

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA OBSTÉTRICA POR PARTE DEL ESTADO: EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN⁷⁷

JHON JAIRO DURAN SALAZAR
ROBERTO PABLO BELTRÁN FLÓREZ
GREISY STEPHANY SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
LINA MARCELA NOVA GAVIRIA
GUSTAVO ADOLFO CAMARGO RODRÍGUEZ

RESUMEN:

Se desarrolla una línea jurisprudencial de las decisiones judiciales del Consejo de Estado Colombiano en materia de responsabilidad médica obstétrica respecto del título de imputación aplicable y los elementos estructurantes de la misma. Se delimita fácticamente a los casos de complicaciones del embarazo previas al parto y el daño antijurídico que se ocasiona a la madre o a su hijo en el alumbramiento.

Se encuentra que el régimen aplicable, frente a los casos fácticamente delimitados, es el subjetivo con fundamento en la falla probada del servicio, por lo que cuando se produzca un daño por las lesiones o la muerte de la madre o el hijo o de ambos, con ocasión del parto, se deberá acreditar que el mismo fue causado por dicha falla; correlativamente la entidad demandada podrá exonerarse si logra demostrar que ésta no existió, que su actuación cumplió la Lex Artis Ad hoc.

Palabras Claves:

Responsabilidad patrimonial del Estado, falla del servicio médico, complicaciones embarazo.

Abstract:

A jurisprudential line of Judicial Decisions of the State Council on Medical Liability regarding obstetric title AND APPLICABLE imputation Structuring Elements Develops Itself . It delimits one factually Stories Pre -natal complications and the unlawful damage That brings the OA Mother Do child childbirth pregnancy.

Apply us that regime el subjective with basis in proven service fails, here when produced by damage UN Injury or death of the mother or child or both , Occasion air delivery, itself must prove that the same was caused by failure SUCH ; correspondingly Entity may exonerate defendant can show that if this did not exist , That Do Performance fulfilled Lex Artis ad hoc

Keywords:

State Property damage liability, failure Medical Service, Pregnancy Complications.

⁷⁷ Este escrito es el resultado del trabajo de investigación formativa adelantado bajo la dirección de la Dra. Emma Elvira Ortiz en el marco de la especialización en Derecho Público de la UNAB.

1. INTRODUCCIÓN

En la responsabilidad imputable al Estado por daños antijurídicos ocasionados en acción u omisión en la prestación de servicios médicos, en particular en el acto médico defectuoso, uno de los elementos que más controversia genera es el nexo de causalidad, entre la actividad médica y el daño ocasionado que estructure la responsabilidad del Estado, pues su demostración ha resultado tan compleja que el juez contencioso administrativo ha tenido que recurrir a múltiples teorías para probar, presumir o desistir de su existencia. En efecto, el Consejo de Estado, que para efectos de nuestra investigación es el Colombiano, ha adoptado en diferentes momentos, tres modalidades probatorias del título de imputación jurídica de falla del servicio: iniciando con la falla del servicio probada (1990-2000), para continuar con la falla del servicio presunta (2000 a 2006), y posteriormente hacer uso de la teoría de la carga dinámica de la prueba (actualmente), junto con la vinculación de la prueba indiciaria y la teoría de las probabilidades (Leiva, 2013), sin que a la fecha sea pacífica la modalidad entre las subsecciones de la sección tercera de la Corporación citada, encargada de conocer en calidad de cierre de las acciones de reparación directa incoadas por los ciudadanos afectados ante eventuales daños antijurídicos.

Particularmente sobre la responsabilidad obstétrica cuando se han presentado complicaciones previas al embarazo, ha sido debate al interior del Consejo de Estado, determinar la causa eficiente del daño antijurídico producido cuando se presentan otras causas previas o simultáneas (el embarazo de alto riesgo o alteraciones de la gestación) que tienen la vocación de ocasionar la infracción al interés legítimo del administrado, aunado a la carga probatoria que debe cumplir cada una de las partes en aras de explicar el complejo acto médico que se presenta en estos casos.

Por ello, la presente línea busca exponer las diferentes teorías empleadas desde el año 1992 al 2013 por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano, para imputar o absolver a la Administración Pública por los daños ocasionados en la prestación de servicios médicos en el parto.

Desde ya, sin embargo, nos aventuramos a concluir que el Consejo de Estado se ha inclinado, en su mayoría de pronunciamientos judiciales sobre la materia objeto de la investigación, por una posición garantista que proteja efectivamente los derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud, lo cual ha instado a las autoridades públicas a la adopción de correctivos que pretendan realmente materializar el concepto de la Dignidad Humana, por una parte, y por la otra al mantenimiento del pregonado concepto Constitucional del orden jurídico justo.

2. OBJETIVOS

Objetivo General

Construir la línea jurisprudencial sobre el título de imputación que se predica de la responsabilidad médica obstétrica por parte del Estado en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano.

Objetivos Específicos

Identificar las tesis que ha sostenido el Consejo de Estado en el título de imputación aplicable a la actividad médica obstétrica

Conocer el alcance probatorio de los títulos de imputación jurídica “falla probada del servicio” y “falla presunta del servicio” aplicables a la actividad médica obstétrica en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Determinar las razones jurídicas para la aplicación de los títulos de imputación falla presunta del servicio o falla probada del servicio en los casos de la actividad médica obstétrica en la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. JUSTIFICACIÓN

Construir la línea jurisprudencial sobre el título de imputación que se predica de la actividad médica obstétrica en las sentencias del Consejo De Estado, se hace pertinente en la medida en que al exponer el régimen aplicable, se facilita la labor de los sujetos procesales y los operadores jurídicos para probar, presumir o desistir la responsabilidad imputable al Estado por daños antijurídicos que este ocasione en acción u omisión en la prestación de servicios médicos para la realización exitosa del parto, cuando durante la gestación se han presentado complicaciones.

Igualmente, constituye una temática actual, con un debate abierto, debido a los cambios que la jurisprudencia del Consejo de Estado, con la falla del servicio y su carga de la prueba “presunta”, “probada”, y “dinámica” respecto de la actividad médica asistencial, sino a la reformulación de conceptos anidados en el Derecho Administrativo, sobre los elementos de la responsabilidad patrimonial, particularmente respecto del régimen probatorio del nexa causal, al “trascender el entendimiento clásico de la responsabilidad patrimonial general construido sobre el supuesto tripartito de culpa-nexo- y daño, pues no necesariamente está claramente determinado en los juicios de responsabilidad médica del Estado” (Quintero, 2012); así como el alcance y la estructuración de la responsabilidad en el procedimiento obstétrico del parto, cuando se afecta la salud o vida del menor y la madre con ocasión de la falla en el servicio médico, aun presentándose complicaciones o padecimientos previos al acto obstétrico; lo cual justifica abordar el tema planteado.

