporaciones ya mencionadas emitidas en procesos de responsabilidad médica de carácter extracontractual en el periodo comprendido entre los años 2003 a 2013. Igualmente doctrina nacional e internacional sobre la materia contenida en libros y revistas de carácter jurídico.

Las sentencias y la jurisprudencia son apenas una pieza dentro de ese gran engranaje que es el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esas piezas tampoco tienen un valor único, absoluto y equidistante dentro del conjunto. A veces una sentencia puede tener más valor que una Ley, como en el caso de una sentencia de inconstitucionalidad por ejemplo; pero otras veces no. Los jueces ya no son considerados como otrora la boca que pronuncia la Ley. La labor interpretativa de los jueces se hace cada vez más necesaria, dinámica y trascendental. El ordenamiento jurídico, todo ordenamiento tiene por utopía esas tres características de la unidad, coherencia y plenitud y el alcance, por lo menos lo aproximado de estos fines no sería posible sin el trabajo de los jueces. La superación de las antinomias, de las lagunas y la mirada sistemática del derecho es una labor que en un altísimo porcentaje es llevado a cabo por estos también.

Con relación a la carga dinámica de la prueba y la administración de la carga de la prueba como una potestad para el juez acogida por el nuevo código general del proceso, Ley 1564 de 2012, se concluye que aunque favorece los intereses del proceso para facilitar su pronta resolución, puede contrariar los intereses de las partes. Implica al juez alejarse de su imparcialidad y además endilgarle a una parte el deber de aportar prueba sobre un hecho es en ocasiones obligarle a contrariar sus propios intereses en el proceso. Para garantizar que se preserve la imparcialidad del juez y no se afecten los intereses de las partes con la administración de la carga de la prueba, se encontraron dos herramientas para el juez: la primera es la posibilidad de las partes de contradecir el decreto de pruebas y la posibilidad posterior de contradecir el haber probatorio, pues resolviendo el recurso u objeción que presenten las partes, deberá dar cuenta y esclarecer los motivos y fundamentos que originaron la administración de la carga de la prueba, o referirse a la valoración de la misma. La segunda herramienta son las diferentes reglas de derecho de orden jurisprudencial, constitucional y legal sobre la administración de la carga de la prueba. Estas pautas permiten al fallador aplicar supuestos jurídicos como base para la administración de la prueba y no únicamente su apreciación sobre las circunstancias particulares del caso,

Se concluye entonces que el papel de la jurisprudencia es protagónico en el desarrollo de reglas de derecho sobre la administración de la carga de la prueba, pues por referirse la jurisprudencia a hechos particulares y a situaciones concretas, reiteradas estas circunstancias especiales, resulta de fácil aplicación la administración de la prueba para el fallador, por lo cual en lo sucesivo deberán las altas cortes referirse más a las reglas de derecho para la administración de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiar, J. (1957). *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo 1 (Trads. Juan Agustín Moyano e Ignacio Moyano). México: José M. Cajica.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Canosa, U. (2012). Código general del proceso. Aspectos probatorios. En: XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.

Código Civil Francés. s.p.i.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 7 de abril de 2011. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero 2011. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Referencia: Expediente No. 18437.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de julio de 1992. Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente No. 6897.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Referencia: Expediente No. 17512.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 11.169.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2005. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Referencia: Expediente No. 13253.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2004. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Referencia: Expediente No. 25416.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2005. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Referencia: Expediente No. 15276.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 15772.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Referencia: Expediente No. 14786.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Referencia: Expediente No. 13330.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 10 de Febrero de 2000. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 11878.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 01 de julio de 2004. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Referencia: Expediente No. 25416.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 07 de febrero de 2011. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00587-01(34387).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Expediente 20836.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Referencia: Expediente No. 18364.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 1992. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Referencia: Expediente N^o. 6754.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. Magistrado ponente: Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente 5902.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Magistrado ponente: Danilo Rojas Betancourth. Expediente 30283.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2005. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Referencia: Expediente No. 13542.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto 2010. Consejero ponente: Gladys Agudelo Ordoñez. Referencia: Expediente No. 18576.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2007. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Referencia: Expediente No. 28106.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de enero de 2008. Consejero ponente: Eduardo López Villegas. Referencia: Expediente No. 30621.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Referencia: Expediente No. 15725.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Referencia: Expediente No. 24986.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 05 de abril de 2013. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Referencia: Expediente No. 25887.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-360 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Referencia: Expediente T-168937 y acumulados.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-173 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2008. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería. Referencia: Expediente T-1774325.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2010. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-820 de 2008. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-845 de 2006. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-999 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1938, (XLVI, 560-565). Referencia encontrada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Referencia: Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Cadena en sentencia de 19 de diciembre de 2005. Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar. Ref.: expediente de casación 7756.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Referencia: Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2013. Magistrado ponente: Ruth Marina Díaz Rueda. Referencia: Expediente No. 11001-31-03-018-2005-00488-01

