EVALUACIÓN DEL IMPACTO ECONOMICO GENERADO AL ESTADO POR LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EXTRACONTRACTUAL EN EL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO EN LOS AÑOS 2001-2008.

BROCHERO MARYORIS

CAÑA RUBY

NEIS MARTINEZ

WILLIAM VILLALBA

Asesor de Tesis

ROBERTO JIMÉNEZ

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA RAFAEL NÚÑEZ

Facultad de Derecho

Derecho Público

Barranquilla

2009.

TABLA DE CONTENIDO

Paginas

INTRODUCCION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA----------5

2. OBJETIVOS----------9

2. 1. OBJETIVO GENERAL----------9

2. 2. OBJETIVOS ESPECIFICOS----------9

3. IMPACTO INTERNO----------11

4. REFERENTES TEÓRICOS----------12

4.1. MARCO REFERENCIAL----------12

4.2. MARCO HISTORICO----------13

4.2.1. Evolución de la Responsabilidad Extracontractual----------13

4.2.2. Responsabilidad Médica extracontractual en América----------14

4.3 MARCO CONCEPTUAL----------15

Acción de Repetición----------15

Falla Presunta del Servicio Médico----------16

Falla Probada del Servicio Médico ----------16

Galeno----------16

Indemnización----------16

Lex Artis médica----------17

Responsabilidad----------17

Responsabilidad Médica----------17

Responsabilidad Objetiva----------18

Responsabilidad Profesional----------18

4.4. MARCO TEORICO----------18

4.4.1. Teoría que niega la Responsabilidad del Estado----------19

4.4.2. Teoría que admite la Responsabilidad Estatal----------19

4.4.3. Teoría general de la Responsabilidad Civil----------20

4.4.4. La Teoría de la carga Dinámica de las Pruebas----------20

4.4.5. Teoría de la Pérdida de la Oportunidad----------21

4.4.5.1. Reparación de la pérdida de oportunidad----------22

4.4.6. Teoría Publicista----------24

4.4.7. Teoría de los Derechos Adquiridos----------24

4.4.8. Teoría del Seguro Contra el Riesgo Social----------25

4.4.9. Responsabilidad Indirecta del Estado En Colombia----------25

4.4.9.1. Critica a la Responsabilidad Indirecta del Estado----------25

4.4.10. Eximentes de Responsabilidad Estatal----------26

4.4.11. Teoría del nexo causal----------26

4.4.12. Falla médica en procedimiento quirúrgico ----------30

4.4.13. Implicaciones de la Responsabilidad Médica Extracontractual en el Derecho Positivo Colombiano----------31

Derecho constitucional----------31

Derecho Administrativo----------31

Derecho Penal----------32

Derecho Disciplinario----------33

Desde el punto de vista Ético–Médico----------33

4.5. MARCO LEGAL----------34

Constitución política de Colombia de1991----------34

Leyes----------35

Jurisprudencia----------37

5. METODOLOGIA----------41

5.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN ----------41

5.2. AREA DE ESTUDIO ----------41

5.2.1. Población ----------42

5.2.2. Muestra----------42

5.3. FUENTES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN ----------42

5.3.1. Primarias. ----------43

5.3.2. Secundarias ----------43

5.4. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN ----------43

6. IMPACTOS Y RESULTADOS ESPERADOS----------44

7. RESULTADOS Y DISCUSIONES----------45

8. RECOMENDACIONES----------49

9. CONCLUSIÓN----------52

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

INTRODUCCION

Inicialmente es necesario resaltar o expresar que en la lógica de las cosas el error se percibe en cualquier actividad humana y la rama de la medicina no es la excepción, es mas, es aquí donde encontramos gran cantidad de errores que están relacionadas muchas veces con la muerte de los pacientes.

Pero el derecho a equivocarse es también una responsabilidad que asume el individuo. Sin embargo, en el caso de la medicina se presume que quien la practica es un profesional a quien se le exige una experiencia y una categoría, máxime cuando lo que debe proteger es nada más y nada menos, que la vida de un ser humano.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la responsabilidad como "la obligación de reparar o satisfacer, por si o por otro, como consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal"[1]. Teniendo en cuenta como premisa la definición antes señalada y para ser más exactos con el rigor jurídico que el concepto de responsabilidad merece, podemos decir que la responsabilidad es la asunción de los efectos jurídicos por una conducta impropia,

[1] DICCIONARIO. Real Academia de la Lengua Española. Ediciones Santillana. Barcelona 2007. p. 616.

que causa un detrimento patrimonial o extrapatrimonial pero económicamente apreciable a la víctima o sujeto pasivo de dicha alteración, con la consecuente obligación del victimario de resarcir tales perjuicios.

Adentrándonos en el tema, la responsabilidad por causa o con ocasión de los servicios médicos y de salud a cargo del Estado, es una de las problemáticas más interesantes que se debaten en el escenario de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En su definición puede identificarse una evolución jurisprudencial, que toma como punto de partida la teoría de la falla y/o falta en la prestación del servicio público de salud, en virtud de la cual se reconoce la existencia de una obligación de medio en la prestación del servicio médico, es aquí donde se hace necesario marcar una diferenciación entre la falla presunta del servicio y la falla probada del servicio, estás en el contexto que se desarrollan en este trabajo investigativo.

El tema de responsabilidad extracontractual estatal ha venido evolucionando a través de los tiempos y ello se ha querido plasmar en el marco histórico.

De igual forma en el adelanto de este trabajo académico de grado se alistaran dentro del marco teórico, las teorías, doctrinas y jurisprudencias más recurrentes o usadas en materia de responsabilidad estatal por fallas médica, entre las que figuran la teoría general de la responsabilidad civil, que es la base de donde se

debe partir para poder llegar a una responsabilidad específica como lo es la responsabilidad estatal; también se explica de forma clara siguiendo las orientaciones del máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la teoría de la carga dinámica de las pruebas y la teoría francesa de la perdida de la oportunidad entre muchas otras que se desarrollan ampliamente en el libelo.

Por ser este ante todo un Estado de Derecho es obligatorio aludir a las disposiciones jurídicas que sustentan la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, así como la responsabilidad para el facultativo de la ciencia medicas por la vulneración a la lex artis médica. Es así como se han incluido las disposiciones positivisadas que giran alrededor del tema partiendo jerárquicamente del articulo 90 de la Carta Política de Colombia, hasta llegar a la jurisprudencia del Consejo de Estado que en principio no obliga a los jueces pues teóricamente es un criterio auxiliar de interpretación jurídica; pero debido al tratamiento de la responsabilidad estatal por fallas médica extracontractual, es la jurisprudencia del Consejo de Estado la llamada a orientar las decisiones de los jueces administrativos, de allí su amplia utilización en el marco legal de este trabajo de grado.

Cuando se acciona contra el Estado por la falla del servicio médico, el instrumento o herramienta jurídica es la Acción de Reparación Directa, junto con las acciones propias de la repetición encaminadas a que el garante soberano recupere lo pagado por la conducta del galeno.

No se puede desconocer que para tener un conocimiento científico del tema se hace necesario adelantar un proceso metodológico y contar con un método de aprehensión cognitiva, es por ello que este escrito se orienta bajo los lineamientos de la investigación socio-jurídica y desarrolla un método interdisciplinario, toda ves que la responsabilidad de un médico al servicio del Estado, puede llegar hacer Civil, Penal y, Administrativa, en lo que a conductas disciplinaria se refiere en el Tribunal de Ética Médica.

De la mano con el método interdisciplinario también se desprende un método analítico propositivo, ya que se analiza el objeto de estudio a través de la observación para dar paso a la proposición de soluciones.

Siguiendo los lineamientos metodológico propuestos, se han trazado una serie de objetivos específicos en caminados a la consecución de un objetivo general que facilitará la culminación de esta investigación, esto será apreciable en el acápite correspondiente.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Estado es el llamado a prestar los servicios públicos muchos de los cuales son esenciales tal como el de la salud. Sin embargo, cuando en la prestación de estos servicios se produce un perjuicio a los asociados ya sea por fallas o faltas en dicho servicio el Estado deberá responder pecuniariamente por los daños materiales, morales y hasta por los daños a la vida de relación"[2] como lo denominan los franceses y que en nuestra ámbito jurisprudencial se conceptualiza como daño fisiológico.

Cada vez son más los casos en que el Estado debe patrimonialmente asumir el daño causado por los médicos que laboran en las instituciones públicas prestadoras del servicio de salud.