De igual forma, para la comunidad jurídica es de capital importancia, no sólo conocer la actual doctrina sobre el tema referido, sino además el comportamiento que ha tenido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de tal forma que permita su invocación y aplicación, no sólo como criterio auxiliar (artículos 230 de la Constitución Política), sino como fuente formal de derecho, al ser precedente jurisprudencial.

Finalmente, la construcción de la línea jurisprudencial permite acercarse al interrogante que ha guiado las reflexiones de la Corporación, sobre si es el actor quien debe probar la falla del servicio a través de la evidencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes o si debe presumirse que el daño lo ocasionó el servicio médico con la muerte o lesión del feto o la madre.

4. CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Se configura responsabilidad médica estatal, por el daño antijurídico causado por el procedimiento obstétrico en pacientes catalogadas con embarazo de alto riesgo?

4.2. POLOS DE LA LÍNEA

Polo A: Si. Se configura la responsabilidad médica obstétrica por parte del Estado en aquellas pacientes que presentan un embarazo riesgoso, cuando la falla en el servicio es la causa eficiente del daño antijurídico, y no así, la situación riesgosa.

Polo B: No. Se exime de responsabilidad médica obstétrica el Estado en aquellas pacientes que presentan un embarazo riesgoso, cuando el daño antijurídico obedece a la materialización de dicho riesgo, y no a la prestación del servicio médico, recordando que las obligaciones de los galenos en estos casos son de medio y no de resultado.

4.3. SENTENCIAS CONSTRUCTORAS

FUNDACIONAL: Sentencia del 17 de Agosto de 2000 Exp. 12123 M.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

HITO: Sentencia del 26 de Marzo de 2008. M.P. Ruth Stella Palacios

ARQUIMÉDICA: Sentencia del 28 de Julio de 2011

5. MARCO TEÓRICO

El tema que hemos escogido para elaborar la presente línea jurisprudencial, que en términos generales tiene que ver con la responsabilidad del Estado en los procedimientos obstétricos cuando originan daños antijurídicos a las pacientes que presentaron una gestación con riesgo, como varios de los temas tratados por el Consejo de Estado de Colombia, son temas inacabados y controversiales.

Inacabados en principio, porque la interpretación del derecho a la luz de los casos puntuales siempre dejara la ventana abierta para nuevas teorías y visiones, pero también porque el órgano de cierre de lo Contencioso administrativo hasta ahora empieza a adoptar una posición definitiva sobre el tema que abordamos y que en los apartes siguientes de la presente investigación serán abordados. Pero también controversiales porque siempre que de por medio estén los derechos de las madres y sus hijos (derecho a la salud, derecho la vida) , a la par de la pericia (o impericia) de los profesionales de la salud, esa tensión, es controversial y acarrea consecuencias patrimoniales a quienes originan el daño.

Ahora más allá de lo antes dicho, corresponde en principio entrar a definir con claridad algunos conceptos que permitan el estudio del tema propuesto. El primero de ellos es el ateniende a la responsabilidad que según el diccionario de la Real academia de la lengua

española se tiene que la responsabilidad es la “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”⁷⁸.

De tal suerte que aplicado lo anterior a la responsabilidad Estatal, imparajitadamente tenemos que referirnos al artículo 90 de la Constitución Política de 1991, donde encontramos la denominada cláusula de responsabilidad del Estado. Así el constituyente de 1991, amplió el espectro de la responsabilidad del Estado y de sus agentes por la violación de los derechos de las personas. En términos del profesor Jacobo Pérez Escobar: “la violación de los derechos de las personas necesariamente acarrea responsabilidad por parte de los violadores. Esta responsabilidad, según la clase de derecho violado puede ser penal, disciplinaria, policiva y civil. La Constitución de 1991, a diferencia de la anterior, se ocupa con gran amplitud del tema de la responsabilidad, especialmente de la que corresponde al Estado y a sus agentes por violación de los derechos de las personas”⁷⁹.

Sobre éste mismo punto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“Hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. La responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial a partir de la jurisprudencia desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado. Respecto al aporte de la Corte Suprema de Justicia, este inicia con la sentencia de octubre 22 de 1896, donde se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisdicción contencioso administrativa. A partir de la expedición de la ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas. La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal. Fue a instancias del constituyente de 1991 que acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas,

⁷⁸ Diccionario de la Real academia de la Lengua Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>

⁷⁹ PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Ed. Temis, 2004. Séptima Edición. Pág. 289.

responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual”.⁸⁰

Pero acá convendría detenerse un poco a efectos de establecer porqué el Estado debe responder, ante lo cual la explicación teórica corresponde abordarse desde la historia del derecho. El Profesor Gustavo Gómez Aranguren, explica que la responsabilidad del Estado como fenómeno histórico: “marcha de la mano con las transformaciones ocurridas en el proceso de conformación del estado demoliberal burgués. En efecto, no cabe desligar la evolución de la responsabilidad estatal del nacimiento y maduración del principio de legalidad, que como se sabe es patrimonio principal del Estado constitucional, cuya fuente histórica la localizamos en la revolución burguesa en el entendido que la ley es el instrumento más eficiente para proteger los valores fundantes del liberalismo, obviamente amenazados ante la naturaleza misma de cualquier estructura de poder. Así, en tanto la libertad, la propiedad privada, la igualdad y la democracia son garantías supremas del individuo, la organización estatal en cuanto su naturaleza es sumar capacidad de subordinación puede franquear en cualquier momento estas garantías supremas, por ello era necesario limitar el poder al imperio de la norma jurídica en cuyo centro gravita la protección de los valores del sistema, consecuentemente la legalidad aparece como la garantía invaluable del individuo, su carta de protección frente a la vulneración que pueda provenir del grupo mediante los instrumentos de ese mismo grupo que se materializan en el ejercicio de la actividad estatal. Una organización estatal limitada por la norma jurídica es la condición que facilita la preservación de lo que el sistema liberal considera como la razón de ser fundacional del Estado.”⁸¹

Más adelante anota que en un Estado absolutista sería inconcebible la idea de la responsabilidad, esto es: “Casi resulta innecesario comentar que la responsabilidad del Estado es poco menos que un imposible dentro de los sistemas políticos en los que la actividad pública de la administración se organiza de manera personalista, autocrática, a cuyo trasluz el ciudadano como persona dotada de deberes pero también de derechos, es considerada como un simple individuo súbdito, condicionado al poder del dueño de poder cuya fuente es distante de los propios individuos que deben soportar la autoridad.”, y concluye:

“El concepto de responsabilidad por tanto, es un corolario inequívoco del concepto de legalidad, pues no existe responsabilidad sin legalidad y a la postre, aquella por esa misma razón, podría afirmarse que es la razón esencial de lo jurídico”⁸².

