

Información Importante

La Universidad de La Sabana informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad de La Sabana.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan finalidad académica, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, La Universidad de La Sabana informa que los derechos sobre los documentos son propiedad de los autores y tienen sobre su obra, entre otros, los derechos morales a que hacen referencia los mencionados artículos.

BIBLIOTECA OCTAVIO ARIZMENDI POSADA
UNIVERSIDAD DE LA SABANA
Chía - Cundinamarca

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
ESPECIALIZACIÓN DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD

RESPONSABILIDAD MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO
CARGA DE LA PRUEBA DE LA FALLA DEL SERVICIO

Presentado por: Elvia Inés Arturo de Realpe

Bogotá D.C., Julio 2011

TABLA DE CONTENIDO.

1. Planteamiento del problema jurídico.
2. Regímenes de responsabilidad medica extracontractual del Estado
 - 2.1. Régimen de falla presunta
 - 2.2. Régimen de la carga dinámica de la prueba
 - 2.3. Régimen actual
 - 2.3.1. Atenuación de régimen de falla probada
3. Solución al problema jurídico.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

El presente trabajo se ocupa de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médica extracontractual del Estado; concretamente de la dificultad de las víctimas de este tipo de daños para probar la falla del servicio, como causa adecuada del daño en el régimen de falla probada.

La Constitución Nacional en el artículo 90 contempla la cláusula general de la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos imputables a la Administración; norma que arroja los siguientes elementos: a) El Daño antijurídico y b) La imputabilidad.

No obstante, existir norma constitucional expresa y con elementos específicos, la responsabilidad del Estado en materia médica se sigue manejando con criterio privado, aduciendo que el sustento normativo de esta responsabilidad se encuentra en el artículo 2341 del C.C. y 177 del C. de P.C.

En consecuencia, para que prospere la acción de reparación en materia médica, se exige los siguientes elementos: a) El daño; b) La falla del servicio; y c) La relación causal entre el daño y la falla del servicio.

En el análisis de la relación causal se aplica la teoría de la causalidad adecuada; de tal manera que si el demandante no logra probar el nexo en los términos de esta teoría, vera frustrada su pretensión de indemnización de perjuicios por los daños sufridos en una actuación médica.

La prueba de dichos elementos en cirugías bajo el efecto de anestesia es imposible para la víctima, ya que además de carecer de conocimientos técnicos científicos, está inconsciente; sin embargo no se hace excepciones, como veremos en el desarrollo del tema, donde encontramos que los regímenes creados para aliviar la carga probatoria de las víctimas de este tipo de daños dejaron de aplicarse por falta de sustento normativo, regresando al sistema clásico de falla probada.

El desconocimiento de derechos fundamentales a la vida y a la salud de estas víctimas, ha motivado el presente ensayo, en que previo análisis de los antecedentes del régimen actual, se planteara la posición personal en un momento crítico de las instituciones estatales de salud.

REGÍMEMES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La dificultad y hasta imposibilidad de la prueba de la falla del servicio en los procesos de responsabilidad médica extracontractual del Estado, ha sido motivo de preocupación para la doctrina y jurisprudencia y en el interés de aliviar esta carga, ha diseñado regímenes de imputación tendientes a invertirla, exigiéndole a la parte demandada, en este caso médicos e instituciones hospitalarias, que prueben haber actuado con diligencia y cuidado, prueba que desvirtúa la presunción de la falla del servicio médico. Entre estos regímenes encontramos: a) El de falla presunta del servicio; y b) El de la carga dinámica de la prueba. De otra parte y como atenuación del régimen de falla probada del servicio, se encuentra la teoría de alta probabilidad de la causalidad.

REGIMEN DE FALLA PRESUNTA

Antes de analizar este régimen, es importante referirnos a sus antecedentes, ya que fue en el año noventa, con ponencia del Doctor Gustavo de Greif Restrepo que se inició el viraje hacía la tesis de la falla presunta. Se dijo que: “el inciso del art. 1604 del C.C., según el cual la prueba de la diligencia y cuidado corresponde al que debió emplearla, es aplicable a la responsabilidad contractual y extracontractual (aquiliana), porque esta norma se encuentra en el Título XII del Libro cuarto de este código que trata del efecto de las obligaciones e incluye en estas obligaciones las que provienen de un hecho que ha inferido injuria o daño a un tercero de conformidad con el art. 1494 ibídem que determina las fuentes de las obligaciones.”¹

Además se sostuvo que “si el demandante prueba la existencia de la obligación con la prueba del daño y el nexo causal, la Administración debe probar su cumplimiento o extinción”.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 5902 24 oct 1990, Magistrado Ponente Gustavo de Greif Restrepo, Actor María Helena Ayala.