El error humano en el desarrollo de las actividades relacionadas con las ciencias de la salud, hacen que la denominada Responsabilidad Médica extracontractual tome cada día más importancia.

Los aspectos legales del acto médico se tornan confusos, complicados e inciertos

---

[2] El daño a la vida de relación es de creación francesa y nuestro derecho administrativo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado la a adoptado bajo la denominación de daño fisiológico.

tanto para los profesionales de la salud como para las mismas personas encargadas de impartir justicia en los campos: penal, civil, administrativo y ético disciplinario. Por consiguiente, la ley dispone reglas que obligan al profesional de la salud y a las instituciones a responder por los daños ocasionados a los pacientes, o usuarios - clientes, como son llamadas ahora las personas que son atendidas por las entidades prestadoras del servicio público de salud.

Algunos de los galenos que prestan sus servicios en hospitales y de más instituciones prestadoras de salud en el Departamento del Atlántico han visto comprometida su responsabilidad y la del Estado debido a su impericia o imprudencia y hasta negligencia, en algunos casos, se han causado lesiones personales y hasta homicidios culposos en la persona del paciente, quizás debido a un mal diagnóstico, o un procedimiento quirúrgico defectuoso o aplicación de medicamentos equivocados, dosis insuficientes o excesivas y hasta por el llamado "paseo de la muerte"[3], en fin, son múltiples e inagotables las razones por las que un médico puede ver comprometida su responsabilidad y la del Estado para resarcir los perjuicios creados por él, pero la responsabilidad asumida por el Estado se dará siempre y cuando al facultativo se le pruebe que actuó con dolo o con culpa grave.

Debido al desmejoramiento patrimonial que se le ocasionaba al fisco a raíz de la

---

[3] BERNAL MARÍN Iván. "Cuidados intensivos, otro, paseo de la muerte". El Heraldo. Barranquilla 7 de julio de 2008.

responsabilidad médica surge la llamada acción de repetición consagrada en la ley 678 de 2001 que busca proteger el erario público. Con dicha acción se pretende que el funcionario público, en este caso el médico, compense al Estado por lo que se pagó por él como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa.

Debido a las crecientes demandas de reparación directa por fallas médicas se hace urgente el análisis o estudio concienzudo del por ué y de los impactos que se generan en el Departamento del Atlántico por este fenómeno, así como el detrimento patrimonial por tal responsabilidad extracontractual.

Son diversos los fundamentos por los cuales se da gran importancia al tema para su estudio, hoy día son muy frecuentes los procedimientos quirúrgicos tendientes a resolver un problema de salud que debe derivar en mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, pero, aún así, las arbitrariedades que a la fecha se cometen son innumerables, poniendo en tela de juicio la vigilancia que ejercen las entidades encargadas de este tipo de práctica y de instituciones prestadoras del servicio de salud donde los facultativos ejercen los actos propios de la medicina.

Debido a que el bien jurídico lesionado es la vida y la integridad física- psicológica del paciente, es relevante conocer lo relacionado con el impacto que se genera al núcleo familiar de la víctima o afectados, así como al Estado y como trabajar este fenómeno con el fin de frenar este tipo de anomalías en el sector salud del Departamento del Atlántico a partir de la entrada en vigencia de la ley 678 del año

2001, que consagra la llamada Acción de Repetición, ejercida esta por el funcionario estatal, como un procurador delegado ante el tribunal Administrativo y ante los Jueces Administrativos del Atlántico entre otro.

En este mundo cambiante donde la legislación, los adelantos de la ciencia y la tecnología repercuten en las actividades humanas, la actividad médica no está exenta de ese efecto. Los riesgos implícitos en el acto médico no han variado, más aun cuando cada día aparecen nuevas enfermedades y complicaciones, y con ellas nuevas tecnologías que enfrentan al cuerpo médico con decisiones vitales y dilemas de índole sociológico, político, psicológico, creencias religiosas y aspectos éticos. Por ello surgen algunos interrogantes como por ejemplo ¿Es siempre el Estado responsable extracontractualmente por la mala praxis del facultativo a su servicio? ¿Existen limitantes a la acción de repetición? ¿Desde la entrada en vigencia de la ley 678 de 2001 cuantos caso de repetición se han dado en el Departamento del Atlántico en estos últimos 8 años? ¿Exime realmente de responsabilidad al médico y al Estado según el caso, cuando se firma el Consentimiento Informado?

Los anteriores son interrogantes que surgen sobre el tema de la responsabilidad médica extracontractual del Estado, pero el problema que se pretende analizar y evaluar es ¿Cuál ha sido el impacto económico que se le ha generado al Estado por causa de la responsabilidad médica extracontractual en el Departamento del Atlántico en los años 2001 al 2008?

2. OBJETIVOS

2. 1. OBJETIVO GENERAL

- Evaluar el impacto económico generando al Estado la Responsabilidad Médica extracontractual en el Departamento del Atlántico en los años 2001-2008.

2. 2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Conocer el campo de aplicación jurídica de la responsabilidad médica en el departamento del atlántico.

- Identificar los casos de responsabilidad medica extracontractual que son de conocimiento de los juzgados administrativos de barranquilla.

- Indagar si el Estado o las entidades públicas, cuando las condenas logran recuperar los dineros cancelados a los demandantes.

- Reconocer en que casos se aplica el llamado en garantía y si es realmente utilizado por el ministerio publico.

- Conocer los costos económicos que por concepto de indemnización debe cancelar el Estado en el Departamento del Atlántico desde el año 2001-2009 por causa de la responsabilidad médica.

3. IMPACTO INTERNO

Teniendo cuenta que la Corporación Universitaria Rafael Núñez entre sus ideales propende por la formación integral del estudiantado en procura de crear en ellos un espíritu acucioso, por motivos de dicha formación es que se lleva a cabo la presente tarea investigativa.

Nuestro trabajo de grado va dirigido a ampliar los conocimientos en materia de responsabilidad médica extracontractual del Estado Colombiano, para que aquellos estudiantes que pretendan adelantar posteriores investigaciones sobre el tema en mención tengan una fuente de apoyo y consulta práctica actualizada a la fecha de culminación.

Esta investigación permite a los estudiantes de pregrado de la facultad de derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez tener una visión real y jurídica de la problemática de atención en salud que padecen los atlanticenses.

Debido a la pertinencia del tema, este escrito se convierte en un manual de consulta práctica si se pretende asumir negocios de responsabilidad médica en la jurisdicción contenciosa administrativa.

4. REFERENTES TEÓRICOS

4.1. MARCO REFERENCIAL

Si bien el tema que se pretende desarrollar no es nuevo, sobre él se han realizado contados estudios e investigaciones académicas como monografías de grado en las facultades de derecho del país, por aludir a alguna de ellas se puede mencionar la monografía de grado para optar al titulo de abogado realizada por los doctores Carolina Sánchez y Carlos Gonzáles de la universidad Javeriana en el año 2002 cuyo tema fue “aproximaciones a una nueva visión de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en materia de salud”. La cual sirvió de apoyo referencial en algunos apartes para esta investigación.

De igual manera fue de gran utilidad el trabajo monográfico de la doctora Olga victoria Domínguez titulada “Responsabilidad médica en la legislación y jurisprudencia nacional de la universidad Pontificia Javeriana, del año 1983.

También fue necesario y útil los referentes teóricos plasmados en la investigación desarrollada por el doctor Wilson Ruiz Abogado de la Universidad Libre de Cali, candidato a doctor en la Universidad de Barcelona. Profesor de la Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana-Cali. Cuyo tema es “la

responsabilidad civil del médico" del año 2005. De la cual se extrajeron pensamiento claves.

Se consultaron otras investigaciones, pero las arribas referidas fueron las más relevantes como referentes para nuestra investigación.

4.2. MARCO HISTORICO

4.2.1. Evolución de la Responsabilidad Extracontractual. Estudiando las manifestaciones del Derecho antiguo se observa que en los tiempos primitivos no existió idea alguna de obligación y responsabilidad, sólo donde se ocasionaba daño surgía la venganza como "compensación y ella se ejercía en nombre del lesionado, de la colectividad y de Dios y en la aplicación del castigo intervenía el individuo, el grupo, la familia, la tribu o la comarca"[4].

A esta primera práctica siguió la ley del Talión, que consistía en infligir al ofensor o delincuente, una pena igual a la ofensa o delito cometido, como la personalización de la responsabilidad.