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de febrero de 1955 (LXXIX, págs. 479-484). Referencia encontrada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009.

Magistrado ponente: William Namén Vargas. Referencia: Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 30 de mayo de 1941, 18 de agosto de 1941 (LI, 188) y 19 de junio de 1942. Referencia encontrada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Referencia: Expediente No. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Expediente No. 11001-3103-018-1999-00533-01

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968. Magistrado ponente: Hinestrosa, G.F., T. CXXIV. Nos. 2297 a 2299.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Magistrado ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Ref.: 76001-3103-002-1999-01502-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de julio 2010. Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No. 41001-3103-004 2000-00042-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No. 1100131030131999-08667-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001. Magistrado ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Referencia: Expediente No. 5507.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de septiembre de 2002. Magistrado ponente: Nicolás Bechara Simancas. Referencia: Expediente N^o. 6199.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de septiembre de 2002. Magistrado ponente: Nicolás Bechara Simancas. Referencia: Expediente No. 6143.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de enero 2008. Magistrado ponente: Edgardo Villamil Portilla. Exp. No. 11001-3103-037-2000-67300-01

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de septiembre de 2011. Magistrado ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Referencia: C-0500131030092002-00445-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de agosto de 2012. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco. Rad.: 2006-00712-01.

Colombo, L. (1947). *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*. Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora Argentina.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011 (enero 18). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 del año 2012. Código general del proceso.

Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan en materia de ética médica.

Congreso de la República de Colombia. Ley 73 de 1988 y Decreto 2493 de 2004. Por la cual se dictan disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos.

Contreras, G. (2005). *Código civil colombiano*. Bogotá, Colombia: Leyer.

Correa, R. (2012). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Colombia: Leyer.

Devis Echandía, E. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá, Colombia: Temis.

Freitas Drumond, J. (2008). *Derecho médico sanitario (I). Actualidad, tendencias y retos*. Bogotá, Colombia: Universidad el Rosario.

Homero. *La odisea*. Bogotá, Colombia: Panamericana.

Isaza, J. (2009). *Introducción a la responsabilidad civil*. En IV curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Recuperado de http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_09_induccion_a_la_responsabilidad_civil.pdf

- Jaramillo, C. (2006). *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de derecho penal*, Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Lorenzetti, R. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mazeaud, H. & Mazeaud, J. (1969). *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, Vol. II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. (Luis Alcalá Zamora y Castillo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa.
- Molina, C. (2005). *Temas de derecho administrativo*. (Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez, Eds.). Bogotá, Colombia: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Montealegre, E. (1988). *La culpa en la actividad médica*. Monografías de Derecho Penal. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Montoya, M., Montoya, G. (2007). *Las personas en el derecho civil colombiano*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Ospina, G. (1994). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Parra, J. (2012). *Reflexiones sobre algunos aspectos importantes del código general del proceso*. En XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.

- Parra, M. (2004). *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Pérez, C. (2013). Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. En *Justicia y Derecho, 1*, s.p.
- Presidencia de la República de Colombia. (1981). Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981 por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.
- Quintero, M. (2012). *La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del estado. (Una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado)*. (Tesis de Maestría). Universidad del Rosario, Bogotá.
- Saavedra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sagan, C. (2000). *El mundo y sus demonios. La ciencia como una luz en la oscuridad* (Trad. Dolors Üdina). Bogotá, Colombia: Planeta.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Tamayo, J. (2011). *Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Medellín, Colombia: Díké.
- Yagüez, R. (1995). *Algunas reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid, España: Civitas.