Como puede observarse, se enfoca el asunto desde el punto de vista de las obligaciones médicas e invierte la carga de la prueba, para que la administración pruebe la diligencia en el cumplimiento de la prestación.

Otro antecedente del régimen de falla presunta del servicio se encuentra en la sentencia de fecha julio 30 de 1992, con ponencia de Daniel Suarez Hernández, en que se planteó la inversión de la carga probatoria en razón de la dificultad de la víctima al decidir la demanda instaurada por Gustavo Ramírez Morales, contra el Instituto de Seguros Sociales, por la parálisis facial que sufrió en la intervención quirúrgica que le practicaron para la corrección de lesiones auditivas.

Analiza el tratamiento del problema auditivo, afirmando que si bien fue adecuado, no ocurrió lo mismo respecto del procedimiento del nervio facial, ya que cirugías de esa naturaleza donde puede resultar afectado este nervio exigen, medidas de precaución especiales y al no existir constancia de haberse tomado, la administración no probó su diligencia, situación que la hace responsable de los daños causados a Ramírez.

Dice que si bien en este tipo de procesos, le corresponde al demandante probar la falla del servicio, dada la dificultad por falta de conocimientos técnico científicos y la inaccesibilidad de la víctima al escenario médico, una vez, aquel pruebe el daño y la imputación fáctica, será el médico el que prueba su diligencia, porque no hay duda que éste es el que tiene los conocimientos técnico-científicos y quien realizó la actuación profesional. Dice que podrán exonerarse con la prueba que para ellos es más fácil de haber obrado en forma eficiente, prudente e idónea.

Se pronuncia en los siguientes términos:

“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.

Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

"Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce "cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial", la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso.²

La sentencia fundadora del régimen de falla presunta del servicio, es la de fecha agosto 24 de 1992, con ponencia del Consejero de Estado, Carlos Betancur Jaramillo; sentencia muy importante porque establece la falla presunta del servicio, poniendo de presente que este régimen pertenece al mundo de lo

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 6897, Magistrado Ponente Daniel Suarez Hernández, Actor Gustavo Eduardo Ramírez y otro

subjetivo, ya que hasta el año 1992 a las sentencias de riesgo excepcional se les denominó falla presunta. En ese fallo se habló expresamente de falla presunta del servicio, afirmando que es un régimen subjetivo, porque el demandante prueba el daño y la imputación fáctica y lo que sucede es que hay una inversión de la carga de la prueba, para que el demandado pruebe su diligencia.

Decide la demanda instaurada por Enrique Saltarín por la muerte de su cónyuge, hecho ocurrido cuando le practicaban una cirugía por motivo de una hemorragia presentada en el parto. Se argumentó que el demandante probó el daño y la imputación fáctica y que la administración no explicó la causa de la muerte. En consecuencia y ante la ausencia de prueba de su diligencia, se deduce la falla.

En esta sentencia se ratificó los argumentos expuestos en la sentencia de 30 de julio de 1992, en cuanto a la dificultad de esta prueba para la víctima; la facilidad que tiene el demandado de probar este tipo de hechos; el beneficio que recibe la administración de justicia, cuando colaboran en la actividad probatoria; agregando que:

“Los supuestos narrados y bien probados permite aplicar con todo rigor la noción de falla presunta. En otros términos, se presume que el servicio médico del I.S.S. funcionó en forma irregular e inadecuada; que ese funcionamiento causó la muerte de la señora Bermúdez de Saltarín y produjo perjuicios a sus damnificados.