---

[4] DOMINGEZ OLGA, Victoria. Monografía de grado titulada "Responsabilidad médica en la legislación y jurisprudencia nacional" realizada en la Universidad Pontificia Javeriana, en el año 1983.

En Babilonia, existió veintitrés siglos antes de Jesucristo, el código de Hammurabi que preceptuaba en varios de sus artículos el castigo por un daño causado; así mismo el código de la Inquisición de Torquemada; no obstante la vida y las necesidades económicas determinaron el surgimiento del trueque y el precepto de la composición, el primero establece el pago del daño en especie o moneda; la composición podía ser voluntaria o legal. Voluntaria si el perjudicado determinaba personalmente la suma con la cual debía satisfacerse el daño; y legal, cuando era la autoridad del rey o del pater-familias quien las regulaba.

Desde la antigüedad el Derecho Romano distingue dos categorías de daños: los que nacen de un delito público y los que surgen de un delito privado; donde el Estado no persigue el castigo del agente del daño, le corresponde al ofendido hacerlo; en este momento histórico la ley de las XII tablas representa una época de transición entre la composición voluntaria y la composición legal obligatoria; "el Derecho Romano jamás pudo liberarse de la idea de hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización"[5].

El concepto jurídico que tenemos hoy de responsabilidad no surgió, sino en años recientes.

4.2.2. Responsabilidad Médica extracontractual en América. En la esfera jurídica el primer caso que se llevo a proceso por responsabilidad médica surgió

[5] Ibídem 4.

en Argentina, en 1598, un comerciante español, se presenta ante el capitán y gobernador de Córdoba denunciando que un licenciado, Telles de Rojo, le había tratado nueve de sus esclavos por estar enfermos, de los cuales habían fallecido cinco. Entonces decía que venía a exigirle que le indemnizara por la muerte de cada esclavo porque había sido culpa de él que fallecieron todos y cada uno de ellos, porque en lugar de darles calor, como necesitaba su patología por tener un dolor y una puntada de costado y este les había dado frío y prescrito que les hicieran dos sangrías por día cuando no les tenían que hacer ni una por año. Por lo anterior es de conocerse que no es nuevo llevar a un médico hasta los estrados judiciales, y que a la fecha en Colombia se han logrado condenas solo hasta años muy recientes.

4.3 MARCO CONCEPTUAL

Acción de Repetición: se entiende por acción repetición en el contexto que estamos desarrollando como "una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse contra el servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto".[6]

---

[6]. Art.2, ley 678 de 2001.

Falla Presunta del Servicio Médico. "Siempre que en e lenguaje jurídico colombiano, más concretamente en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se hable utilizando el calificativo de "presunta" en la falla del servicio médico se esta aludiendo a la responsabilidad del profesional de la medicina; al médico"[7].

Falla Probada del Servicio Médico. "Cuando se habla de falla probada del servicio médico, se alude es al sistema de salud, a la responsabilidad hospitalaria, más no al galeno"[8]. Quien quizás puso todo su cuidado pero el error es del hospital, quizás por falta de insumos, entre otros.

Galeno: es el profesional de la medicina, que a través de este escrito también lo denominaremos facultativo o médico.

Indemnización: "se entiende por indemnización, la compensación económica que se debe dar a quien a sufrido un daño, quien lo sufre se le denomina, víctima, dicha compensación económica también puede dársele a los afectados de la víctima; hay lugar a la indemnización cuando no se tenia el deber jurídico de soportar el daño que se ha ocasionado"[9].

---

[7] CONSEJO ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. 24 de julio de 1992. Consejero Ponente. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. No. 6754.
[8] Ibídem. P. 28.
[9] DICCIONARIO. Real Academia de la Lengua Española. Ediciones Santillana. Barcelona 2007. p. 382.

Lex Artis médica: son "los protocolos o patrones de conductas que el médico debe seguir siempre que ejerce su actividad profesional, de allí se determina en gran parte que el médico no observó el protocolo por ende es administrativamente responsable".[10]

Responsabilidad: "Desde un punto de vista jurídico, la responsabilidad es la obligación de responder por nuestros actos cuando ellos han ocasionado un daño. De modo que hay responsabilidad cada vez que un sujeto de derecho está obligado a reparar el daño sufrido por otro. Es por tanto una relación entre dos sujetos de derecho, y que se resuelve en último análisis en una obligación de reparar"[11]

Responsabilidad Médica: "La Responsabilidad Médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión. Es decir, el médico que en el curso del tratamiento ocasiona por culpa un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la Responsabilidad"[12]

---

[10] Fundación del Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Revista-concepto P. 2. Disponible en http://www.fundacion- icomem.org/pdf.
[11] Centro de investigación Simón Rodríguez. Diccionario jurídico. Ediciones esquilo. 2004.
[12] DOMÍNGUEZ Victoria. "responsabilidad Médica en la Legislación y Jurisprudencia Nacional". Bogota. Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de derecho. 1983. tesis.

Responsabilidad Objetiva: “Esta responsabilidad también se le conoce con el nombre de responsabilidad de pleno derecho o responsabilidad por riesgos creados o responsabilidad por riesgo-provecho. En la cual no se tiene en cuenta si hay o no intención por parte del sujeto de producir el resultado dañoso (dolo o culpa), más bien se tiene en cuenta la mera causalidad material”[13], esta clase de responsabilidad objetiva es de amplio uso en el derecho civil del cual se tomara como referencia.

Responsabilidad Profesional: “La responsabilidad profesional refiere a esa misma obligación de reparar los daños, cuando ellos fueron producidos en el curso de una determinada actividad profesional. Dentro de esta, la responsabilidad médica es la que surge específicamente del daño provocado por un acto médico o, más en general, de un hecho asistencial”[14].

4.4. MARCO TEORICO

La responsabilidad del Estado por fallas médicas que le son imputables es de desarrollo mayoritariamente jurisprudencial y de contadas doctrinas. De la jurisprudencia nos ocuparemos en el acápite del marco legal que corresponde, en

[13] VALENCIA ZEA Arturo. Derecho Civil Obligaciones. Temis. Novena Edición. Bogota 1998.p. 165
[14] Ibídem. P. 191

este momento nos centraremos en las diferentes teorías que se dan al rededor del tema.

4.4.1. Teoría que niega la Responsabilidad del Estado: el Estado como soberano siempre ha pretendido evadir su responsabilidad, es así, como surge esta teoría o sistema que "se fundamenta en la idea de la soberanía del Estado, siendo ésta la facultad de imponerse ante todos sin compensación, el Estado que se identifica con el príncipe no tendrá que responder de nada ante los hombres, sino ante Dios, en razón del poder del cual lo ha investido"[15].

Esta teoría está en un total desuso, máxime que el actual ordenamiento jurídico orientado por la Carta política de 1991, consagra la llamada "responsabilidad patrimonial del Estado"[16] como se analizará detenidamente más adelante.

4.4.2. Teoría que admite la Responsabilidad Estatal: con la intención de frenar las advirtrariedades estatales es así como surge esta teoría y "entre los juristas que afirman que el Estado es responsable por lo que hagan sus servidores, se halla el criterio objetivo de León Blum, comisario ante el Consejo de Estado Francés, quien sostiene que el Estado será responsable ante sus asociados de todo los perjuicios que ocasionen sus agentes"[17]

---

[15] GARCIA M Álvaro. Derecho administrativo. Ediciones Ediculco. Bogota. 1979. p. 246.
[16] Constitución política de Colombia de 1991 Art. 90.
[17] GARCIA. Op. Cit. P. 247

En Francia de donde procede nuestro actual derecho administrativo, se desarrolla una responsabilidad estatal amplia donde no solo el Estado asume los daños que produzcan sus agente, "sino que además cuando un particular sufre robo, estafa, o abuso de confianza y si dicha víctima no pude obtener una reparación suficiente, el Estado tiene la obligación de indemnizarlo como lo ha establecido la llamada ley de seguridad y libertad del 2 de febrero de 1981"[18]

4.4.3. Teoría general de la Responsabilidad Civil: esta teoría tiene dos polos uno subjetivo y el otro objetivo, en la responsabilidad subjetiva el elemento culpa, es el requisito fundamental para darse tal responsabilidad; y en la responsabilidad objetiva, se prescinde del elemento culpa, se tiene solamente en cuenta la causalidad material, esta clase de responsabilidad ha sido desarrollada en forma eficaz por los doctrinantes civilistas, los principales exponentes de esta teoría objetiva o teoría de los riesgos han sido: en Alemania, Binding, Unger, Mataja, Merkel, Rümelin; en Italia, Orlando; en Francia, Saleilles, josserand, Savatier, entre otros.