A continuación nos corresponde definir el concepto del Daño, pues dentro de la responsabilidad del Estado, originado ya sea en forma contractual o extracontractual, aquel es uno de los elementos basilares que debe contenerse y probarse, en ese sentido advierte el doctor Juan Carlos Henao: “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad

⁸⁰ Sentencia de Constitucionalidad C-644 de 2011. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

⁸¹ GOMEZ ARANGUREZ. Gustavo Eduardo. Derecho Administrativo. Editorial ABC EDITORES LIBRERÍA LTDA. 202 Pág. 471.

⁸² *Ibidem*.

última de la responsabilidad civil. Por tal razón, no se comparte el estudio que en ocasiones hace el Consejo de Estado Colombiano en los procesos de responsabilidad cuando redacta una sentencia a partir del elemento falla del servicio. (...) primero se ha de estudiar el daño luego la imputación y, finalmente, la justificación del porque se debe reparar”⁸³.

A nuestro modo de ver el daño, más exactamente y el que nos interesa: el daño antijurídico es el perjuicio que se le causa a una persona que no tenía el deber legal de soportarlo; daño que desde luego deviene en que sea contrario a la carta política y a la ley. Para mayor ilustración, acudimos a la sentencia del Consejo de Estado del 12 de junio del 2014, del Magistrado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, expediente 29501, quien al abordar el tema preciso: “El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la: “(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”. Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado: “(...) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁰³.

Debe quedar claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.”

Pues bien, en ese orden de ideas, una de las especies de la responsabilidad extracontractual del Estado, se origina en tratándose de procedimientos médicos, o en palabras del doctor Enrique Gil Botero: Responsabilidad del Estado por la Actividad Medico Sanitaria. Y una de las subespecies de la responsabilidad Estatal, muy particular y con sus propias dinámicas

⁸³ HENAO, Juan Carlos. El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Pág. 37. 1998.

probatorias, es la que tiene que ver con la responsabilidad médica por procedimientos obstétricos.

Así las cosas, abordemos diversas temáticas para conformar un marco teórico que cumpla su propósito fundamental de establecer un Estado del arte sobre el asunto y además la necesaria claridad conceptual.

5.1. LA FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La salud en el ordenamiento jurídico colombiano presenta una doble connotación. De un lado su naturaleza de servicio público esencial a cargo del Estado y del otro su esencia como un derecho fundamental autónomo, objeto de protección estatal y exigible ante la jurisdicción. Significa ello que “no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas” (Consejo de Estado, 2010, 18 de febrero).

Lo anterior ha sido reconocido por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “la salud dentro del ordenamiento jurídico nacional presenta doble connotación, en tanto servicio público esencial [1] y como derecho fundamental [2]. Tal dualidad ha generado una correlatividad entre sus alcances como derecho fundamental y como servicio público, en tanto la atención ha debido ajustarse al contenido propio que se le ha reconocido como derecho y este, a su vez, ejercerse dentro de los parámetros dispuestos en la regulación del servicio, siempre que ellos se ajusten al desarrollo constitucional que corresponde al derecho fundamental” (Corte Constitucional, 2013, 12 de noviembre).

En virtud de ello, el Consejo de Estado ha señalado que “desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, será imputable a la organización pública”(Consejo de Estado, 2010, 18 de Febrero), como en el caso de la actividad médica obstétrica.

Este derecho-servicio de salud, está compuesto en su núcleo esencial, y cuya vulneración eventualmente se traduce en responsabilidad estatal, por: i) integralidad, en virtud de la cual “la atención y el tratamiento deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones” (Corte Constitucional, 2004); ii) oportuno, es decir, libre de obstáculos burocráticos y administrativos, así como diligente con la urgencia y premura del servicio de salud. Así, por ejemplo, cuando una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta”(Corte Constitucional, 2001). Significa ello que para garantizar el derecho fundamental a la salud este debe ser prestado de manera integral y oportuna al ciudadano, so pena no solo de vulnerarlo sino de causar un daño antijurídico, ambos imputables a la

Administración. En consecuencia “la responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se cause un daño a la salud de los pacientes, cuando tales fallas constituyan en sí mismas la vulneración de otros de sus derechos o intereses jurídicos, como el de la prestación eficiente del servicio” (Consejo de Estado, 2011, 27 de Abril).

Así por ejemplo aunque la muerte del paciente no sea imputable a la entidad, la ocurrencia de la falla del servicio médico por omisión en la práctica de un examen médico, en la determinación de su estado de salud, en la atención de urgencias, o especializada, entre otros, cuando era necesario configura la responsabilidad estatal y conlleva a la condena por el daño moral causado a los familiares que, se reitera, no consistió en la muerte del paciente, sino en la vulneración de su derecho constitucional a la salud, por no haberle brindado la atención médica que requirió (Consejo de Estado, 2011, 27 de Abril).

En igual sentido, el Consejo ha reconocido la vulneración de este derecho como una falla en el servicio que estructura la responsabilidad estatal frente al “trato cruel, inhumano y degradante al que la paciente y sus seres queridos fueron sometidos, el que les impidió soportar la pérdida, que sobrevendría de todas maneras pero en condiciones de dignidad” (Consejo de Estado, 2012, 15 de febrero) por la negación injustificada del servicio médico asistencial. Entiende la Corporación que “cuando el Estado omite sus obligaciones, irremediamente se está generando una franca desprotección a las personas que acuden a cualquier institución médica, sea ésta pública o privada. En este caso estamos frente a un verdadero comportamiento omisivo de la administración” (Sanchez, 2002), que genera la vulneración del derecho a la salud y/o un daño antijurídico que el paciente no está en condición de soportar.

La responsabilidad estatal queda comprometida además porque al no garantizar el derecho fundamental a la salud, con la prestación adecuada del servicio médico asistencial, y generándose o no daño antijurídico, ocasiona “la pérdida de oportunidad o chance”, es decir, el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud por la demora o retraso en la atención, configurando la falla en el servicio. En otras palabras, “la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento” (Consejo de Estado, 2011, 8 de junio).

Así las cosas, a la luz del artículo 49 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; y en consecuencia, todos los ciudadanos están facultados para exigir del Estado el cumplimiento efectivo de dicha obligación. Ese derecho a la prestación del servicio de atención en salud ostenta una dimensión programática: su plena garantía constituye, más que una realidad actual, un objetivo político y un compromiso derivado de la estructura del Estado Social de Derecho” (Consejo de Estado, 2009, 11 de Febrero), de forma que “el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o

cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resulten convenientes a la salud del paciente, pero se oponían a sus propias opciones vitales” (Consejo de Estado, 2011, 8 de junio).

5.2. LA LEX ARTIS Y LEX ARTIS AD HOC

Reúne los postulados profesionales y científicos (reglas generales) utilizados en la actividad médica para casos semejantes o parecidos, es decir la “actuación conforme cuidado objetivamente debido” (Quintero, 2012) del médico con el paciente y su estado de salud; y a su vez, demarca el alcance de las actuaciones médicas frente a cuadros clínicos determinados, en donde aquellas que se escapen de la esfera del conocimiento profesional no podrán ser reprochadas de conformidad con la Lex.