“En parte alguna aparece la prueba que la víctima recibió una esmerada atención, sujeta a los más rigurosos cánones de la ciencia médica, y que pese a ello murió”.³

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

La sentencia fundadora de la carga dinámica de la prueba es la proferida el 10 de febrero de 2000, con ponencia del Consejero Alier Hernández, donde manifiesta que el régimen de falla presunta del servicio se ha aplicado en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento; que no todos los actos médicos tienen implicaciones técnico científicas; que no todas las actuaciones médicas se pueden tomar como actos médicos, que hay actos

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 6754, Magistrado Ponente Carlos Betancut Jaramillo, Actor Henry Enrique Saltarín Monroy.

médicos propiamente dichos, actos paramédico y extramédicos; que la teoría no tiene sustento normativo en Colombia; que habrá circunstancia en que al paciente se le facilite más la prueba, circunstancias que explican el dinamismo de las cargas; teoría que fundamenta en el principio constitucional de equidad.

El caso trató de una infección sufrida por la demandante en la práctica de una estrectomía, por la que debió someterse a una segunda cirugía, donde se vuelve a infectar, motivando una tercera intervención.

Según el Consejo de Estado, el problema se desencadenó a raíz de la primera cirugía. Sostiene que la infección es un indicio que no se tomaron las medidas de asepsia; que no era suficiente que el demandado diga que se tomaron las medidas de asepsia y antisepsia, porque lo que debía explicar era cual fue el procedimiento para evitar que no se diera el proceso infeccioso. Consecuencialmente profirió sentencia condenatoria, afirmando que era un caso de difícil prueba.

REGIMEN ACTUAL

FALLA PROBADA DEL SERVICIO

El regreso al régimen de falla probada del servicio en materia médica se contempla en la sentencia del 31 de agosto de 2006, proferida con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio en que sostiene que los regímenes de falla presunta y carga dinámica de la prueba carecen de sustento normativo; que la regla general en esta materia es el artículo 177 del C. de P.C, según el cual el demandante debe probar los supuestos de hecho de las normas en que funda sus pretensiones; que en tal virtud, frente al art. 2341 del C.C. y art. 90 de la Constitución Nacional, al demandante le correspondía probar todos los elementos de la responsabilidad.⁴

El Consejo de Estado siguió aplicando este régimen; es así, como en el año 2009 encontramos la sentencia de fecha 25 de febrero, que ha despertado especial atención por tratarse de un caso que sucedió en Pasto (Nar); además, porque se

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Ponente Ruth Stella Correa; sentencia 31 agosto 2006; expediente 15772

aplica el régimen de falla probada del servicio a un caso de cirugía bajo el efecto de anestesia, donde la doctrina, estima que la prueba para el demandante es imposible.⁵

Los hechos ocurrieron el día 26 de Julio de 1996, en que la víctima fue sometida a cirugía con el fin de extraerle un cálculo; la cirugía fue programada en el Hospital Departamental de Nariño con diagnóstico inicial de litiasis ureteral izquierda que se intento realizar por cistoscopia para extracción por canastilla, pero debido al tamaño del cálculo no fue posible la extracción por este método, razón por la cual se decide practicar cirugía abierta; presentándose en medio de este acto quirúrgico un paro cardiaco y respiratorio que dejó a la víctima en estado vegetativo hasta su muerte, el 3 de noviembre de 2001.

El esposo, los hijos y otros familiares de la víctima instauraron demanda de reparación directa, tendiente a la indemnización de perjuicios, aduciendo que el daño cerebral sufrido por la víctima es imputable al Hospital Departamental de Nariño, a título de falla del servicio, porque la atención fue descuidada, deficiente, negligente e irresponsable, porque el anestesiólogo no estuvo al tanto de las deficiencias de oxígeno que presentó la paciente y el cirujano cambio el procedimiento quirúrgico inicialmente programado, sin contar con los exámenes especializados requeridos para el caso.

A lo anterior, la parte demandada contestó que la paciente no requería exámenes especializados en razón de su edad y que lo ocurrido se debió a algo imprevisible

En fallo de primera instancia, El Tribunal Administrativo de Nariño despacho desfavorablemente las pretensiones de la demanda, atribuyendo el daño a una complicación quirúrgica imprevisible.

Uno de los Magistrados que integraron la Sala salvó su voto, por considerar que:

(i) Las pruebas que obran en el expediente acreditaban que las lesiones sufridas por la paciente tuvieron como causa una falla en la prestación del servicio médico, porque el suministró de anestesia al paciente no fue adecuado en tanto no se le practicaron los exámenes necesarios para conocer su verdadero estado

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Ponente Ruth Stella Correa; sentencia 25 de Abril 2009; expediente 17.149

fisiológico, a fin de determinar los riesgos o prevenir las complicaciones por efectos adversos a los fármacos a utilizar.