4.4.4. La Teoría de la carga Dinámica de las Pruebas: Ha dicho la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado: "... 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

[18] VALENCIA, Op. Cit. P. 185.

que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva."[19] 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.

En síntesis, puede afirmarse que, en muchos eventos, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para este acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.

4.4.5. Teoría de la Pérdida de la Oportunidad. Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad", que en La doctrina francesa, la han denominado la perte d'une chance.

[19] CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de julio de 1992, M.p. Daniel Suárez Hernández. exp. 6897.

En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando esta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa.

4.4.5.1. Reparación de la pérdida de oportunidad. La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil médico-sanitaria es, en buena medida, mérito del Profesor Joseph H. KING, quien en un trabajo pionero apuntó la necesidad de estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido (Valuation). En este trabajo la doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél diligentemente.

Así, imaginemos un caso en que el facultativo no diagnostica que el paciente sufre un cáncer sino cuando ya ha devenido inoperable y que, aún detectado a tiempo,

el paciente sólo hubiera tenido un 30% de probabilidades estadísticas de sobrevivir. Según la postura tradicional del Common Law, conforme a la cual el demandante debe demostrar que con un diagnóstico a tiempo la supervivencia del paciente era más probable que su muerte, con bastante seguridad no se daría compensación alguna, pues dada la reducida expectativa de supervivencia aún con un diagnostico temprano no se satisfacería el umbral de certeza del 51%. En estos casos, además, la preponderancia de la prueba apunta en sentido contrario, dado que existe una elevada probabilidad (70%) de que la muerte del paciente se deba al cáncer que padecía.

Sin embargo, una aproximación más racional permitiría al demandante una compensación por la pérdida de oportunidad. Si bien en la mayoría de casos no será posible demostrar que la negligencia médica fue la causa de la muerte o del empeoramiento de la salud del paciente, sí será posible acreditar que dicha negligencia le privó de una oportunidad de curarse igual al 30%8. Con ello se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria

Si bien los mayores desarrollos provienen recientemente del derecho de daños, la doctrina se originó en el derecho de contratos, que concedió a la demandante, una de las cincuenta finalistas de un concurso de belleza, una indemnización por la pérdida de oportunidad de optar a uno de los doce premios como consecuencia de no serle notificado por el demandado el día en que se celebraba la final.

4.4.6. Teoría Publicista: "Una importante corriente de derecho público, acogiendo los principios de la concepción solidarista del Estado, dedujeron su responsabilidad sobre la base del servio público dando lugar con ello a la formación de la llamada teoría publicista, en la cual los elementos esenciales generadores de la responsabilidad son los mismos de la otra teoría, pues su presencia se deriva de la naturaleza misma de las cosa de tal manera que siempre ha de haber un perjuicio sufrido; imputable al poder público y, una relación de causa y efecto entre el hecho o acto y el daño sufrido "[20].

Para esta teoría la responsabilidad del Estado se estructura principal y primariamente por la falta de servicio público y, subsidiariamente por el riesgo administrativo por el enriquecimiento sin causa.

4.4.7. Teoría de los Derechos Adquiridos: Esta teoría de Gierke puede considerarse como uno de los primeros intentos de fundamentación de la responsabilidad del Estado: teoría seguida por antiguo fallos del Tribunal del Imperio Alemán y del Tribunal Federal Suizo.

Esta teoría se fundamenta en el principio de derecho natural de la inviolabilidad de los derechos adquiridos, según el cual toda vez que se produzca un perjuicio a una persona en violación de sus derechos, nace contra el Estado un derecho a indemnización, si es que la misma ley no ha fijado el resarcimiento.

---

[20] CARCIA M Álvaro. Derecho Administrativo. Ediculo. 1979. Pagina 442. Párrafo 1.

4.4.8. Teoría del Seguro Contra el Riesgo Social: "Duguit tomó como punto de partida un criterio objetivo del riesgo, ajeno a toda idea de culpa e ilegalidad, sobre el cual constituyo un sistema jurídico consistente en un seguro contra el riesgo social, proveniente del funcionamiento de los servicios públicos"[21].

Deguit parte del presupuesto de que no puede tratarse de un problema de imputabilidad, sino de saber cuál es el patrimonio que debe soportar, efectivamente, el riesgo inherente a la actividad estatal.

4.4.9. Responsabilidad Indirecta del Estado En Colombia: Esta fue la responsabilidad inicial de las personas morales de derecho privado y público, a causa de la culpa cometida en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Se fundó en el principio de la culpa in eligendo y en el de la culpa in vigilando.

La primera aplicación de esta tesis la encontramos en la sentencia de fecha del 20 de agosto de 1898 y este fue el criterio predomínate hasta el 20 de agosto de 1939, por parte de la Corte Suprema de Justicia.

4.4.9.1. Critica a la Responsabilidad Indirecta del Estado: La responsabilidad indirecta del Estado se critica toda vez que el soberano no siempre tiene la libertad

[21] Ibídem. Pagina 454. Párrafo 2-4.

de escoger sus agentes, ya que algunos le son impuestos a través de elecciones, lo que significa que el Estado no escoge mal. Y desde la óptica de la vigilancia se argumentó que el Estado no puede tener un agente detrás de cada funcionario vigilándolo.

Pero estas críticas fueron subsanándose cuando la Corte el 21 de agosto de 1939, dijo que la responsabilidad indirecta del Estado no es la que corresponde exactamente a la responsabilidad extracontractual, sino que ella se debe fundamentarse en el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos

4.4.10. Eximentes de Responsabilidad Estatal: "Si bien es cierto que el Estado es responsable pecuniariamente por los daños que ocasione por las fallas o faltas del servicio, en este caso del servicio público de salud, también es importante a clara que dicha responsabilidad es limitada cuando se producen tres situaciones que nuestro ordenamiento jurídico contempla las cuales son a saber : a) cuando media culpa de la víctima; b) cuando es producto de un hecho de terceros; y c) cuando se da la fuerza mayor y el caso fortuito. Lo que se busca con estas tres hipótesis o situaciones, es romper el nexo causal entre el daño causado y la falla o falta del servicio"[22].

4.4.11. Teoría del nexo causal. Desde 1.992, el Consejo de Estado, con esporádicas intermitencias aplica la teoría de la falla presunta del servicio en

[22] CARCIA M Alvaro. Derecho Administrativo. Ediculo. 1979. pagina 475, párrafo 7.

materia médica. Desde entonces vengo fustigando esta teoría bajo el argumento central de que tras la falla presunta se esconde necesariamente una presunción de causalidad más gravosa que la de cualquiera responsabilidad objetiva. Pero el Consejo de Estado insiste en que el nexo causal en materia médica siempre debe probarse, que se trata de una obligación de medios, y que no es una responsabilidad objetiva.

Contra la apreciación del Consejo de Estado se diciente mucho toda vez que es un imposible práctico y lógico presumir el nexo causal y a renglón seguido afirmar que es necesario probar el nexo causal entre esa culpa presunta y el daño. Como el electricista que tiene que saber donde está el toma corriente del cual va a conectar el cable eléctrico para conducir la energía hasta la bombilla para producir luz, el demandante en cuyo favor se presume la falla del servicio, debe, según el Consejo de Estado, hallar la culpa que le permita demostrar que esta es la causa del daño. Ahora, si la falla es presunta, y no se identifica, es evidente que el nexo causal es de imposible demostración. ¿De qué le sirve al demandante una presunción de falla si debe probar el nexo causal, como lo afirma el Consejo de Estado? En la práctica, para poder probar el nexo causal hay que probar la culpa, pues de una causa presunta y desconocida es imposible probar un efecto. Científicamente el nexo causal exige probar la causa y el efecto. Supongamos que a la muerte de un paciente durante la operación concurren infinitos fenómenos causales (enfermedad, leyes fisiológicas, anestesia) entre los cuales puede estar la falla presunta del médico, que por ser presunta no se sabe si existió y en qué

consistió. Según las premisas del Consejo de Estado, se presume la culpa del médico, es decir es una culpa desconocida porque si se conociera sería una culpa probada.