Constituye el barómetro de las actuaciones médicas y el punto de referencia para identificar la omisión o el error en el ejercicio de la profesión del galeno; significa ello que “una intervención médica es correcta si esta medicación indicada se ha realizado de acuerdo a la lex artis” (Briceño, 2012). En palabras del tratadista español Zaplana “la responsabilidad patrimonial de la administración sólo surge cuando hay una determinada realización de causalidad entre la actividad y el resultado dañoso producido y que se haya dado por parte de la administración, o el personal médico a sus servicio, una infracción de la lex artis que exige que, en el caso concreto, se actúe de un modo diferente a como se hizo” (Zaplana, citado en, Briceño, 2012).

A su turno, la Sociedad Colombiana de Anestesia y Reanimación –SCARE- define la Lex Artis médica como el “estricto acatamiento de las disposiciones técnicas y científicas de la ciencia médica, siendo ésta la que nos permita averiguar si en determinada actuación un médico incurrió en una mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en responsabilidad” (Meza, 2008, citado en, Quintero, 2012). En virtud de ello, la infracción a dichas disposiciones será considerada como un actuar negligente, y generador de responsabilidad.

Ahora bien, y debido a la complejidad de la actividad médica las reglas generales de la actuación diligente diferirán según el lugar y las diversas situaciones y circunstancias ante las cuales el médico se encuentre, verbigracia, el embarazo de alto riesgo. Esa adecuación se ha denominado Lex Artis Ad Hoc, la cual “viene a constituir aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, de la influencia en otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida” (García, citado en, Quintero, 2012).

Luego entonces la responsabilidad médica estará determinada por el acatamiento a la Lex Artis y a la Lex Artis Ad hoc, al permitir establecer la impericia del galeno en la realización del acto médico. Particularmente, en el acto obstétrico, el Consejo de Estado ha resaltado la importancia de llevar a cabo los protocolos y procedimientos médicos existentes al respecto para evitar la falla en el servicio, ya que cuando “la atención médica, es abiertamente contraria a los protocolos médicos (lex artis) aplicables a un cuadro clínico de embarazo de

alto riesgo, compromete la integridad de la gestante, y del fruto de su embarazo, estructurando una falla” (Consejo de Estado, 2007, 19 de Octubre).

5.3. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO EN LOS PROCEDIMIENTOS OBSTÉTRICOS

En virtud de la cláusula general de responsabilidad contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que cause y que le sean imputables, con ocasión del quebrantamiento de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Consecuencia de lo anterior, surge la obligación de reparar integralmente los perjuicios ocasionados, como garantía de los ciudadanos.

En el ámbito médico, dicha responsabilidad se configura “de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales”(Consejo de Estado, 2010, 28 de Abril).

Encuentra su sustento en la denotación constitucional de la salud como un servicio público a cargo del Estado (art 49), y como un derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico, que está obligado a garantizar. La falla en la prestación de este servicio por intermedio de las instituciones públicas de salud que genere daños antijurídicos, configura la responsabilidad estatal.

Particularmente, la responsabilidad médica estatal en el procedimiento obstétrico se configura por la vulneración de los deberes por parte de los médicos en la prestación del servicio sanitario, relacionado con “i) prestar asistencia profesional, ii) de actuar con ciencia y prudencia, ajustado a los parámetros de la *lex artis*, iii) de respetar la voluntad del paciente, iv) de informar, y hacerlo de forma suficiente, v) de obtener el consentimiento informado, vi) de colaborar, vii) de abstenerse de realizar ciertas actividades, viii) de abstenerse de prometer un resultado, ix) de permitir una segunda opinión, cuando no exista claridad en la valoración y diagnóstico, x) de fiscalizar y controlar al personal auxiliar, xi) de emplear técnicas aceptadas por la ciencia médica, xii) de guardar el secreto profesional, xiii) de denunciar las irregularidades; y que conllevan la producción de un daño, bien por la muerte de la madre, del gestante, o las afectaciones de salud a uno y otro” (Gil, 2008); como quiera que han fallado aspectos esenciales en el actuar diligente y cuidadoso al que se encuentra sometido el médico y, específicamente, la administración sanitaria (Gil, 2008).

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido como criterios de evaluación para definir la estructuración de la responsabilidad médica estatal en obstetricia, “la normalidad o anormalidad del embarazo”, “el nivel de atención de las IPS en Colombia”, “las circunstancias previas al parto”, y “el acto médico como una actividad compleja” (Jiménez, 2012).

5.3.1. NORMALIDAD O ANORMALIDAD DEL EMBARAZO

Ha dicho el Consejo de Estado: “en aquellos eventos en que se demuestre que el embarazo se desarrolló en condiciones normales, es decir, que no presentó complicación médica o patológica alguna durante todo el proceso de desarrollo, pero se produce un daño antijurídico al feto y/o a la madre en el preciso momento del alumbramiento, se origina un indicio de falla del servicio en el acto obstétrico, lo cual constituye la regla probatoria que opera como un criterio general en estos casos. Sucede lo contrario, si el proceso de gestación presenta alguna patología o riesgo, pues en tal caso no opera indicio de falla, y la parte demandante deberá demostrarla mediante otros medios probatorios establecidos por la ley” (Consejo de Estado, 2011, 25 de Mayo).

5.3.2. NIVEL DE ATENCIÓN DE LAS IPS EN COLOMBIA

Expone el Consejo de Estado: “la insuficiencia de medios materiales y recursos humanos para la atención de un parto constituye una falla del servicio, si se logra demostrar que, de acuerdo con el nivel de atención de la entidad hospitalaria, esta tenía la obligación legal de disponer de dichos recursos para evitar el daño ocasionado a la víctima” (Consejo de Estado, 2011, 25 de Mayo).

5.3.3. CIRCUNSTANCIAS PREVIAS AL PARTO

Refiere al control prenatal realizado en la mujer embarazada para llevar el seguimiento del desarrollo del feto, y la identificación de algún antecedente médico o condición física de la madre que pueda incidir durante el parto o con posterioridad a este; Configura responsabilidad cuando “por negligencia, impericia o imprudencia del médico, éste no haya ordenado los controles suficientes e indispensables para garantizar que el parto o la cesárea no presente algún tipo de complicación” (Jiménez, 2012).

5.3.4. EL ACTO MÉDICO COMO UNA ACTIVIDAD COMPLEJA

Aborda el “alcance de los deberes de la actividad médica conforme al principio de la confianza legítima” (Consejo de Estado, 2012, 28 de marzo) en cabeza del médico tratante que atendió el parto, en aquellos eventos en que las actuaciones uno o varios integrantes del equipo médico inciden indudablemente en el resultado final (Jiménez, 2012). Explica la Corporación:

“El daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la etapa del parto, la atención post-parto y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención)” (Consejo de Estado, 2011, 7 de Febrero).