(ii) La apreciación del médico respecto al tamaño del cálculo no fue acertada, lo cual llevó a elegir dos opciones para extirparlo: una, por vía endoscópica, empleando la canastilla de tornia, que fue la que intentó inicialmente y la otra, una ureterolitotomía de la porción terminal del uréter izquierdo, que fue la que finalmente permitió la extracción del cálculo y para estas opciones, el anestésista, por su parte, no realizó ninguna valoración con apoyo en exámenes paraclínicos que le indicaran cuál debería ser la conducta a seguir frente a cada opción.

(iii) El hecho de que la historia clínica estuviera incompleta impidió a los peritos médicos establecer la verdadera causa de las graves lesiones sufridas por la paciente, por lo que, a su juicio, no era de recibo la conclusión a la que llegaron los peritos del Instituto de Medicina Legal.

(iv) Según lo reconoció el mismo anestesiólogo, al practicar la intubación a la señora Irma Isabel Gómez se le impartió enseñanza a una estudiante de Medicina, actividad que supuso el empleo de tiempo, que en situaciones de urgencia, como la que se presentó era de vital importancia para evitar consecuencias adversas a la salud de la paciente.

(v) La entidad demandada debió ser declarada patrimonialmente responsable, porque en materia de responsabilidad médica se presume la falla del servicio y quedaron demostrados el daño y la relación causal y no se acreditó ninguna causal de exoneración; no obstante, los médicos llamados en garantía podían ser absueltos por ausencia de prueba de la culpa grave o del dolo.

Apelado el fallo de primera instancia, el Consejo de Estado con ponencia de la Doctora Ruth Stella Correa Palacio confirmó la sentencia de primera instancia, aplicando estrictamente el régimen de falla probada del servicio, aduciendo que si bien se detectaban fallas, como que el registro de valoración preanestésico fue incompleto y el no haber consignado en la hoja respectiva la droga y técnica utilizadas para la anestesia peridural, estas fallas no constituían causas adecuadas del daño.

ATENUACION DEL REGIMEN DE FALLA PROBADA MEDIANTE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE ALTA PROBABILIDAD DE LA CAUSALIDAD

Según esta teoría la causalidad puede probarse mediante indicios, cuando resulta difícil y hasta imposible, la prueba directa de los hechos.

Aplicando esta teoría en sentencia del 7 de octubre de 1999, el Consejo de Estado expuso que, “...aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente –indiciariamente– ...”.⁶

En el mismo sentido posteriormente expresó:

“...de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”.⁷

⁶ Consejo de Estado Sección Tercera; sentencia 7 de octubre de 1999

⁷ Sentencia 22 de mayo de 2001, expediente 13.284

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

Expreso total desacuerdo en la aplicación estricta del régimen de falla probada del servicio en casos de cirugía bajo efecto de anestesia, donde esta prueba se torna imposible, en razón de que, además de carecer de conocimientos científicos, el paciente esta inconsciente, estado que le impide darse cuenta de lo que ocurre en el quirófano. Es así, como si se analiza el caso del hospital departamental de Nariño a la luz del régimen de falla presunta o de la carga dinámica de la prueba, prosperan las pretensiones de la demanda; aún en el régimen de falla probada atenuado con la doctrina de alta probabilidad de la causalidad, también prosperan. Así:

- a) En el régimen de falla presunta, porque el demandante probó el daño y la imputación fáctica; circunstancia que permitía la inversión de la carga probatoria, para que el demandado pruebe diligencia.
- b) En el régimen de carga dinámica de la prueba porque se trata de un acto médico propiamente dicho, donde la prueba para la víctima era imposible; circunstancia que por motivos de equidad permitía la inversión de la carga probatoria, para que la administración pruebe su diligencia.
- c) En el régimen de falla probada atenuado por la aplicación de la doctrina de alta probabilidad de la causalidad porque surgen varios indicios de falla, como son los expuestos en el salvamento de voto de uno de los magistrados del Tribunal Administrativo de Pasto, a cuya transcripción me remito.