Inexorablemente llegamos a una de estas conclusiones: o se afirma que la culpa presunta es una probabilidad preponderante de ser la causa del daño(lo que es imposible pues si la culpa no se conoce ni se sabe en qué consistió no puede ser probabilidad preponderante), pese a existir otras probabilidades realmente preponderantes y de sentido común como el caso del enfermo moribundo por un infarto que fallece durante la operación por salvarlo, operado por médico que se presume culpable, y entonces inventamos un nexo causal (dice un fallo del CÉ. de 24 de junio de 1.994 que esa culpa presunta, que no se conoce, es la causa de la muerte cuando por sentido común la probabilidad preponderante es el infarto fulminante), o se omite mencionar la prueba del nexo causal y se condena con base en la presunción como lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado y, entonces la responsabilidad médica es supra objetiva; o acudimos a la otra alternativa y se exige de verdad la prueba del daño, es decir una prueba de que hay una real probabilidad preponderante, es decir prueba de un nexo virtual entre culpa y daño (médico con pulmonía que opera a paciente que luego de la operación aparece con la misma enfermedad, que no padecía antes de ingresar al quirófano), y entonces para poder probar esa causa preponderante hay que llegar primero a demostrar la falla (que el médico imprudentemente operó estando infectado), lo que hace que la culpa presunta sin presunción de nexo causal sea

algo inútil. Y que si se prueba esa culpa, la presunción desaparezca. Es como si a uno le regalaran un carro en un país donde no se consigue gasolina. Mejor dicho: o se prueban culpa y nexo o se presumen los dos. No hay otra alternativa.

Ahora, el Consejo de Estado, muchas veces confunde la prueba del nexo causal entre el acto médico y el daño, con la prueba entre la culpa y el daño. En efecto, si un paciente fallece por anestesia, es claro que el comportamiento del médico fue la causa física de la muerte, pero ello no es prueba del nexo causal entre la culpa y la muerte, pues la culpa por ser presunta no se conoce.

Si se quiere guardar coherencia, es indispensable que se pruebe en qué consistió la culpa del médico al aplicar la anestesia, y que esa culpa es la causa de la muerte. Porque vuelve la pregunta: ¿Cómo hacer para conectar causalmente la culpa presunta y el daño si no se sabe en qué consistió esa culpa y mucho menos si ella existió? Contentarse con demostrar que el médico causó la muerte del paciente, por una culpa presunta que no se identifica, es nada más ni nada menos que aplicar una responsabilidad supra objetiva en todos los casos, sobre todo en aquellos, que son los más, donde la causa permanece indemostrable. Lo que caracteriza la responsabilidad objetiva es la simple prueba entre la conducta del demandado y el daño.

4.4.12. Falla médica en procedimiento quirúrgico. Consiste en la inobservancia del deber de cuidado debido en la realización de cirugías. En este evento, los daños antijurídicos se generan por errores propios del modo en que debía realizarse el procedimiento, por el olvido de materiales en el interior de los pacientes, por afectar órganos distintos a los sometidos a cirugías, por suministro de medicamentos inapropiados, por inadecuado manejo del procedimiento por parte del equipo médico, entre otras causas.

En responsabilidad médica, el título jurídico de imputación es la falla en el servicio, por lo tanto estamos ante un régimen de responsabilidad subjetivo. La falla del servicio, se define como el quebrantamiento de una obligación que está a cargo del Estado y su existencia se desprende del artículo 365 de la C. P., en la medida en que éste asigna al Estado la finalidad esencial de prestar los servicios públicos, lo cual supone que se presten adecuadamente y no en una forma defectuosa que termine generándole daños a los particulares.

La falla del servicio se ha manejado desde dos puntos de vista: la falla probada y la falla presunta. La primera es aplicable al régimen general de responsabilidad y la presunta a los regímenes de excepción. Para el caso de la responsabilidad médica, jurisprudencialmente se ha establecido la figura de la falla presunta, en la cual no le corresponde probar los hechos al demandante, sino a quien le es posible hacerlo, en este caso, la entidad hospitalaria por ser la que maneja todas

las circunstancias alrededor del paciente, como la historia clínica, los diagnósticos, el tratamiento, entre otras.

4.4.13. Implicaciones de la Responsabilidad Médica Extracontractual en el Derecho Positivo Colombiano: La responsabilidad médica por ser un fenómeno que toca al individuo y a la colectividad, es imposible que la ciencia social del derecho sea ajena al mismo, es así como en los diferentes áreas o disciplinas del derecho se ven involucradas:

Derecho constitucional: El médico genéricamente hablando, cuando causa un daño antijurídico a un particular, bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación del reglamento, deslegitima al Estado ya que transgrede uno de los fines cruciales del mismo, preceptuados en el art. 2 de la Carta Política. Así mismo, el art. 95 del Estatuto Superior nos consagra tal responsabilidad al establecer que el ejercicio de las libertades y derechos implican responsabilidades que deben ser cumplidas por toda persona, conforme a la Constitución y las leyes, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios. También hay que tener en cuenta que si el profesional de la medicina es funcionario publico desdibujaría la función administrativa consagrada en el art. 209.

Derecho Administrativo: Es el derecho administrativo el llamado a intervenir más propiamente cuando se pretende buscar responsabilidad del Estado, ello se puede

hacer a través de la llamada acción de reparación directa que consagra el Código Contencioso Administrativo.

Dentro de este mismo ámbito jurídico el estado ejerce contra el médico la Acción de Repetición.

Derecho Disciplinario: El Código Disciplinario (CDU) establecido en la Ley 734 de 2002, preceptúa las faltas disciplinarias en que incurrirán los funcionarios públicos por el ejercicio desviado de sus deberes. El médico como tal podrá adecuarse bien sea a las faltas gravísimas, graves o leves que tal ley consagra y será la Procuraduría la encargada de sancionarlo con amonestaciones o con la destitución, según sea el caso.

Debemos recordar que en ejercicio del poder disciplinario las investigaciones que adelante éste organismo del Ministerio Público son prevalentes, lo cual indica que desplazará por expresa disposición constitucional cualquier investigación que se esté adelantando por concepto disciplinario.

Derecho Penal: El devenir impropio con que actúe un profesional de la medicina es de por sí penalmente complejo, ya que la persona que preste un servicio médico puede adecuarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables sancionadas con una pena, como sería las que regula nuestro Código Penal. Estas conductas antijurídicas son las que de manera general podemos citar como

ejemplo de las posibles actuaciones típicas en que puede incurrir un médico sino ejerce dentro de los parámetros de la ética, la moral y la legalidad.

Desde el punto de vista Ético–Médico: El juramento hipocrático consagra los principios básicos del ejercicio de la medicina; posteriormente autores y expositores de la bioética proporcionaron normas y teorías sobre aspectos relacionados con ésta rama del conocimiento y, finalmente, los organismos internacionales y los estados establecieron sus propios códigos, señalando internamente los principios que rigen el ejercicio médico.

En Colombia, la Ley 23/81 y el Decreto 3380/81 son las normas que rigen la ética médica prescribiendo " la ética, entonces, deja de ser pura filosofía y se plasma en unos cuerpos normativos completos que nos están señalando de manera especifica como debe ser el comportamiento del profesional de la medicina que el mismo ha estado ajustado a la ética".

La ética médica deja de lado su responsabilidad moral y se convierte en jurídica cuando el comportamiento del profesional de la salud llega a ser examinado por el tribunal del Estado. Por tanto, el análisis de la responsabilidad médica es de sumo interés por comprometer los valores de la vida y la integridad personal, que son especialmente apreciados por el Estado y por toda la comunidad.

En estos eventos, el juzgador, es el Tribunal de Ética Médica, el cual se integra por profesionales médicos. La sanción es disciplinaria y se origina por la violación a la Ley 23/81, sin importar los antecedentes o personalidad del infractor.

4.5. MARCO LEGAL

Constitución política de Colombia de1991: El Estado a consecuencia de las fallas o faltas de sus funcionarios debido a las acciones u omisiones en la prestación del servicio público de salud, debe asumir una responsabilidad económica, como bien se lee en el artículo 90 de la Carta que al tenor literal expresa: "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas"[23].

Es válido aclarar que no siempre que un médico vinculado con el Estado comete una conducta que acarrea perjuicios a un paciente, el Estado deba ser condenado a resarcir el daño antijurídico, ya que la responsabilidad patrimonial estatal será excluida cuando el agente en este caso el médico haya obrado con dolo o este envuelto en una culpa grave.