Por tal motivo:

“la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas,

concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo” (Consejo de Estado, 2006, 25 de mayo).

6. TÍTULO DE IMPUTACIÓN RESPONSABILIDAD MÉDICA OBSTÉTRICA

En la responsabilidad médica, el título jurídico de imputación es la falla en el servicio, entendida esta como el quebrantamiento de una obligación que está a cargo del Estado. Como en antaño señaló el Consejo de Estado “cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo” (Consejo de Estado, 1990, 24 de Octubre).

En el ámbito sanitario, consiste en “la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos; un perjuicio, cierto y determinado y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio” (Consejo de Estado, 1998, 5 de Febrero). En concreto:

[...] hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico, cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los riesgos no consentidos no se materialicen o, inclusive, aun cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente. En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales” (Consejo de Estado, 2010, 28 de Abril).

Respecto del procedimiento obstétrico, la falla en el servicio se configura en el momento del parto cuando se causa un daño antijurídico a la madre o al nasciturus que produce la muerte o lesiona el derecho a la salud de la paciente y su hijo. La carga probatoria estará en cabeza-actualmente-de la víctima (falla probada) o de la entidad de salud-otrora tiempo-(falla presunta).

Inicialmente el Consejo de Estado, contempló la falla presunta como el título de imputación a aplicarse en la responsabilidad médica obstétrica, por lo cual, el paciente damnificado por un eventual error médico debía probar la falla del servicio, representada en la actuación desplegada por el galeno o la entidad de salud pública correspondiente, bajo el entendido de que las obligaciones que comprenden los actos médicos son de medio y no de resultado. Afirmaba entonces “que la responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga

al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta” (Consejo de Estado, 1994, 18 de Abril).

Posteriormente y considerando la situación en la que “el paciente damnificado tiene que cargar con el peso de probar una falla de la administración en el ámbito de la ciencia médica, específicamente por daños ocasionados en intervenciones quirúrgicas, se tornaba en una carga exorbitante que reñía con el ideal de la realización de la justicia” (Quintero, 2012), aplicó la falla presunta del servicio en virtud de la cual “el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume” (Consejo de Estado, 1995, 3 de febrero).

Luego, “regresó” la jurisprudencia del Consejo de Estado a la aplicación de la falla probada en estos casos, resaltando que “a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal”(Consejo de Estado, 2005, 14 de Julio), admitiendo que “la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño (Consejo de Estado, 2005, 14 de Julio).

Continuó hacia la denominada “carga dinámica de la prueba” en la cual “habrá situaciones en las que sin duda es el paciente el que se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva, así como habrá situaciones en las que la entidad debe acreditar las causales de exoneración de responsabilidad (...) por lo que el juzgador debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión” (Consejo de Estado, 2011, 7 de abril).

Concluye con la reiteración de la falla probada del servicio, pero con factores de “aligeramiento de la carga”, los cuales obedecen a las siguientes subreglas: “i) en los eventos de responsabilidad médico – obstétrica, el demandante deberá probar todos los elementos de la responsabilidad. ii) Si el embarazo se desarrolló en condiciones normales y sin complicaciones médicas o patológicas, se origina un indicio de la presencia de una falla del servicio en el acto obstétrico. iii) Se trata de un único indicio que sería demostrativo de la relación fáctica entre la conducta médica y el daño, así como entre este último con la falla del servicio. iv) a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria” (Gil, 2008).

7. OBLIGACIONES EN EL CAMPO DE LA MEDICINA OBSTÉTRICA

Tradicionalmente las obligaciones en el campo de la medicina se han abordado como de medios, por cuanto “difícilmente, así el procedimiento que se vaya a adelantar pareciese de baja complejidad, se puede comprometer a obtener la curación, o la recuperación total, pues existen multiplicidad de riesgos y complicaciones que pueden sobre venir y que escapan del manejo médico” (Jaramillo, 2008, pág. 333). En este sentido, no es posible predicar una obligación del resultado toda vez que el galeno no está en capacidad de prever todos los riesgos que conlleva, por ejemplo, una intervención quirúrgica, o cualquier otro procedimiento médico, pues existen una serie de circunstancias tales como la edad, salud, factores genéticos o hereditarios, entre otros factores incontrolables y algunas veces imprevisibles, que inciden en el resultado final de la intervención médica (Jaramillo, 2008, p. 335).

Sin embargo, en la especialidad obstétrica, el Consejo de Estado ha tomado la obligación del médico como de resultado, en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente. Textualmente ha expresado: “teniendo en cuenta que el parto es la culminación de un proceso natural, la entidad demandada, con la finalidad de enervar la pretensión resarcitoria, estará en la obligación de demostrar que el embarazo, parto y circunstancias posteriores a él, estuvieron rodeadas de eventos imprevisibles e irresistibles ajenos a la ordinaria normalidad que debe presentarse en estos eventos” (Consejo de Estado, 2000, 17 de Agosto). Lo anterior en el entendido que “la ciencia médica acude a apoyar el parto o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología (Consejo de Estado, 2007, 19 de Octubre).

Aun así, no se trata de una responsabilidad objetiva del médico obstetra en el ejercicio de su actividad, que traduzca siempre su obligación de resultado, sino que esta se presentará en la hipótesis señalada, y en todo caso como un indicio de culpabilidad del galeno y la institución pública de salud. Aclara el Consejo:

“la propia Sala ha reconocido una especial significación en los casos de responsabilidad médica - obstétrica, al señalar que los mismos si bien no deben ser decididos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, sí debe reconocerse un indicio grave de falla del servicio, siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento. Como se desprende de la posición más reciente de la Sala, en asuntos médicos de esta naturaleza - y eventualmente en otros - , la falla podría sustentarse en indicios, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad” (Consejo de Estado, 2008, 1 de Octubre).

8. ACTO MÉDICO Y PROCEDIMIENTO OBSTÉTRICO

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha abordado el concepto de acto médico, aduciendo que “se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende

particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo” (Consejo de Estado, 2010, 23 de Agosto).

Junto al acto médico, surgen conceptos como acto médico complejo y acto médico conexo; el primero, refiere a “todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo” (Consejo de Estado, 2010, 23 de Agosto); el segundo está integrado por “(iii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes (...) cuyas manifestaciones más claras son (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria” (Consejo de Estado, 2011, 27 de Abril).

A su turno se ha entendido el “acto médico obstétrico” o procedimiento obstétrico como “las intervenciones en la gestación, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero” (Consejo de Estado, 2000, 17 de Agosto) que realiza el especialista médico en la mujer embarazada y el feto; elementos del acto médico propiamente dicho; los actos conexos, como los controles prenatales, y el acto complejo como la sumatoria de los dos, junto con los demás protocolos a cumplirse en el periodo de gestación.

9. DIAGRAMACIÓN DE LA LÍNEA

¿Se configura responsabilidad médica estatal, por el daño antijurídico causado por el procedimiento obstétrico en pacientes catalogadas con embarazo de alto riesgo?

<p>Sí. Se configura la responsabilidad médica obstétrica por parte del Estado en aquellas pacientes que</p>	<p>Sentencia del 17 de Agosto de 2000 Exp. 12123 (*) Sentencia del tres de mayo de 2007 Exp. 16098 (#)</p>	<p>Sentencia del siete de Febrero de 2011 Exp 25032</p>	<p>No. Se exime de responsabilidad médica obstétrica el Estado en aquellas pacientes que presentan un</p>
---	---	---	---

<p>presentan un embarazo riesgoso, cuando la falla en el servicio es la causa eficiente del daño antijurídico, y no así, la situación riesgosa.</p>	<p>Sentencia del 26 de Marzo de 2008. M.P. Ruth Stella Palacios (**) Sentencia del primero de Octubre de 2008 C.P. Enrique Gil Botero Exp 27268 (#) Sentencia del siete de abril de 2011 Exp. 19801 (#) Sentencia del 9 de febrero de 2011 Exp 16934 (#) Sentencia del 26 de Enero de 2012 C.P. Hernan Andrade Exp 21726 (#) Sentencia del 14 de Marzo de 2012 Exp 21962 (#) Sentencia del 24 de Julio de 2013 .CP. Carlos</p>		<p>embarazo riesgoso, cuando el daño antijurídico obedece a la materialización de dicho riesgo, y no a la prestación del servicio médico, recordando que las obligaciones de los galenos en estos casos son de medio y no de resultado.</p>
---	--	--	---

	Zambrano 27743(***)	Exp		
--	------------------------	-----	--	--

(*) Fundacional (**) Hito (***) Arquimédica (#) Confirmadora de línea

9.1. EXPLICACIÓN DEL DIAGRAMA

Como se observa desde el año 2000 el Consejo de Estado ha procurado mantener una tendencia en materia de responsabilidad médica obstétrica en los casos de complicaciones previas al parto, al imputar la falla en el servicio médico al Estado bien por omisión de su deber estatal o por la vulneración al derecho a la salud de la madre gestante, encontrándose como disertación fundacional la afirmación según la cual “el daño fue producto de una evidente falla del servicio probada, puesto que la parte actora ha demostrado que la administración omitió realizarle a la actora exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo haberse diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño” (Sentencia del 17 de Agosto de 2000). Posición reiterada en la sentencia del 2008 en donde se determina que “el demandado incurrió en falla médica, posterior a la hemorragia de la paciente, al no realizar todos los exámenes necesarios para descartar de manera definitiva el embarazo, el examen clínico realizado por el doctor G. A. y la patología resultaron insuficientes para llegar a una conclusión sobre tal estado, como lo demuestra de manera fehaciente el feto de 12 semanas de gestación encontrado en el útero extraído” (3 de Mayo).

Ya para el 2008, se sentó una posición certera en estos casos, en virtud de la cual a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal (26 de Marzo). Hasta este momento la jurisprudencia del Consejo de Estado, se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado.

En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio (C.E. 2008, 26 de Marzo).

Esta posición se mantuvo, complementada en parte por la perspectiva del Consejero Gil Botero, en la sentencia del primero de octubre del mismo año en la que reconoce que “el

daño antijurídico tuvo su origen en una falla médica, que se ve reflejada en la actitud pasiva y de tranquilidad asumida por el cuerpo médico que, conociendo varios síntomas y signos de la paciente que eran lo suficientemente indicativos de la existencia de preeclampsia, se confiaron de manera negligente, al someter a aquella a diferentes exámenes de laboratorio que sólo horas más tarde arrojaron un resultado concreto” (Exp. 27268).

Se reiteró lo anterior, en sentencias del siete de abril de 2011 Exp. 19801, del 9 de febrero de 2011 Exp 16934, del 26 de Enero de 2012 C.P. Hernan Andrade Exp 21726, del 14 de Marzo de 2012 Exp 21962, y finalmente del 24 de Julio de 2013 .CP. Carlos Zambrano Exp 27743, esta última en la que se señaló “el régimen de responsabilidad aplicable a tales asuntos debía gobernarse con fundamento en la falla probada del servicio”.

No obstante esta tendencia, en una decisión que obedece más al Consejero que a la posición de la Corporación, se afirmó “se exime de responsabilidad médica obstétrica el Estado en aquellas pacientes que presentan un embarazo riesgoso, cuando el daño antijurídico obedece a la materialización de dicho riesgo, y no a la prestación del servicio médico, recordando que las obligaciones de los galenos en estos casos son de medio y no de resultado” (Sentencia del siete de Febrero de 2011 Exp 25032).

Por otra parte, es importante resaltar que no obstante no se pueda probar que la falla médica causó el daño antijurídico, es posible atribuir responsabilidad patrimonial al Estado, si se logra demostrar que dicha actuación negligente redujo las probabilidades de la paciente y su hijo de bien evitar por completo el daño o de aminorar las secuelas del mismo; en palabras de la Corporación “la pérdida de la oportunidad hace referencia, como su nombre lo indica, a la disminución en la probabilidad de haberse evitado el daño que finalmente se causó, planteamiento que pese a la facilidad en su formulación, ha presentado desde antaño una gran dificultad en su aplicabilidad. (...) esta Subsección ha precisado que la pérdida de la oportunidad se traduce en un perjuicio autónomo, diferente del daño final al que realmente se vio sometido el paciente” (Consejo de estado, 2012, 26 de enero).

Así las cosas, se configura la responsabilidad médica obstétrica aún en los casos de complicaciones durante el embarazo, si la falla en el servicio es la causa eficiente del daño antijurídico, y no así, la situación riesgosa; en caso contrario se eximirá cuando el daño antijurídico obedece a la materialización de dicho riesgo, y no a la prestación del servicio médico.

9.2. NICHOS CITACIONAL:

Sentencia del 17 de Agosto de 2000 Exp. 12123 (*)

Sentencia del tres de mayo de 2007 Exp. 16098

Sentencia del 26 de Marzo de 2008. M.P. Ruth Stella Palacios (**)

Sentencia del primero de Octubre de 2008 C.P. Enrique Gil Botero Exp 27268

Sentencia del siete de abril de 2011 Exp. 19801

Sentencia del 9 de febrero de 2011 Exp 16934

Sentencia del siete de Febrero de 2011 Exp 25032

Sentencia del 26 de Enero de 2012 C.P. Hernan Andrade Exp 21726

Sentencia del 14 de Marzo de 2012 Exp 21962 (***)

Sentencia del 24 de Julio de 2013 .CP. Carlos Zambrano Exp 27743

9.3. RATIO DECIDENDI

A. Fundacional

Identificación: Sentencia del 17 de Agosto de 2000 Exp. 12123 (*)

Magistrado Ponente: Alier Hernandez Problema Jurídico:

¿Es responsable la entidad demandada por la falla en la prestación del servicio de salud, al omitir la realización de exámenes médicos que determinarían el tiempo de gestación?

Tesis:

SI Fundamento de la Corporación

“En el caso sub iudice, la entidad demandada no ha demostrado que en el proceso de embarazo de la señora MARIA ARACELLY MOLINA MEJIA, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento del niño LUIS CARLOS CATALAN RAMÍREZ, se produjeron circunstancias imprevisibles o irresistibles que la liberan de responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica, por el resultado de dicho proceso, el cual dejó como secuelas la infertilidad y disminución de la respuesta sexual de la madre y retardo mental severo del niño” Ratio Decidendi:

“No hay duda de que el daño fue producto de una evidente falla del servicio probada, puesto que la parte actora ha demostrado que la administración omitió realizarle a la actora MARIA ARACELLY MOLINA exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo haberse diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño.

De modo que fue la conducta negligente de la administración la que desencadenó el daño que se reclama, razón por la cual no es necesario acudir ni siquiera al régimen de presunción de falla para deducir su responsabilidad, puesto que la misma está abundantemente probada en el proceso”.

B. Hito

Identificación: Sentencia del 26 de Marzo de 2008

Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio Problema Jurídico:

¿Es responsable la entidad demandada por la falla en la prestación del servicio médico en el retraso de la realización de la una cesárea?

Tesis:

SI Fundamento de la Corporación

“Los hechos probados llevan a la Sala a concluir la falla en el servicio médico y la relación causal entre ésta y la muerte del feto, la cual se produjo por no haber practicado la cesárea a la paciente en el momento en el cual sufrió la hemorragia, como consecuencia del desprendimiento de la placenta, lo cual ocasionó que el niño se ahogara. Lo que se hizo en la entidad hospitalaria fue esperar la llegada del médico tratante. Ese hecho aparece acreditado en el expediente con la historia clínica y los informes presentados por el médico y la enfermera que atendieron a la paciente en la Clínica El Bosque Ltda” RATIO DECIDENDI:

“En síntesis, por los antecedentes del embarazo de la señora Elvira Caballero Corredor era de esperarse que el parto presentara complicaciones. La madre fue diligente al demandar del médico obstetra su asistencia cuando advirtió que podía estar sufriendo una anomalía o que se iniciaba el trabajo de parto. El médico le indicó la Clínica a la cual debía asistir y así lo hizo la paciente. El riesgo del desprendimiento de la placenta que estuvo latente durante el embarazo se materializó hacia la 1:00 o 1:30 de la mañana siguiente, pero a pesar de hallarse ya en la Clínica en manos de los profesionales que debían atenderla, se esperó la llegada del obstetra, quien extrajo a la criatura cuando esta se había ahogado en la sangre.

Entonces, como la entidad demandada incurrió en falla del servicio porque no le prestó a la paciente la asistencia que requería durante el parto de su segundo hijo, y esa falla fue la causa del daño por el cual se reclama la indemnización, la misma deberá indemnizar los perjuicios morales que esa omisión les causó a los demandantes que acreditaron haber sufrido ese daño”

C. Arquimédica

Identificación: catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012) Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero Problema Jurídico:

¿Es atribuible a la entidad demandada el daño antijurídico sufrido por la demandante al llevar a cabo un parto natural y no una cesárea?

Tesis:

SI Fundamento de la Corporación

“analizada la historia clínica de la señora Piedad Emilse Moreno Zapata, se observa que las impresiones diagnósticas que le fueron señaladas tales como la desproporción cefalopélvica, el anillo de bandl y el embarazo general, requerían de un diagnóstico y una conducta médica clara que no se le proporcionó en ningún momento de la atención brindada a lo largo de las remisiones a las que fue sometida, ya que solo se descartó el embarazo gemelar, y a pesar de ello se permitió que el parto continuara por vía vaginal, cuando esas impresiones diagnosticas indicaban la necesidad de una cesárea, motivo por el cual la paciente debió ser remitida a un hospital donde no solo existiera unidad materna, sino también los especialistas del área de obstetricia que se encontraran en capacidad de realizar una cesárea, o en su defecto de contener la hemorragia post parto; adicionalmente una vez presentada la hemorragia, la actuación médica tendiente a detenerla debió ser inmediata, como ello no se realizó, se configura la falla en el servicio”

Ratio Decidendi:

“En efecto, en estas circunstancias, la paciente demanda una atención y manejo especializado, de allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial; en el presente caso, la madre, no recibió propiamente el trato digno que merecían por la sola condición de ser persona, amén de que para el caso concreto también era paciente, o sea ser que se encontraban en situación de sujeción al servicio de otros, profesionales en el área hospitalaria y de la salud.”

9.4. APORTES DEL GRUPO

Aunque no se pudo documentar las sentencias revisadas para efectos de la línea, el grupo determinó que la posición manejada por el Tribunal Administrativo de Santander, es coincidente y casi que irrestricta con el precedente vertical que el Consejo de Estado ha construido en materia de responsabilidad médicaobstétrica, siendo garante del derecho a salud de la paciente y de su hijo víctima de la falla médica.

Como soporte de lo anterior, se tienen las sentencias de la Corporación en las que revisó decisiones tomadas por el Contencioso de Santander, de las cuales se resalta lo que sigue:

Sentencia del 2 de febrero de 1996: “...la Sala a mas (sic) de encontrar que hubo error inexcusable por parte de los médicos que atendieron al hubo fallas en el Hospital Universitario Ramón González Valencia.(...) paciente... en la segunda y tercera consulta, en el servicio Médico (sic) de la UIS, estima que también En efecto, independientemente de la dificultad que se presentaba para un diagnóstico pronto y acertado, lo cierto es que en dicho centro no se desplegaron toda la diligencia y el cuidado que ameritaban las dolencias del paciente”.

Sentencia del 17 de julio de 2003: “a la Nación, a través del Ministerio de Salud, le compete organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud, en ese sentido, es responsable cuando por falta de organización del servicio se causen daños, sin importar que dicho servicio sea prestado por un ente territorial o cualquier entidad del sector descentralizado por servicios” (...) para la Sala por la gravedad de las lesiones la paciente requería todas las medidas terapéuticas anotadas en las órdenes médicas circunstancia que en principio permitiría afirmar que el tratamiento ordenado fue adecuado más no OPORTUNO”.

Sentencia del 26 de marzo de 1998: “La existencia de la anomalía administrativa en la prestación del servicio médico hospitalario del I. S. S. en la fase de diagnóstico en la hospitalización por urgencia, como lo aseguró la demanda, en los aspectos de diagnóstico defectuoso (hechos 6, 7 y 12 de la demanda) atados a la falta de especialidad por los médicos en la hospitalización (hechos 10 y 11). La omisión del I. S. S. se estructura como quebranto al deber del Estado, en este caso el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, para proteger con diligencia el derecho de atención médico hospitalario de una afiliada (art. 2º Constitucional)”.

10. CONCLUSIONES

De la línea jurisprudencial que antecede se puede determinar que:

La obligación del médico en gineco-obstetricia se presumirán de resultado cuando el embarazo se desarrolle con normalidad y solo en el parto se presente una complicación, y de medio cundo la gestación ha presentado inconvenientes lo que no obsta para eximir de responsabilidad pues será la causa eficiente del daño, y no la situación en la que se encontraba, la que estructura la falla en el servicio;

Es relativa la posición del Consejo de Estado en estos casos, toda vez que ha aplicado indistintamente una serie de criterios en sus fallos que permiten definir cuándo procede

declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en que se producen un daño a la madre o al hijo durante el parto (Jiménez, 2012).

Los títulos de imputación aplicables a la responsabilidad médico-obtétrica es el subjetivo con fundamento en la falla probada del servicio, por lo que cuando se produzca un daño por las lesiones o la muerte de la madre o el hijo o de ambos, con ocasión del parto, se deberá acreditar que el mismo fue causado por dicha falla; correlativamente la entidad demandada podrá exonerarse si logra demostrar que ésta no existió, que su actuación cumplió la Lex Artis Ad hoc.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T- 635 De 2001. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Corte Constitucional. Sentencia T- 804 De 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. Sentencia T- 136 De 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

Consejo De Estado. Sección 3ª. Sentencia De 28 De Abril De 2010, Exp. 17725. M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia De 25 De Mayo De 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 19.760

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia De 28 De Marzo De 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia De 7 De Febrero De 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 25.032.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 25 De Mayo De 2006 (Expediente 15.836)

Consejo De Estado. Sección 3ª. Sentencia Del 24 De Octubre De 1990. Exp.5902. M.P: Dr. Gustavo De Greiff Restrepo

Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia De Febrero 5 De 1998, Exp. 13337. M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros

Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia Del 19 De Octubre De 2007, Consejero Enrique Gil Botero. Radicado

30871

Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Sentencia Del 18 De Abril De 1994.

Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia De 18 De Febrero De 2010, Exp: 18524.
M.P: Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,
SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA
PALACIO, Bogotá, D.C., Veintisiete (27) De Abril De Dos Mil Once (2011)

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION
TERCERA SUBSECCION B Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL
CASTILLO Bogotá D.C., Quince (15) De Febrero De Dos Mil Doce (2012)

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,
SECCION TERCERA, Sentencia Del Diecinueve (19) De Octubre De Dos Mil Siete (2007)
Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C.,

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,
SECCION TERCERA, SUBSECCION A. Sentencia Ocho (8) De Junio De Dos
Mil Once (2011). Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON,

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,
SECCION TERCERA. Sentencia Once (11) De Febrero De Dos Mil Nueve (2009). C.P.
MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

Doctrina

BRICEÑO CHIRIVÍ, NELSON. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA
MÉDICA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD –DIAGNÓSTICO
EQUIVOCADO ESTUDIO DE CASO – CASANARE. UNIVERSIDAD LIBRE DE
COLOMBIA, FACULTAD DE DERECHO, MAESTRÍA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO, BOGOTÁ, 2011. Disponible En
[Http://Repository.Unilibre.Edu.Co/Bitstream/10901/6437/1/Bricenochirivinelsonman
uel2012.Pdf](http://Repository.Unilibre.Edu.Co/Bitstream/10901/6437/1/Bricenochirivinelsonmanuel2012.Pdf)

GIL BOTERO, Enrique (2008). Responsabilidad Del Estado Por Muerte En El
Parto. Comisión De Género. Disponible En:
[Http://Jurisprudencia.Ramajudicial.Gov.Co/Webrelatoria/Consulta/Genero/Doctrina
/Responsabilidad%20del%20estado%20por%20muerte%20en%20el%20parto.Pdf](http://Jurisprudencia.Ramajudicial.Gov.Co/Webrelatoria/Consulta/Genero/Doctrina/Responsabilidad%20del%20estado%20por%20muerte%20en%20el%20parto.Pdf)

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. Estatuto Ético Jurídico De La Profesión Médica.
JARAMILLO, C. I. (2008). Tipología De Las Obligaciones Que Para El Profesional Del
Contrato De Prestación De Servicios Médicos: Breve Referencia A Las Llamadas
Obligaciones De Medio Y De Resultado. En C. I. JARAMILLO, Responsabilidad Civil

Médica. La Relación Médico-Paciente: Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial (Págs. 297-358). Bogotá: Javegraf.

JIMÉNEZ, Natalia (2012). Criterios Para La Configuración De La Responsabilidad Médica Estatal En La Práctica De La Gineco-Obstetricia En Colombia. Universidad ICESI, Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales, Santiago De Cali. Disponible En: https://Bibliotecadigital.Icesi.Edu.Co/Biblioteca_Digital/Bitstream/10906/72929/1/Criterios_Configuracion.Pdf

MEZA, María De Los Ángeles Y CUBIDES MORENO, Olga Janneth. “La Violación Al Deber Objetivo De Cuidado En El Acto Ginecobiológico”. En: Médico-Legal. Bogotá. Año XIV, No. 2, 2008; P. 18

SÁNCHEZ LOPEZ, CAROLINA. “APROXIMACIONES A UNA NUEVA VISION DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN MATERIA DE SALUD”. UNIVERSIDAD JAVERIANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO, BOGOTÁ, D.C., 2002

QUINTERO, Miguel (2012). La Responsabilidad Patrimonial Del Estado Por La Falla En La Prestación Del Servicio Médico Asistencial. Acto Médico Defectuoso En Las Entidades De Salud Del Estado.-Una Visión Desde La Doctrina Y Desarrollo Jurisprudencial Del Consejo De Estado. Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario, Maestría En Derecho Administrativo. Disponible En: [Http://Repository.Urosario.Edu.Co/Bitstream/Handle/10336/3946/79796429-2012.Pdf?Sequence=1](http://Repository.Urosario.Edu.Co/Bitstream/Handle/10336/3946/79796429-2012.Pdf?Sequence=1)

ZAPLANA, José Guerrero. Las Reclamaciones Por La Defectuosa Asistencia Médica, Páginas 161 A 163. Doctrina Y Jurisprudencia, Legislación Y Formularios Quinta Edición. Madrid España.