Lo anterior, pone de manifiesto el desconocimiento del esfuerzo de aproximadamente 20 años, en que la jurisdicción contenciosa administrativa ideó distintos regímenes de responsabilidad en materia médica con el fin de aliviar la carga probatoria de la víctima, frente a la imposibilidad de probar la falla del servicio como causa adecuada del daño.

El argumento en el sentido de que la teoría de falla presunta carece de sustento normativo y que el fundamento legal sigue siendo el art. 2341 del C.C., en concordancia con el art. 177 del C. de P.C, no corresponde a la cláusula general

de la responsabilidad estatal contenida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, porque según ésta norma, el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas. En consecuencia, al demandante le corresponde probar el daño antijurídico y la imputación fáctica; situación que impone al juez el deber de hacer un juicio de imputación jurídica, analizando el funcionamiento de servicio, para saber si funcionó o no adecuadamente y en este caso, a que título imputa la responsabilidad. Más concretamente, es un juicio de imputación el que hace el juez de la reparación, a través del cual analiza el comportamiento médico u hospitalario y determina en qué medida las irregularidades detectadas contribuyeron al daño.

Además, la tesis de falla presunta encuentra fundamento en el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial; como también en el de equidad, porque está dirigida a la protección de derechos constitucionales fundamentales, como son: la vida y la salud, derechos que prevalecen sobre la norma procesal invocada, o sea el artículo 177 del C. de P. C.

De otra parte, considero que en materia de responsabilidad médica extracontractual del Estado, ante todo debe mirarse al usuario que acude al servicio público de salud en busca de tratamiento; situación que le otorga el derecho a recibir un tratamiento adecuado y genera la obligación recíproca de suministrarlo en las mejores condiciones; es decir en los términos requeridos por la doctrina, quien respecto al cumplimiento de esta obligación expone que dicha prueba consiste en “demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámeselos medios, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio;

que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc....”

El juez de la reparación debe hacer un análisis de la conducta de la administración; análisis dirigido a la prueba del cumplimiento de la obligación, es decir de la ejecución de la prestación, en la forma indicada. Cuando no se cumplen estos actos o se realizan deficientemente, la obligación de medios a cargo del médico o de la institución de salud, se ha incumplido; situación que permite imputar el daño a la Administración, concurriendo así los elementos previstos en el artículo 90 para declarar la responsabilidad del Estado, por los daños antijurídicos imputables a las autoridades públicas.

Lo anterior, considerando que el art. 90 de la Constitución habla de daños antijurídicos imputables a la administración; por consiguiente, no es un juicio de causalidad el que realiza el juez, es un juicio de imputación, donde analiza hechos que convierte en conductas inexcusables que permiten cargar el daño a la cuenta del Estado.

En la investigación del cumplimiento de la obligación médica-hospitalaria, constituida por todos esos actos o sea los medios que deben utilizar para este efecto, es supremamente importante el papel oficioso del juez de la reparación, quien puede decretar pruebas de oficio dirigidas a esclarecer los hechos en busca de la verdad y la justicia. El juez puede solicitar documentos, informes, aclaraciones, ordenar dictámenes, etc, con fundamento en el art 37 del decreto 2304 de 1989 que lo autoriza para decretar pruebas de oficio conjuntamente con las pedidas por las partes y también antes de dictar sentencia.

No pretendo liberar al demandante de la carga probatoria, lo que sucede es que esas facultades oficiosas en busca de la verdad, deben operar con mayor eficiencia en materia médico por la dificultad y hasta la imposibilidad de la víctima de acreditar hechos técnico científicos por falta de conocimiento de esta ciencia y además por inaccesibilidad al escenario médico. Además que generalmente, el demandante solo puede pedir pruebas en la demanda y pueden presentarse situaciones en que de esas pruebas se desencadenan otras. Ante todo que el juez está obligado a buscar por todos los medios legales la verdad y la justicia, deber que en situaciones de dificultad probatoria recobra mayor importancia.

En cuanto a que la obligación es de medio, no de resultado, es innegable, pero no puede desconocerse que ese medio está conformado por actos, dirigidos a garantizar el derecho a la salud y la misma vida del paciente. En estas condiciones, la ejecución irregular o inadecuada de la prestación médica, permite imputar el daño a la administración por incumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, considero que precisamente por ser obligación de medio, el médico o institución hospitalaria está obligado a probar el cumplimiento de la obligación; es decir que tomo todas las medidas a su alcance y pese a ello se produjo el resultado.