[23]. Debe entenderse en este contexto "autoridades publicas" como todos aquellos funcionarios que están vinculados con el Estado y que de su actuar el estado es el primero en ser llamado a responder por los que estos realicen sean acciones omisiones vías de hechos operaciones y de mas formas de actuación estatal, ello se colige del articulo 1 del decreto 1/84.

Leyes: El constituyente, a través de la disposición 90 constitucional, consagró el deber del Estado, de repetir contra sus funcionarios o antiguos funcionarios, cuando como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos, ha sido condenado judicialmente a reparar los daños antijurídicos causados a los ciudadanos.

El legislador, en desarrollo del anterior mandato constitucional, consagró en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo la acción de repetición, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón a una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario suyo, pueda solicitar a éste el reintegro de lo que ha pagado al particular beneficiario de la sentencia.

Ahora bien, procesalmente la vinculación del funcionario puede realizarse de varias formas, a saber: como lo establece el mencionado artículo 78, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal, está facultado para demandar a la entidad pública, al funcionario o ambos.

En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso. A través del llamamiento en garantía al funcionario, el cual, de conformidad con las normas procesales de carácter contencioso administrativo, deberá hacerse por la entidad dentro del término de fijación en lista y; Por medio de la acción de repetición ejercida de manera independiente por la entidad pública condenada, contra el funcionario.

De acuerdo con lo anterior, la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. Esta acción propiamente dicha, esta reglamentada en la ley 678 de 2001.

Es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés general como es la protección del patrimonio público dicha protección se hace necesaria para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública, de esta manera se reducen los impactos económicos que se le generan al Estado Colombiano.

Para que dicha acción sea eficaz a favor de la nación se necesitan los siguientes requisitos:

Primero, que exista una sentencia o conciliación proferida en un proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado, como lo establece el artículo 7 de la ley 678 de 2001.

Segundo, que la sentencia o la conciliación hayan sido integralmente pagadas por la entidad pública, puesto que la caducidad de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública, lo cual se confirma con lo rezado por el artículo 11 de la ley en comento.

Y tercero, que por acta del Comité de Conciliación de la entidad pública, se haya conceptuado la procedencia de la acción expresando las razones por las cuales el Comité considera que existe dolo o culpa grave de algún funcionario, o del contratista o de un interventor o de un particular que ejerza funciones públicas, ello se colige del parágrafo primero del artículo 2 de la ley 678 de 2001.

La ley 23 de 1981 es el actual Código de Ética Médica, en el se establece las conductas a seguir por parte de los médicos, así como de las sanciones a las que se ven expuestos por la mala praxis y, entre dichas sanciones se halla la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por cinco años”[24].

Jurisprudencia: Siempre que se trata de accionar contra el Estado la jurisdicción llamada a intervenir es la contenciosa administrativa. El máximo Tribunal de la

[24] Numeral primero del Art. 1 de la ley 23 de 1981.

Jurisdicción Contenciosa es el Consejo de Estado, y es esta Corporación, la que a desarrollado el tema de responsabilidad médica con sus numerosos fallos como el del 24 de Enero de1997, Expediente N9467 donde se toca la falla del servicio médico como una actividad peligrosa, en unos a partes del fallo se lee: “que cuando la institución médica decide realizar determinada intervención con el consentimiento del paciente, por considerar que es la más adecuada para recuperar su salud, ella corre con los riesgos de dicha actividad”.

En sentencia de octubre 24 de 1990, expediente 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente sería adoptado de manera explícita por el Consejo de Estado. En esa 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 del 30 de junio de 1992, expediente 6897, pero con fundamentos jurídicos diferentes, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

En la Sentencia 11220 sección 3 de 1997 el Consejo de Estado desarrolla la falla del servicio médico. La Sala reafirma la utilidad de la presunción de falla en los casos en que la víctima del daño por la acción u omisión del servicio de salud, no pueda probar la falla y la entidad demandada no pruebe la diligencia y cuidado debido al paciente. No se trata de una presunción de responsabilidad, como es el caso de la responsabilidad por actividades peligrosas, en los que la exoneración del deudor sólo se logra por causa extraña. Se trata de una regla de valoración y de razonamiento para el juzgador ante la falta de prueba de la falla, como de una regla dirigida a regular la conducta procesal de las partes. Cada una probará lo que le toca. A la entidad prestataria del servicio de salud, ejecutora del procedimiento médico concreto, le tocará probar la diligencia y el cuidado ofrecidos al paciente, la demostración suficiente o plena de esta actitud la exonerará de responsabilidad, aunque el resultado final no haya sido satisfactorio, toda vez que la actividad médico asistencial, salvo algunos casos, es una obligación de medio.

Como se trata de una regla de valoración y de razonamiento, el juzgador debe hacer una comprensión acertada del caso, evaluando y sopesando con sana crítica los medios probatorios allegados al proceso.

En lo tocante a la responsabilidad médica, la Honorable Corte Constitucional también se ha pronunciado, es así como en la sentencia T-308 del 23 de junio de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Arango Mejía de forma clara y

categórica expreso que la acción publica de tutela no es procedente cuando esta sea utilizada con el fin de obtener un resarcimiento económico por el perjuicio causado, en lo que a responsabilidad médica se refiere.

El consentimiento informado es un tópico recurrente en materia de responsabilidad médica, es así como la Corte Constitucional en la sentencia T-313/96 refiriéndose a este sostuvo en uno de sus apartes que: ”Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su curación es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el consentimiento, entendiendo por tal acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico”.

5. METODOLOGIA

5.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Este trabajo de investigación dirigida, es de corte socio jurídico y, estará enmarcado en su aspecto metodológico en una investigación evaluativa esta asociado con la valoración y confrontación a juicio. Se entiende como la actividad realizada con el propósito de apreciar mayor o menos efectividad en un proceso, en cuanto al cumplimiento de los objetivos.

5.2. AREA DE ESTUDIO

De acuerdo a los objetivos planteados, las área de estudio escogidas para esta investigación serán las entidades públicas a cargo de la salud, así como de las entidades encargada de los recursos económicos estatales en el Departamento del Atlántico para efectos de pagos de indemnizaciones por responsabilidad médica extracontractual de la administración, al igual que las personas jurídicas que intervienen en el tema entre tales entidades figuran: Caprecom o quien haga sus veces, así como de la Secretaría de Hacienda Departamental y Distrital,

Comité de Conciliación de la Gobernación del Atlántico, la Secretaría de Salud, Tribunal de Ética Médica, Procuraduría delegada ante los juzgados administrativos, y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico y los Juzgados Administrativos del Circuito de Barranquilla

5.2.1. Población

La población objeto de estudio serán los médicos que han sido procesado en la jurisdicción contenciosa a través de acción de repetición, entre los años 2001 al 2008 en el Departamento del Atlántico.

5.2.2. Muestra

De la población se tomara una muestra aleatoria simple representativa del fenómeno objeto de investigación.

5.3. FUENTES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Entre las fuentes que se utilizarán para nutrir la investigación y culminarla satisfactoriamente se encuentra las siguientes:

5.3.1. Primarias. A través del método de la observación se extraerán datos valiosos que de forma objetiva serán plasmados en este escrito, se interactuará con los protagonistas de la posible responsabilidad tales como médicos, procurador, jueces, magistrados entre otros.

5.3.2. Secundarias. Se utilizarán libros, revistas, periódicos, sentencias, tesis de grado y demás documentos que se relacionan de forma directa e indirecta con el tema que se pretende desarrollar, así como las exploraciones en los medios tecnológicos tal como el Internet.

5.4. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Para la obtención de datos directos se utilizarán entrevistas y encuestas dirigidas a algunos Jueces Administrativos del Circuito de Barranquilla, abogada del tribunal de ética medica, procurador delegado ante los jueces administrativos.

6. IMPACTOS Y RESULTADOS ESPERADOS

La investigación tuvo amplia acogida por los agentes intervinientes en el fenómeno que se pretendió abordar o estudiar, pero no podemos dejar de desconocer o dejar de lado los escollos típicos que hay que atender cuando se pretende desarrollar una investigación de cualquier índole, máxime si la investigación esta en encaminada a culminar estudios universitarios de pregrado.

Se nos dificulto la obtención de datos por parte de la procuraduría delegada ante los juzgados administrativos, pero después de una amplia y constante insistencia se logro resolver todo los objetivos propuestos por el grupo de investigadores.

7. RESULTADOS Y DISCUSIONES

Para el logro de unos de los objetivos específicos planteados para la culminación de esta investigación se halla el agrupamiento o la sistematización de la normatividad positiva vigente dada alrededor de la responsabilidad médica del Estado en el Departamento del Atlántico en los años 2001-2008. Es así como nos encontramos entre otro con la ley 678 de 2001; la ley 23 de 1981 el actual Código de Ética Médica y múltiples jurisprudencias del Consejo de Estado.

Junto con esas leyes hay un amplio desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, así como de sentencias de la Corte Constitucional en la que se hizo necesario que se pronunciara a través de la llamada sentencia T-308/97, en la cual se aclara que la tutela no es la herramienta jurídica para mover el aparato jurisdiccional por motivos de responsabilidad médica.

Otro de los objetivos que se plantearon para la aprehensión cognoscitiva del tema fue el de saber los casos de responsabilidad médica estatal surgida en el Departamento del Atlántico en los años en que se delimito temporalmente la investigación; En contándonos así con un promedio de 2 casos por juzgados

teniendo el Circuito Contencioso Administrativo de Barranquilla con jurisdicción en el Departamento del Atlántico 12 Juzgado.

Vale aclarar que cuando se habla de responsabilidad médica estatal a ludimos a los caso ya fallado en que se probo dicha responsabilidad, en los caso que aun son objeto de controversia judicial técnicamente no podemos hablar en términos de responsabilidad por que aquella no esta probada.

Muchos de estos procesos tuvieron nacimiento en el Tribunal Administrativo del Atlántico, y con la entrada en vigencia de los juzgados administrativo algunos de estos procesos les fueron remitidos bajo el principio de competencia por cuantía.

Los negocios de los que ya se fallaron fue presentada la demanda antes de 1999, ya que en la praxis judicial, desde la presentación de la demanda hasta la obtención del fallo trascurren no menos de 5 años.

El tercer objetivo propuesta iba encaminado a determinar si el patrimonio estatal gastado en el pago de indemnizaciones por responsabilidad médica, era recuperado, pero lo cierto es que este no logra ser resarcido en su totalidad por el servidor publico o ex servidor publico, ya sea por que se hallaba insolvente al momento de procederse contra él o en el peor de los casao como se logro determinar por la investigación, el funcionario encargado de repetir contra el

médico responsable no lo hacia dentro del termino legal establecido por el legislador.

El cuarto objetivo tenia por intención Indagar si el Estado o las entidades públicas, cuando las condenas logran recuperar los dineros cancelados a los demandantes, se estableció que el llamado en garantía es utilizado siempre por el ministerio publico, lo que sucede es que este debe utilizarse cuando el proceso es fijado en lista y el procurador delegado suele dejar pasar ese tiempo procesal, y sumado a eso se haya la intervención de la defensa de algunos galenos que alegan que su clientes no pueden ser llamados en garantía por que no son aun sujetos responsables de la acción interpuesta y que debe esperase a un fallo en firme para que estos se vinculen como directos responsables.

Y por ultimo objetivo propuesto se pretendió conocer los costos económicos que por concepto de indemnización a cancelar el Estado en el Departamento del Atlántico desde el año 2001-2009 por causa de la responsabilidad médica, obteniéndose en el papel más de mil quinientos millones de peso, según cifras deducibles de los fallos condenatorios proferidos por los juzgados y tribunal contencioso administrativo; todo ello sin contar con los casos que están próximamente para fallo.

A través del desarrollo de esta investigación se suscitaron una serie de discusiones entre la que figura la postura a asumir frente ala carga dinámica de la

prueba, dos miembros del grupo se inclinaron por sostener que la actual tendencia jurisprudencial del Consejo de Estado. En el sentido de que la carga de la prueba acerca de los hechos objeto de la demanda corresponde al demandante, con fundamento en que la legislación colombiana tiene como regla general la carga probatoria a cargo de éste, por lo cual no es dable que por vía jurisprudencial se establezcan excepciones.

Atacar, en las contestaciones de demanda, de manera independiente y suficiente, cada uno de los cuatro elementos constitutivos de la responsabilidad por el servicio médico a cargo del Estado, a saber, la falla médica, el daño, el nexo causal y la imputabilidad, por cuanto se ha registrado que la defensa judicial se ha orientado principalmente a establecer inexistencia de la falla médica, dejando de lado el nexo causal, o el daño y su cuantía.

8. RECOMENDACIONES

Uno de los elementos que forman al Estado es la población, por ello, bajo ese entendido el Estado somos todos, y cuando el Estado es condenado a indemnizar daños morales, materiales o fisiológicos, todos los colombianos estamos con nuestras contribuciones directas o indirectas pagando esos perjuicios cometidos por unos cuantos facultativos; dineros estos que en muy pocos casos se logra recuperar, y que debieron haber sido invertidos en programas sociales para el beneficio de la colectividad, Por ello e aquí una serie de sugerencias o recomendaciones que se desprenden de la investigación realizada:

Primero: Se hace imperioso que se utilicen de forma obligatoria contra el presunto médico infractor medida cautelares contra los bienes propios y de su sociedad conyugal si la tiene vigente a la fecha de inicio de este proceso de Reparación Directa que ejercen los afectado contra el Estado. Dicha medida con el fin de garantizar la viabilidad de la acción de repetición.

Segundo: Que el pago de los daños del Estado sea residual, entiéndase esto, en el evento en que los bienes del médico sean insuficientes para cubrir la indemnización, el faltante de la condena lo puede asumir el Estado.

Tercero: Que el Estado suscriba pólizas o seguros de responsabilidad médicas para evitar que se grave el gasto público que se utilizara en las vigencias posteriores.

Cuarto: Modificar la naturaleza del llamado en garantía, que este sea obligatorio y que con el fallo se condene al médico directamente, sin la necesidad de acudir a la acción de repetición, que como lo a demostrado la experiencia de los caso consultados el galeno se halla insolvente cuando el Estado pretende accionar contra él, que solamente se mire al Estado como solidario en caso de ser insuficiente el patrimonio del facultativo para cubrir la indemnización como ya lo mencionaba en el segundo punto.

Quinto: El tema de responsabilidad médica debe ser abordado por los hospitales con un enfoque interdisciplinario, de tal manera que el médico adquiera conciencia de que con su desempeño puede generar la trasgresión de normas que atentan contra valores jurídicamente tutelados.

séptimo: El papel de los Comités de Conciliación Departamental debe ser más activo, ya que ante un proceso que refleja un alto contingente de pérdida, se deben dirigir los esfuerzos a evitar incurrir en el desgaste de un proceso judicial,

con mayores costos y con el riesgo de la misma deslegitimación de la administración.

Octavo: Efectuar, un mayor control por parte de los entes hospitalarios, sobre el cumplimiento de las Guías de Atención de Enfermedades, de los Protocolos y Manuales de Procedimientos Quirúrgicos existentes, mejorarlos de ser necesario y democratizar su conocimiento, con el fin de involucrar a todos los actores hospitalarios, en el cumplimiento de dicho objetivo.

Una ultima recomendación tenia que ver con que se torne la conciliación en materia de reparación directa como requisito de procedibilidad, y de esta forma el Estado una vez sepa que la contingencia a pagar es muy alta logre la conciliación para evitar costra y agencias en derecho que aumente la cifra a indemnizar; y recientemente el legislativo estableció la conciliación como mecanismo de procedibilidad ante de acudir a la jurisdicción contenciosa y deberá hacerse dicha conciliación ante el ministerio publico.

9. CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación dirigida, arrojó una serie de conclusiones que se pueden sintetizar de la siguiente manera; primero existe en muchos casos un mal actuar por parte de los abogados litigantes del Departamento atlanticense, ya que en la mayoría de los caso cuando están frente a situaciones de responsabilidad médica accionan penalmente, ya fuere por lesiones personales, homicidios culposos o cualquier otro tipo penal que se adecue con la conducta del facultativo,

La investigación monográfica que se desarrolló demuestra que ese no es el mejor camino, lo ideal seria acudir en proceso administrativo ante el Tribunal de Ética Médica del Atlántico, por su brevedad, así como por constituir con el fallo una poderosa prueba, que bajo el criterio de la sana critica será bien valorada por el juez, con el fallo emitido allí se puede allegar al proceso que ya curse o que se pretenda iniciar ante la jurisdicción contenciosa o en algunos casos civil, para perseguir el resarcimiento de los daños; no queriendo decir que esto sea algún requisito de procedibilidad, ni mucho menos, pero si constituiría una poderosa prueba de ser el fallo del Tribunal de Ética Médica favorable.

También se concluye lo injusto de estos procesos en la jurisdicción contenciosa, injusto desde la óptica del aforisma que reza "justicia tardía, no es justicia" en esta clase de proceso se cumple al pie de la letra, toda vez que estos proceso de responsabilizar al Estado por la conducta médica en el servicio público de Salud, implica invertir siete, ocho, nueve, 10 años o hasta más por un fallo favorable y, vale aclarar que dicho fallos son solo para pasar adelante con la ejecución, allí la administración(el Estado) tiene hasta dos años para empezar a hacerla efectiva; la demora de estos procesos lo hace injusto.

En los casos que se llevan a la fecha de culminación de esta monografía, se pudo observar que la procuraduría llama en garantía a los facultativos que presuntamente son responsable de que se demande al Estado, pero por no ser el llamado en garantía que hace el procurador delegado ante el Tribunal o ante los Juzgados Administrativos Contenciosos una figura obligatoria para el servidor público pueden estos no acatarla, como se observa en las defensas de estos médico hechas por sus apoderados judiciales y que reposan en los expediente.

La falta de humanización de la relación médico paciente, se constituye, en buena medida, en la causa del aumento generalizado de litigios.

Las temáticas de mayor impacto en el Departamento del Atlántico, en materia de responsabilidad médica extracontractual, corresponden a los daños antijurídicos ocasionados por cuatro causas: fallas médico-quirúrgicas, omisión del deber de

seguridad y cuidado, remisiones inadecuadas de pacientes a otras instituciones hospitalarias y errores en la práctica de procedimientos de gineco-obstetricia.

Otra situación observada, es el incumplimiento al deber ético y legal de dar a conocer el estado de salud real al paciente, su patología, los tratamientos posibles, sus riesgos, contraindicaciones e implicaciones de la intervención, y obtener un consentimiento informado antes de proceder a desarrollar cualquier tratamiento médico. El incumplimiento de dicha obligación constituye una falla médica por ser una obligación legal consagrada en la Ley 23 de 1981.

En los procesos revisados, se encontró que algunos médicos consideran que su obligación es de medio y no de resultado. Si bien es cierto esta es una consideración aplicable para todo el campo de responsabilidad médica contractual y extracontractual, en relación con el caso específico de la obstetricia estamos frente a una excepción, es decir, es una obligación de resultado. El hecho de ser un proceso natural y no una patología, vuelve más exigente el régimen de responsabilidad médica extracontractual, pues el resultado esperado es la culminación satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza. Sólo cuando se trata de pacientes con riesgo obstétrico, opera la obligación de medio, pero la institución hospitalaria tratante, conocedora de esta situación, adquiere de todas maneras una responsabilidad peculiar y es garantizar una atención especial, urgente y ágil a la futura madre, para lograr que el proceso llegue a feliz término. Si la atención no se prestó en los términos señalados, operará la falla médica y se

configurará la correspondiente responsabilidad indemnizatoria para el paciente, se atacar a todo los que puedan tener responsabilidad, al hospital de forma solidaria tanto al médico y al Estado.

Todo lo anotado a través de este escrito conduce a establecer que el impacto económico que se le ha generado al estado por la responsabilidad de médicops a su servicios, son cuantiosas, superan en estos últimos 8 años la suma de 1500 millones de pesos, cifra dada por el Comité de Conciliación del Departamento del Atlántico.

BIBLIOGRAFÍA

1. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro la responsabilidad extracontractual del Estado, leyer, Bogotá 1998

2. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución política de 1991. Bogotá. Asamblea Nacional Constituyente; 1991.

3. Colombia. Congreso. Ley 100 de 1993, Diciembre 23, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso; 1993.

4. Colombia. Congreso. Ley 678 de 1998, Agosto 3. Por medio del cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Bogotá: El congreso; 2001.

5. COLMENARES JIMENEZ, Jesús Armando. Revista de Derecho “La responsabilidad Jurídica del médico”. Ediciones Uninorte. Publicación semestral No 23. Barranquilla 2005. Pág. 289-298.

6. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976 M.P. Jorge Valencia Arango.

7. ----------. Sentencia del 30 de julio de 1992 M.P. Daniel Suárez Hernández. exp. 6897.

8.----------. Sentencia del 4 de septiembre de 1997. M.P. Ricardo Hoyos Duque. exp. 1025.

9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 308 del 236 de Junio de 1997. M.P. Dr Jorge Arango Mejía. exp. 122.768.

10.----------. Sentencia T-1036 de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en: http:// bib. minjusticia.gov.co/jurisprudencia/

11. CERDA GUTIERREZ, Hugo. Como elaborar proyectos. Ed. Presencia Ltda. Primera reimpresión. Bogotá. 1994. Pág. 9-52.

12. DOMINGUEZ, Victoria. “Responsabilidad médica en la legislación y jurisprudencia nacional”. Bogotá. Universidad Pontificia Javeriana. Facultad de derecho. 1983. Tesis.

13. GARCIA M, Álvaro. Derecho Administrativo. Ediciones Ediculco. 1979.

14. PERDOMO VIDAL, Jaime. Derecho Administrativo. Doceava edición. Editorial legis. Bogotá 2004.

15. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. “Derecho Administrativo General y Colombiano”. Novena Edición. Editorial Temis. Bogotá 2002.

16. SÁNCHEZ Carolina. “aproximaciones a una nueva visión de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en materia de salud”. Bogotá. Universidad Javeriana. Facultad de derecho. 2002. Tesis.

17. WILCHES MARTINEZ, Salón. Derecho Administrativo. Editorial Edículo. Bogotá 1979.

ANEXOS

ENTREVISTA A LA PROCURADORA DELEGADA

1. ¿Puntualmente, cuándo se debe llamar en garantía a un servidor público a que concurra dentro de un proceso contencioso administrativo y con qué propósito?

2. ¿En las conciliaciones administrativas (prejudicial), llevadas a cabo ante la Procuraduría, es posible llamar en garantía a un ex y/o servidor público?, ¿Sí por qué, no por qué?

3. ¿En qué consiste la acción de repetición?

4. ¿El Estado o las entidades públicas, de esas condenas han recuperado los dineros cancelados en primera instancia a los demandantes?

5. ¿Qué mecanismos tiene el Estado o las entidades públicas para hacer efectiva las condenas impuestas a los servidores públicos demandados dentro de una acción de repetición?

6. ¿se tiene alguna estadística al respecto?

7. ¿En qué consiste la falla en la prestación del servicio médico, por parte de una entidad pública?, ¿A quién se llama en garantía?

JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

1. Desde que entraron en funcionamiento los Juzgados Administrativos en esta ciudad, ¿cuántas demandas de reparación directa por falla en la prestación del servicio médico han o están cursando en este Despacho Judicial?

2. ¿Dentro de una demanda de reparación directa por falla en el servicio médico, se hace imperioso llamar en garantía a la entidad pública, al ente territorial o al servidor público que presuntamente intervino en la operación, actuación o hecho administrativo?

3. ¿Dentro de esta clase de procesos, quienes tiene la facultad y/o potestad de hacer llamamiento en garantía?

4. ¿Ha qué se encuentra avocado un Ente Territorial o una entidad del Estado, cuando es condenada por falla en la prestación del servicio médico?

5. ¿Los llamados en garantía, acuden a los procesos de reparación directa por falla en la prestación del servicio médico?

6. ¿Cuál sería la condena a un ex o servidor público, dentro de una acción de repetición?

TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA

1. ¿Qué profesionales de la salud, son sujetos disciplinables por parte del Tribunal de Ética Médica?

2. ¿Qué sanciones se le pueden imponer a un médico (general y/o especialista)?

3. ¿Qué efectos tiene la decisión disciplinaria tomada por el Tribunal de Ética Médica, cuando el médico sancionado es particular o servidor público?

4. Hablando de estadísticas, ¿cuantos médicos (generales y/o especialistas) han sido sancionados por este Tribunal, entre los años 2.001 y 2.008, qué porcentaje corresponde a médicos particulares y cuales a médicos al servicio de una entidad de salud del Estado?

5. ¿Qué tiempo en promedio dura un proceso llevado por este Tribunal?