Obsérvese que ésta teoría parte de un presupuesto principal, como es que es "obligación de medio"; por consiguiente, únicamente cuando se cumple con esa obligación, el médico no responde por el resultado.

Pretender absolver al médico o institución de salud, argumentando que no garantizan el resultado, sin aludir al presupuesto inicial de la teoría, es pasar por alto las obligaciones a su cargo.

Por último, considero que si se sigue desconociendo los presupuestos del artículo 90 de la Constitución Nacional, aduciendo que el sustento normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia médica, es el art. 2341 en concordancia con el art. 177 del C. de P.C., la única solución sería una reforma legislativa que establezca un régimen especial en esta materia. En especial que regule el aspecto probatorio, para que en un plano de justicia y equidad, la víctima pruebe lo que esté a su alcance, ya que exigir la prueba de la falla del servicio como causa eficiente del daño en casos de cirugía bajo efecto de anestesia, equivale a pedir imposibles y la experiencia enseña que a lo imposible nadie puede ser obligado.

BIBLIOGRAFÍA

- Arturo Valencia Zea, Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil de las Obligaciones*, novena edición tomo III editorial Temis s.a. Bogotá 2004.
- Carlos Ignacio Jaramillo J.: *Responsabilidad Civil Médica, La Relación Médico Paciente: Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas, Colección Ensayos, Bogotá 2008.
- Catalina Velásquez Gil, Iván Velásquez Gómez, *Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado*, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado 2005.
- Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Políticas, colección profesores segunda edición, Bogotá 2008.
- Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Políticas, Ciencias Jurídicas Tomo III, Bogotá 2006.
- Obdulio Velásquez Posada.: *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Universidad de La Sabana, Editorial Temis S.A., Bogotá 2009.
- Ramiro Saavedra Becerra, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2005.
- Revista, Gaceta Jurisprudencial No. 102 Agosto 2001, Editorial Leyer, Bogotá 2001.
- Revista, Responsabilidad Civil y del Estado, instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Edición Conmemorativa 15 años, julio 2009.
- Revista, Responsabilidad Civil y del Estado, Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE), Medellín noviembre 201

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)**

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	Derecho de la Responsabilidad.
2	TÍTULO DEL PROYECTO	Responsabilidad Médica Extracontractual del Estado - Carga de la prueba de la falla del servicio.
3	AUTOR(es)	Artruo de Realpe Elvia Inés.
4	AÑO Y MES	2012 Septiembre
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	Molina Palacios Roberto
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	Contempla una crítica del régimen de falla probada del servicio que impera en la actualidad en la jurisdicción Contenciosa Administrativa que desconoce el esfuerzo de la jurisprudencia que por aproximadamente 20 años ideó regímenes dirigidos a aliviar la carga de la prueba de la víctima de este tipo de daños. -Previo al
7	PALABRAS CLAVES	Falla, servicio, médico, reparación y daño
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	Sector financiero, comercio, educación, exportaciones, manufactura, servicios transporte, etc. Se recomienda consultar al DANE o Cámara de Comercio.
9	TIPO DE ESTUDIO	Ensayo jurídico.
10	OBJETIVO GENERAL	Demostrar la dificultad que enfrenta el demandante en los procesos de responsabilidad médica extracontractual del Estado para acreditar la falla del servicio.
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	La necesidad de facilitar la carga de la prueba de la víctima en los procesos de responsabilidad médica extracontractual del Estado.
12	RESUMEN GENERAL	El presente trabajo se ocupa de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médica extracontractual del Estado; concretamente de la dificultad de la víctima de este tipo de daños para probar la falla del servicio, como causa adecuada del daño en el régimen de falla probada.
13	CONCLUSIONES.	Considero que si se sigue desconociendo los presupuestos del artículo 90 de la Constitución Nacional, aduciendo que el sustento normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia médica, es el art. 2341 en concordancia con el art. 177 del C. de P.C., la única solución sería una reforma legislativa que establezca un régimen especial en esta materia. En especial que regule el aspecto probatorio para que en un plano de justicia y

14	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	Arturo Valencia Zea, Alvaro Ortiz Monsalve, Derecho Civil de las Obligaciones, novena edición tomo III editorial Temis s.a. Bogotá 2004
----	-------------------------------	---

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA