



ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

1.1 11

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR
HECHO GINECO OBSTÉTRICO: ORIGEN, DESARROLLO, TIPOLOGÍAS Y
PERSPECTIVAS.**

Melissa Meneses Rodríguez

Ruben Dario Valdiris Fuentes

Autores

Monografía presentada para optar al título

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Escuela de Posgrados

Medellín

2022

José Rodrigo Flórez Ruiz

Rector

Universidad Autónoma Latinoamericana

Hernán Darío Aguiar Garcés

Decano

Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa

Coordinadora

Maestría en Derecho Administrativo

Ronald Edgardo Cuenca Tovar

Director

Línea de investigación

Responsabilidad Extracontractual del Estado

Alejandro Gaviria Cardona

Julián David Agudelo Osorio

Evalúadores

El trabajo de grado fue sustentado el 06 de octubre de 2023 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 20 de 2023.

Resumen

La presente investigación busca establecer cuáles son las condiciones necesarias para afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico en Colombia desde la doctrina y la jurisprudencia. Para efectos de esta investigación, se debe entender la administración pública como

La autoridad común que, [...] ejecuta las leyes de interés general que se estatuyen sobre las relaciones necesarias de cada administrado con la sociedad, y de la sociedad con cada uno de ellos; así como sobre las personas, los bienes y las acciones, como interesantes al orden público. (Diaz De Leon, 2016, p. 22)

El desarrollo de esta investigación se realizará con una explicación de los orígenes de la responsabilidad estatal en España y Francia y su influencia en Colombia, la evolución de la responsabilidad médica por hecho gineco obstétrica en el contexto jurídico colombiano a partir de las decisiones de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, con apoyo de conceptos doctrinales locales y foráneos que fundamentan la implementación de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico en Colombia.

Del análisis histórico realizado se encontraron dos conclusiones. La primera de ellas, es que el ordenamiento jurídico colombiano adoptó, del Derecho Español, el concepto de daño antijurídico, entendido como el daño que el particular no se encuentra en la obligación de soportar. La segunda conclusión es que del Derecho Francés adoptó la implementación de un Juez y marco jurídico especiales para dirimir los conflictos en los que se pretende declarar la responsabilidad del Estado, y la implementación de un régimen de responsabilidad tanto objetivo como subjetivo. Lo anterior permite vincular, tanto de forma directa como indirecta, la responsabilidad del Estado en los daños causados a los particulares, a través de los tres (3) elementos de la responsabilidad del Estado: Daño, título de imputación y nexo causal.

De manera posterior y conforme con el desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud, los altos tribunales nacionales y la doctrina identificarían situaciones de responsabilidad en los cuales se hizo necesario implementar variaciones a los elementos clásicos de la responsabilidad. Un ejemplo de ellos es la prestación del servicio de salud y la responsabilidad estatal que se podría derivar en el ejercicio de la actividad médica; la cual, por la especialidad técnica y científica de dicha actividad, los particulares no se encontraban en una posición de favorabilidad para probar

que los perjuicios causados eran objeto de una mala praxis del médico tratante o de circunstancias atribuibles a la administración sanitaria.

En atención a lo anterior, la responsabilidad estatal por hecho médico recibiría un trato especial en materia de carga probatoria, el cual trascendería a todas sus especialidades, incluida la responsabilidad por hecho gineco obstétrico como rama del ejercicio médico encargada de la gestación, el parto y el puerperio; la cual recibiría, a su vez, un tratamiento aún más especial por la doctrina y la jurisprudencia, al tratarse de una especialidad médica relacionada con un proceso no patológico. Por ello se determinó, a partir de la doctrina y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en los casos en los que se pretenda declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por hecho gineco obstétrico se deberá cumplir, además de los elementos clásicos de la responsabilidad estatal, con una serie de circunstancias o elementos especiales que permitan determinar la efectiva existencia de una falla en el servicio por parte del personal de atención en salud. Estos elementos son: 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 actividad compleja.

En conclusión, mediante la presente investigación se logran identificar las condiciones necesarias para afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico en Colombia, desde la doctrina y la jurisprudencia. Siendo estas los elementos generales de la responsabilidad el Estado: La existencia de un daño, un nexo causal y un título de imputación; teniendo estos dos últimos elementos unas variaciones en la carga de la prueba, dependiendo de la configuración de alguna o algunas condiciones específicas, como la normalidad o anormalidad del embarazo, el nivel de complejidad del centro médico, entre otros.

Palabras clave

Responsabilidad del Estado, título de imputación, hecho gineco obstétrico, hecho médico, falla presunta, anormalidad del embarazo.

Tabla de contenido

Introducción	9
CAPÍTULO I: Origen de la responsabilidad patrimonial de la administración en Colombia.	13
1.1 El origen filosófico de la responsabilidad	13
1.2 El origen de la responsabilidad en Francia.....	15
1.3 El origen de la responsabilidad bajo el régimen subjetivo.....	16
1.3.1 La responsabilidad directa en Francia.....	17
1.3.2 La responsabilidad indirecta en Francia	18
1.4 La responsabilidad bajo el régimen objetivo y sus títulos de imputación en Francia.....	18
1.4.1 Responsabilidad por rompimiento de las cargas públicas	18
1.4.2 Responsabilidad por riesgo	19
1.5 El origen de la responsabilidad en España	20
1.6 La teoría del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad.....	22
1.7 La teoría de la responsabilidad absoluta global en España como fundamento del sistema de responsabilidad colombiano	23
1.8 El origen de la responsabilidad en Colombia.....	23
1.9 La responsabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	24
1.9.1 La responsabilidad indirecta	24
1.9.2 La responsabilidad directa	26
1.9.3 La falla del servicio.....	27
1.10 La responsabilidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado	28
1.11 La constitucionalización de la responsabilidad del Estado	31
1.12 Recapitulación.....	32
CAPITULO II: Orígenes y evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico en Colombia	34
2.1 Inicio de la responsabilidad médica en la Corte Suprema de Justicia.....	34
2.2 Sentencia de la Sala de Casación Civil del 05 de marzo de 1940.....	34

2.2.1	Régimen de imputación aplicado.....	35
2.2.2	Título de imputación aplicado	35
2.2.3	Nexo causal aplicado	36
2.3	Sentencia de la Sala de Negocios Generales del 14 de marzo de 1942	36
2.3.1	Régimen de imputación aplicado.....	36
2.3.2	Título de imputación aplicado	37
2.3.3	Nexo causal aplicado	37
2.4	Sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud.....	38
2.5	Sentencia T - 597 de 1993.....	39
2.6	Sentencia T - 760 de 2008.....	40
2.7	Inicio de la responsabilidad gineco obstétrica en el Consejo de Estado	41
2.8	Sentencia del 24 de agosto de 1992 (expediente 6.754).	41
2.8.1	Régimen de imputación aplicado.....	41
2.8.2	Título de imputación aplicado	42
2.8.3	Nexo causal aplicado	42
2.9	Sentencia de 3 de febrero de 1995 (expediente 9.142)	43
2.9.1	Régimen de imputación aplicado.....	43
2.9.2	Título de imputación aplicado	43
2.9.3	Nexo causal aplicado	44
2.10	Sentencia del 17 de agosto de 2000 (expediente 12.123)	44
2.10.1	Régimen de imputación aplicado.....	45
2.10.2	Título de imputación aplicado	45
2.10.3	Nexo causal aplicado	46
2.11	Sentencia del 14 de julio de 2005 (expediente 15.276).....	46
2.11.1	Régimen de imputación aplicado.....	46
2.11.2	Título de imputación aplicado	47
2.11.3	Nexo causal aplicado	47

2.12	Sentencia de 3 de mayo de 2007 (expediente 16.098).....	48
2.12.1	Régimen de imputación aplicado.....	48
2.12.2	Título de imputación aplicado	49
2.12.3	Nexo causal aplicado	49
2.13	Sentencia del 26 de marzo de 2008 (expediente 16.085).....	49
2.13.1	Régimen de imputación aplicado.....	50
2.13.2	Título de imputación aplicado	50
2.13.3	Nexo causal aplicado	50
2.14	Sentencia del 1º de octubre de 2008 (expediente. 27.268).....	51
2.14.1	Régimen de imputación aplicado.....	51
2.14.2	Título de imputación aplicado	51
2.14.3	Nexo causal aplicado	52
2.15	Sentencia del 19 agosto 2009 (expediente 18.364).....	52
2.15.1	Régimen de imputación aplicado.....	53
2.15.2	Título de imputación aplicado	53
2.15.3	Nexo causal aplicado	54
2.16	Sentencia del 28 de marzo de 2012 (expediente 22.163).....	55
2.16.1	Régimen de imputación aplicado.....	55
2.16.2	Título de imputación aplicado	55
2.16.3	Nexo causal aplicado	56
2.17	Recapitulación.....	56
CAPÍTULO III: Elementos generales y especiales que estructuran la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico.....		58
3.1	Elementos generales.....	58
3.1.1	Daño.....	58
3.1.2	Título de imputación.....	60
3.1.3	Nexo causal.....	63

3.2	Elementos específicos	65
3.2.1	Normalidad o Anormalidad del Embarazo	65
3.2.2	Nivel de atención de las IPS en Colombia.....	67
3.2.3	Circunstancias previas al parto	71
3.2.4	El acto médico como una actividad compleja.....	73
	Conclusiones	76
	Referencias.....	80

Introducción

La responsabilidad de la administración pública ha tenido un extenso desarrollo histórico, que debe ser abordado para establecer el contexto en el cual se encuentra en la actualidad.. Además, permite comprender los retos que supone para la doctrina y la jurisprudencia a la hora de realizar nuevas contribuciones en el avance del derecho de la responsabilidad del Estado.

Uno de los tipos de responsabilidad que requiere un enfoque específico, dado el campo social que interviene, es el referente a la responsabilidad por la actividad médico sanitaria; la cual va creando nuevas situaciones de riesgo y posibles daños a medida que la ciencia avanza en materia de diagnósticos, tratamientos e intervenciones quirúrgicas, lo que hace que la práctica médica requiera mayor diligencia y cuidado por parte del personal que presta los servicios de salud.

Una de las ramas de la medicina que ha sido revisada en varias sentencias por parte del Consejo de Estado es la obstetricia, entendida como “parte de la medicina que trata de la gestación, el parto y el puerperio” (Real Academia Española [RAE], 2022, párr. 1). El estudio que se ha realizado en los casos sometidos a decisión ha sido el de determinar si se configuran los elementos generales de la responsabilidad, a saber:

Daño: La afectación, menoscabo, lesión o perturbación, a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural) o la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades) o la esfera patrimonial (bienes o intereses), que no es soportable por quien lo padece, bien porque es irrazonable o no se compadece con la afirmación de interés general alguno (Santofimio, 2017, p. 745).

Nexo causal: Este elemento de la responsabilidad da cuenta de la vinculación entre la causa y el efecto. De esta manera, “se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado” (Pastrana, 2018, p. 72). Se trata, entonces, de un puente entre la actuación o la omisión de la administración pública y el daño que se llega a cometer dentro de este ejercicio administrativo.

Título de Imputación: En palabras de Rodríguez: “Para que una persona pública sea responsable de algo debe haberse producido una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública sea autora” (2013, p. 602). En este elemento de la responsabilidad el operador jurídico debe evaluar cuál es la manera en que al Estado se le va

a atribuir su responsabilidad, si por una conducta objetiva o subjetiva, esto es, si por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional

A su vez, el elemento que ha suscitado mayor discusión a lo largo de las sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa es la imputación o título de imputación, debido a que ha estado sujeto a múltiples variaciones en los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado. La falla en el servicio es el título de imputación usado por los jueces administrativos para decidir los casos materia de responsabilidad por hecho gineco obstétrico. Este título imputación, debe ser entendido, según la Sección Tercera de 2012 del Consejo de Estado, como:

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal.

A su vez, para efectos de esta investigación y en nuestras palabras, a falla en el servicio puede ser de tres tipos: i) probada, ii) presunta o iii) por indicio. En primer lugar, es probada cuando la parte accionante debe aportar todos los elementos que permitan tener certeza de la existencia y configuración de los elementos de la responsabilidad estatal. Mientras que, en segundo lugar, se cataloga como presunta cuando es la entidad demandada, la encargada de probar que su actuar no fue negligente, imprudente o realizado con falta de pericia, es decir, la carga de la prueba se traslada al demandado, quien debe demostrar que su actuar fue conforme con las exigencias propias de la práctica médica, correspondiéndole al demandante demostrar solo el daño y el nexo causal. . En tercer y último lugar, cuando el embarazo ha transcurrido en condiciones normales y, al momento del parto, se genera un daño a la madre y/o al nacido, esto constituye un indicio de la existencia de la responsabilidad del Estado.

La falla en el servicio por hecho gineco obstétrico ha tenido un desarrollo que, a grandes rasgos, ha ido de la mano con la evolución de la falla en el servicio médico-sanitario. En ambas materias, el título de imputación por excelencia es la falla presunta; pero en reiteradas ocasiones, se ha acudido por parte del juez, conforme sus facultades legales, a un aligeramiento o traslado de la carga de la prueba en aquellas circunstancias en las que el acceso al material probatorio necesario para la acreditación de ciertos hechos se encuentre en

cabeza del accionado. Lo anterior, con la variación de que en materia gineco obstétrica, se ha hecho uso de la falla por indicio para los casos de embarazos transcurridos con normalidad donde el hecho dañino se produce en el parto, traduciéndose en el uso de un sistema de falla presunta para casos excepcionales.

La anterior situación propicia los siguientes interrogantes: ¿Qué sucede en aquellos casos en los que el embarazo no fue normal y se termina causando un daño? ¿Los elementos actuales permiten la correcta determinación de la responsabilidad del Estado por hecho gineco obstétrico?

Frente a los interrogantes planteados, esta investigación pretende establecer las condiciones necesarias para afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico en Colombia, desde la doctrina y la jurisprudencia. Para el cumplimiento de este objetivo se hará un recorrido por la historia de la responsabilidad del Estado, especialmente de la falla en el servicio. Luego se hará una revisión de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico en Colombia, desde la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Esta última revisión se hará siguiendo para ello un orden cronológico que revise los elementos específicos que estructuran este tipo de responsabilidad estatal. Y, por último, se planteará una teoría o título de imputación unificado que permita al juzgador determinar la responsabilidad del Estado por hecho gineco obstétrico.

Frente a los interrogantes planteados, esta investigación pretende establecer las condiciones necesarias para afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico en Colombia, desde la doctrina y la jurisprudencia; para lo cual se hará un recorrido histórico que permita establecer la naturaleza de los elementos integrantes de la responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico en Colombia, teniendo en cuenta que los mismos han sufrido variaciones con el paso de los años, desencadenando interrogantes sobre cuáles de estos elementos son o no necesarios para determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano.

Para el cumplimiento de este objetivo se realizará un recorrido por la historia de la responsabilidad del Estado, desde Francia, España y Colombia. Lo anterior, debido a la necesidad de evidenciar como los antecedentes de responsabilidad adoptados en el derecho francés y español han sido introducidos en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia y de manera posterior el Consejo de Estado, recogieron del derecho francés los títulos de imputación objetivos y subjetivos, y en este último el desarrollo de la falla en el servicio, conocida como la “Faute de service”. Asimismo, Colombia tuvo una

gran influencia del derecho francés en el sentido de establecer un juez natural y proceso contencioso administrativo especial para los procesos en los cuales se resolvería la responsabilidad del Estado, esta influencia se verá principalmente en el Siglo XX. Ahora, la influencia del derecho Español la encontramos en el Artículo 90 de la Constitución Política, el cual adopta la responsabilidad del Estado desarrollada a través de la teoría del Daño antijurídico, según la cual, el Estado deberá indemnizar a los particulares por todos los daños que le sean imputables mientras estos no estén en la obligación de soportarlos; postura de adoptada por el derecho español al buscar apartarse de la concepción de responsabilidad enfocada en el sujeto responsable, para enfocarse en aquel sobre quien recae el daño, no solo desde la perspectiva del perjuicio causado como mero detrimento patrimonial, sino desde la perspectiva de la lesión como daño que el particular no se encuentra en la obligación de soportar. Luego de ello se propone una revisión de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico en Colombia, desde la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; siguiendo un orden cronológico que permita establecer cuáles han sido los elementos específicos de la responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico usados históricamente por los jueces hasta el momento presente, para determinar igualmente cuáles de ellos son de necesaria ocurrencia para determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado.

A partir de lo anterior, se pretende concluir con el planteamiento de una teoría que permita determinar un título de imputación unificado a través del cual se pueda establecer la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico en Colombia.

CAPÍTULO I: Origen de la responsabilidad patrimonial de la administración en Colombia

En el presente capítulo se hará una descripción de los inicios de la responsabilidad del Estado en España, Francia y Colombia en aras de establecer un comparativo que permita mostrar cómo el derecho colombiano conjuga aspectos propios del sistema francés y español ante esta materia.

Esta evolución se dio por varias situaciones, como lo fueron la influencia del Fallo Blanco y las teorías de la responsabilidad objetiva, las teorías privadas expuestas por la Corte Suprema de Justicia que permitieron la imputación de responsabilidad al Estado y la asignación de la competencia al Consejo de Estado para decidir sobre los procesos en los cuales se debatía la responsabilidad del Estado; lo que llevó a que la responsabilidad se resolviera por un juez especial y a través de normas específicas creadas para ese fin, como el artículo 90 de la Constitución Política, que acoge la teoría de la responsabilidad por el daño antijurídico, propia del régimen Español.

1.1.El origen filosófico de la responsabilidad

Para hablar del origen filosófico de la responsabilidad es necesario hablar de la teoría iusnaturalista, iuspositivista y del neo constitucionalismo.

Para autores como Gil Botero, la obligación de responder por un daño causado deviene de la ley natural, que “[...] entraña en su esencia el deber de reparar o responder en sentido genérico, lo que constituiría un “bien” en sí mismo frente al daño que originó ese deber y que sería un “mal” (2020, p. 49).

Para efectos de este trabajo, se tomará la posición que el fundamento filosófico e histórico de la obligación de responder está basada en principios y leyes naturales que se encuentran sustentadas en la máxima según la cual se debe obrar de manera tal que no se cause un mal a los otros y, en caso de la causación de un daño, el mismo debe resarcirse; y se complementa con la teoría neoconstitucionalista, asumida por la Constitución Política de 1991.

Para explicar el sustento filosófico de la responsabilidad, se debe acudir en un primer momento a la teoría presentada por el filósofo griego Aristóteles, la cual es explicada por (Bravo, 2004), quién indica que para el estagirita las acciones humanas por las que se deben responder son aquellas acciones **voluntarias y elegidas**. Las voluntarias deben entenderse como toda conducta que estando en poder del agente no realizarla, la ejecuta, no por ignorancia o fuerza, sino por sí mismo. Las elegidas son aquellas que están movidas por el

deseo, el pensamiento racional práctico y una deliberación que lleva a la persona a escoger. La elección es definida por Aristóteles como “un deseo deliberado de las cosas que están en nuestro poder”, por lo que podemos concluir que la conducta humana está compuesta por una voluntad y una elección, las consecuencias que se deriven de la misma son responsabilidad de la persona y, en caso de infringir un daño, el mismo se debe reparar.

Elevar los derechos humanos a textos escritos con fuerza vinculante, como sucedió en un principio con la Declaración de derechos del Hombre y el Ciudadano, la Declaración de Virginia, la Declaración Universal de los Derechos y Humanos y la constitucionalización de los mismos en diferentes países, ha permitido la materialización de estos derechos a través de herramientas jurídicas concretas; pero, en todo caso, ha constituido solo la refrendación de unos derechos que ya existían para el ser humano por el solo hecho de serlo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la teoría filosófica ética de Immanuel Kant, como se citó en Gil Botero, y sus dos imperativos categóricos de:

1. “Obra de tal manera que tu deseo sea el que tu acción se convierta en ley universal”, preceptiva que se ha conocido como la regla de oro de la humanidad y que se reduce a “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti”.
2. “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio”. Se refiere a la formulación del hombre como fin en sí mismo (2020, p. 63).

A su vez, hay una contribución del neoconstitucionalismo, el cual “pretende considerar a la Constitución como texto de principios, derechos, valores y normas superiores que rigen la actuación del Estado con respecto a los ciudadanos” (Velasco y Jairo, 2015, p. 13).

Visto como una ideología, el neoconstitucionalismo valora positivamente los cambios políticos y jurídicos del proceso de constitucionalización, especialmente las virtudes de una Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales y atribuya competencias a los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes (Buritica y Kennier, 2020, p. 34).

Las anteriores máximas y la teoría neoconstitucional se constituyen en el fundamento de la responsabilidad estatal y fueron adoptadas en nuestra Constitución Política de 1991. La primera de las máximas la encontramos en el artículo 91, que establece el deber de indemnizar cuando se ha obrado de tal manera que se ha causado un daño, y la segunda en el artículo primero *ibídem*, en el cual se establece el respeto a la vida, bienes, creencias y honras de los ciudadanos; es decir, entendiéndose a los ciudadanos como un fin y no como un medio

para el Estado. La Constitución Política de 1991 tiene una concepción ética derivada de la dignidad humana, entendida como derecho, valor y principio.

1.2 El origen de la responsabilidad en Francia

El derecho administrativo colombiano ha tenido una influencia muy marcada del derecho francés y las instituciones jurídicas que han surgido en el país europeo, por ello es importante revisar el desarrollo de la responsabilidad del Estado en este país, para poder establecer la incidencia que ha tenido en la historia de la responsabilidad del Estado Colombiano, entendiendo sus similitudes y diferencias.

Antes de la revolución francesa, la idea de la existencia de una responsabilidad del Estado chocaba con el concepto de la soberanía del rey y la obligatoriedad de la imposición de sus decisiones, dado su ungimiento por Dios y la soberanía de su mandato. Por lo que en ese momento de la historia se pregonaba la irresponsabilidad del Estado o del monarca.

La revolución francesa constituyó una transformación en el derecho. Pero el paso de un Estado monárquico a un Estado con soberanía popular no significó, *per se*, la posibilidad de declarar al estado responsable por los daños que llegará a causar. Se entendió que la soberanía popular otorgaba una irresponsabilidad a la autoridad administrativa. Ni siquiera en la ley de los derechos del hombre y del ciudadano se consagraron responsabilidades por la violación de los derechos instituidos en el texto producto de la revolución. Como afirmaba Edouard Laferriere, quien es citado por Rodriguez, “La esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna” (2013, p. 607).

En palabras de Saavedra (2011), para hablar de la Responsabilidad del Estado Francés se necesitó de la ocurrencia de diversos hechos como el cambio político sucedido en 1870, que llevó a hablar de un liberalismo político, los constantes reclamos de los administrados, quienes se negaban a soportar la desigualdad entre la administración y los ciudadanos, la causación de los daños producto de la industrialización que no eran indemnizados y la creación del Consejo de Estado y Tribunal de Conflictos como órganos independientes de la rama ejecutiva, significando un paso adelante hacia la gradualidad de la irresponsabilidad del Estado.

A su turno, había una tensión entre los jueces civiles y la jurisdicción administrativa por la definición de la competencia de los actos provenientes de la administración. Existía una especie de acuerdo mutuo en lo referente a los actos administrativos, los cuales estaban a cargo del Consejo de Estado, mientras que los jueces ordinarios conocían de los temas

referentes a la gestión de los bienes de las personas públicas. Pero en materia extrapatrimonial se presentaba una franca confrontación: Los tribunales civiles, respaldados por la Corte de Casación, usaban la teoría de los *actos de autoridad* (entendidos como aquellos en los que el Estado hace uso de su soberanía y poder de imposición sobre los particulares) y *los actos de gestión* (entendidos como aquellos actos en los que el Estado se comporta como particular), lo que los llevaba a reclamar competencia sobre temas como aduanas, oficinas de tesoros, vehículos de correo, entre otros; mientras que el Consejo de Estado se negaba no solo a aceptar la teoría de los actos de poder y autoridad, sino que también se negaba a que los jueces privados tuvieran injerencia en la resolución de temas derivados de la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado. Esta situación de discordia se presentó durante varios años hasta el proferimiento del Fallo Blanco.

1.3 El origen de la responsabilidad bajo el régimen subjetivo

Correspondió al Tribunal de Conflictos de Francia, en el año 1873, resolver a qué juez le competía conocer el caso presentado a los jueces por el padre de Agnes Blanco, el cual surgió por lo siguiente:

Agnes Blanco que trataba de cruzar los rieles que cortaban la calle en la ciudad de Burdeos fue atropellada por una vagoneta de la Compañía Nacional de Manufactura de Tabaco- de propiedad estatal- que transportaba materia prima para otro edificio. La accidentada sufre graves lesiones que culminarán con la amputación de las piernas. El padre de la menor demanda ante los tribunales ordinarios en acción civil de indemnización por daños y perjuicios, suscitando un conflicto negativo de competencias resuelto por el Tribunal de Conflictos (Saavedra, 2011, pp. 82 - 83).

El Tribunal de Conflictos resolvió que la competencia correspondía a la jurisdicción administrativa, por tratarse de la prestación de un servicio público y además estableció unas reglas especiales que definirían no solo la competencia de un órgano especial, sino también la necesidad de la existencia de normas especiales para el Estado y el ejercicio de la administración:

- 1) Se reafirmó de manera expresa el principio de responsabilidad del Estado por los daños causados por los servidores públicos a particulares;
- 2) Se estableció el carácter especial de esta responsabilidad, la cual no puede ser general ni absoluta;
- 3) La responsabilidad de la Administración no podía tener fundamento en los

principios del Código Civil; 4) Las reglas de esta responsabilidad se basan en las particularidades del servicios público y la conciliación de los derechos generales con los particulares, y 5) Los procesos originados en este tipo de responsabilidad se resolverían en la justicia administrativa (Jiménez, 2013, p. 70).

Siendo a partir del Fallo Blanco que surge lo que hoy se conoce como la responsabilidad por falla en el servicio. Después de este fallo ya no hubo razones para que el Consejo de Estado no conociera de las acciones derivadas de la ejecución de servicios públicos prestados por el Estado. Esta fue otra contribución a la gradualidad de la responsabilidad del Estado en Francia, regla que fue confirmada posteriormente con la asunción de la competencia de casos surgidos por el personal de las colectividades locales a comienzos del siglo XX y el sometimiento progresivo del servicio público de policía que había sido entendido como una prerrogativa del Estado que no tenía control alguno (Saavedra, 2011).

1.3.1 La responsabilidad directa en Francia

A partir del Fallo Blanco, la jurisprudencia francesa inició un desarrollo de la responsabilidad subjetiva y una diferencia en responsabilidad directa e indirecta, siendo la primera de estas decisiones el Fallo Pelletier, proferido por el Tribunal de Conflictos el 30 de julio de 1873, en el cual se estableció la diferencia entre la falta personal y la falta del servicio; siendo esta última la que configura una responsabilidad directa de la administración, es decir, en palabras de Arrets, “la falta de servicio está tan vinculada al servicio que su valoración por el juez ordinario implica necesariamente una apreciación sobre el funcionamiento del servicio” (2017, p. 36). En estos casos, la falta es atribuida directamente al Estado, como si se tratará de un hecho propio, toda vez que la misma deviene de un mal funcionamiento o un funcionamiento defectuoso del servicio, configurando lo que se conoce como culpa anónima. En este caso, como lo indica Valdivia, (2004), citando a Michel Paillet, la jurisprudencia francesa fundó la responsabilidad por el hecho propio o falta del servicio en la existencia del vínculo funcional entre el Estado y el funcionario, que nace de la obligación de cumplir, por parte del funcionario, la prestación del servicio público.

La falta del servicio era determinante para efectos de la competencia, debido a que eran conocidas por el juez administrativo, y no obligaban al funcionario a responder por los perjuicios que se hubiesen causado.

1.3.2 La responsabilidad indirecta en Francia

Siguiendo el hilo del Fallo Pelletier, la falta personal “es la que cabe separar casi completamente del servicio, de tal modo que el juez ordinario puede constatarla sin necesidad de formular una valoración sobre el funcionamiento de la administración propiamente dicho” (Arrets, 2017, p. 32). Conforme con lo anterior, la responsabilidad directa es aquella que se comete por el funcionario público, pero no en servicio o cumplimiento de sus funciones, sino por fuera de las mismas, e investido de su autoridad; también puede presentarse cuando hay dolo o mala intención en la comisión de esta falta.

La falta personal era conocida por la jurisdicción ordinaria y la víctima no tenía la oportunidad de reclamar una indemnización del Estado, toda vez que se entendía que el daño no fue causado con ocasión de la prestación de un servicio público o en ejercicio de una función pública. El único obligado a responder era el agente, por lo que la víctima fácilmente podría quedarse sin su reparación, en el caso en que el agente no tuviera como asumir el resarcimiento del daño.

1.4 La responsabilidad bajo el régimen objetivo y sus títulos de imputación en Francia

Los jueces en Francia se vieron, ocasionalmente, en la obligación de resolver casos en los cuales no era posible establecer la responsabilidad del Estado por culpa, fuese de forma directa o indirecta, por lo que surgió el régimen de responsabilidad objetiva en el país galo. Estos casos respondían a criterios relacionados con la situación que tenía la víctima en relación con el Estado, pues se trataba de situaciones como accidentes de trabajo, daños provocados por el uso de armas de fuego o explosivos, consecuencias perjudiciales derivadas de la aplicación de las leyes o reglamentos. La característica común de estos sucesos era la generación de un perjuicio anormal que no se generaba a partir de un mal funcionamiento de la administración, pero que aun así exigía el reconocimiento de un daño.

1.4.1 Responsabilidad por rompimiento de las cargas públicas

La primera decisión que hace referencia la responsabilidad objetiva por rompimiento de las cargas públicas en Francia se encuentra en el Fallo Couitéas, proferido por el Consejo de Estado en 1923. En palabras de Arrets (2017), el conflicto surgió a partir de que el señor Couitéas había demandado la invasión de sus tierras por tribus autóctonas de la región, quien había tenido sentencia favorable en la cual se ordenaba a las tribus abandonar el terreno del señor Couitéas. Al negarse las tribus autóctonas a abandonar los terrenos señalados, el

ciudadano acudió a las fuerzas de policía para solicitar el apoyo respectivo para realizar el desalojo, solicitud que fue denegada en reiteradas ocasiones y que llevó a que el señor Couitéas tuviera que soportar por un largo periodo de tiempo la invasión de sus tierras.

Entre los argumentos expuestos por el Consejo de Estado Francés, se encuentra que

[...] el justiciable que tenga en su poder una sentencia judicial [...] está en su derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública para que se ejecute el documento acreditativo que le ha sido entregado; aunque el gobierno tiene el deber de valorar las condiciones de la ejecución y el derecho a denegar el auxilio de las fuerzas armadas, si considera que puede poner en peligro el orden y la seguridad, el perjuicio resultante de esta denegación no puede, cuando supere una determinada duración, ser una carga que deba asumir el interesado en circunstancias normales (Arrets, 2017, p. 322).

Conforme con el fallo Couitéas, el principio de igualdad ante las cargas públicas ordena la indemnización de perjuicios cuando el hecho dañoso surge de una situación en la cual la víctima debe soportar un perjuicio en aras del interés general. Esta responsabilidad se deriva de decisiones que son regulares y legítimas de la administración, pero que causan un daño a una persona en particular.

1.4.2 Responsabilidad por riesgo

En 1895, el Consejo de Estado profirió el Fallo Cames, en la cual decidió la solicitud de indemnización realizada por un ciudadano que, en la realización de su trabajo como obrero en una entidad pública, sufrió un accidente que ocasiono una pérdida de movilidad total de su mano izquierda. En este caso, el Consejo de Estado afirmó:

Compete al juez administrativo —afirmaba el Comisario del Gobierno— examinar directamente, en función de sus conocimientos, de acuerdo con su conciencia, y de conformidad con los principios de igualdad, cuáles son los derechos y obligaciones recíprocos del Estado y de sus trabajadores en la ejecución de los servicios públicos, en particular si el Estado está obligado a proteger a sus trabajadores contra el riesgo resultante de las obras que les encomienda; [...] si un accidente se produce en el trabajo y si la culpa no es imputable al trabajador, el servicio público deber asumir la responsabilidad e indemnizar a la víctima (Arrets, 2017, p. 73).

El fallo Cames constituyó el inicio de la teoría de la responsabilidad por riesgo en Francia, y constituiría un inicio en materia de decisiones en las cuales se reconocía la responsabilidad de la administración cuando los agentes del Estado, en cumplimiento de sus funciones, se

exponen a riesgos y sufrían daños provenientes de estos riesgos. El factor común en este tipo de responsabilidad es la peligrosidad propia de algunas actividades, procedimientos, objetos, etc., que son usados por el Estado para la satisfacción de las necesidades públicas.

1.5 El origen de la responsabilidad en España

Según García de Enterría y Fernández (2008), en España, como en la mayoría de países europeos, los primeros desarrollos en materia de responsabilidad de las administraciones se fundamentaban en un principio general de irresponsabilidad del Estado, tomando elementos del derecho anglosajón como la teoría “*The King can do not wrong*”, que propendía por una legitimidad tal del ente estatal, que se entendía que el mismo no podía incurrir en ilícitos.

El primer antecedente de responsabilidad estatal en España se encuentra en la Ley del 9 de abril de 1842, donde se declara la obligación de la administración de indemnizar los daños materiales causados en desarrollo de la guerra carlista, disposición que no tuvo alcance más allá del final de la mencionada guerra, pero que dio pie a la expedición de diversas normas de carácter específico que propendían por el resarcimiento de los perjuicios causados por el Estado, como el artículo 14 de la Ley de Policía de Ferrocarriles, que ordenaba la indemnización de los daños causados a los particulares por el ferrocarril, o el artículo 132 de la Instrucción de Sanidad de 1904, que obligaba al Estado a la indemnización de los daños causados por la destrucción o deterioro de objetos cuando la garantía de desinfección así lo exigiese, asumiendo el Estado el deber de resarcir los perjuicios imputables a algunos de los servicios que prestaba, sin que ello fuese la regla general.

Si bien lo anterior continuaba en mayor medida con un sistema de irresponsabilidad estatal generalizada, desde 1889, el Código Civil de la época contaba con un principio general de responsabilidad mediante el cual toda persona debía responder por los daños causados a terceros en los que mediara culpa o negligencia, fuere por la acción u omisión propia, o de terceros por quienes debiese responder; concepto que posteriormente cobró especial relevancia debido a que se usó como fundamento para declarar tanto la responsabilidad directa del Estado por la acción u omisión culposa de sus funcionarios como la responsabilidad indirecta del mismo derivada de la acción u omisión culposa de agentes especiales que no cumplían con la calidad de funcionarios estatales, pero que aun así actuaban en representación del Estado.

Si bien el Código Civil de 1889 permitía la posibilidad de responsabilizar directamente al Estado por el actuar de sus funcionarios, esta fue una postura que entró en desuso y fue

rápidamente mutada por otras que propendían por que la responsabilidad estatal solo podría causarse por la acción u omisión de los agentes especiales del Estado, ya que no era dado suponer culpa o negligencia en el actuar reglado de sus funcionarios; postura que tomaba nuevamente los presupuestos de la teoría “*The King can do not wrong*”, retrocediendo a supuestos dirigidos hacia la irresponsabilidad total del Estado, dada la imposibilidad de determinar sobre quienes recaía la calidad de agentes especiales del Estado.

En 1931, se reconoció por primera vez con rango constitucional la responsabilidad subsidiaria de las entidades públicas por los daños que causasen sus funcionarios en el desarrollo de funciones estatales, pero este precepto constitucional solo sería desarrollado legalmente hasta 1950, con la Ley de Régimen Local, en la cual se establecería la responsabilidad directa del Estado por el actuar de sus funcionarios en la prestación de servicios públicos, siempre y cuando no mediase culpa o negligencia grave imputable directamente al funcionario público, pero lo anterior, sin aplicaciones en el mundo fáctico, debido a una corta vigencia de la Ley de Régimen Local, cuyos efectos cesarían en 1954 con la expedición de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF).

Con la entrada en vigencia de la Ley de Expropiación Forzosa y sus posteriores modificaciones por parte de los artículos 133 del reglamento de la LEF y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, entre otras disposiciones, se instituye en España un régimen de responsabilidad tanto objetiva como subjetiva bajo el cual “[l]os particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa” (García de Enterría y Fernández, 2008, p. 364), como cláusula general de cobertura patrimonial de los administrados, en palabras de García de Enterría y Fernández (2008).

A finales de los años 90, este sistema de responsabilidad estatal ya establecido estaría sujeto a una unificación de jurisprudencia, dotando de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer también sobre los conflictos en los que se solicitara declarar la responsabilidad generada por la acción u omisión gravemente culposa de los funcionarios públicos, estableciendo que este tipo de responsabilidad recaía directamente sobre el Estado; dejando así de lado el concepto de una responsabilidad civil subsidiaria como la que se usaba anteriormente. Este cambio terminaría por establecer un sistema de responsabilidad estatal cuya competencia recae totalmente en la jurisdicción contencioso-administrativa, y bajo el cual, el Estado es responsable, de manera directa, de indemnizar a los particulares por todos

aquellos daños que les sean causados por la administración, sea por la prestación normal o anormal de servicios públicos, o la adopción de medidas no fiscalizables en vía administrativa, sean o no imputables personalmente al funcionario público.

1.6 La teoría del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad

Como se pudo establecer anteriormente, el sistema de responsabilidad estatal español no se preocupa por el actuar ilícito o culposo del Estado y sus funcionarios o agentes, sino por el daño efectivo que recae sobre el particular, sin que este se encuentre obligado a soportarlo, abriendo la puerta a un sistema de responsabilidad estatal objetiva, donde el Estado deberá indemnizar a los particulares por todos los daños que le sean imputables mientras estos no estén en la obligación de soportarlos, siempre y cuando no se trate de casos de fuerza mayor como único eximente de responsabilidad.

Al concepto anteriormente mencionado se le conoce como antijuridicidad, y lo que busca es apartarse de la concepción de responsabilidad que se enfoca sobre el sujeto responsable para enfocarse en aquel sobre quien recae el daño, no solo desde la perspectiva del perjuicio causado como mero detrimento patrimonial, sino desde la perspectiva de la lesión como daño que el particular no se encuentra en la obligación de soportar. Al respecto, establecen García de Enterría y Fernández:

La primera precisión que hay que formular al respecto es que el concepto jurídico de *lesión* difiere sustancialmente del concepto vulgar de perjuicio. En un sentido puramente económico o material se entiende por perjuicio un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera. La *lesión* a la que se refiere la cláusula constitucional y legal es otra cosa, sin embargo. Para que exista *lesión* en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea *antijurídico*, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya notamos, del surgimiento de la obligación reparatoria.

A esta primera precisión debe seguir inmediatamente otra, a saber: la antijuridicidad susceptible de convertir el simple perjuicio material en una lesión propiamente dicha no deriva, sin embargo, del hecho de que la conducta del autor de aquel sea contraria a derecho; no es, en consecuencia, una antijuridicidad subjetiva. Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en *lesión resarcible siempre que y solo cuando* la persona que lo sufre *no tiene el deber jurídico de soportarlo*; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado (2008, p. 364).

Si bien se trata el daño antijurídico de un desarrollo tomado a partir del derecho español, es importante tener en cuenta que en el ámbito jurídico colombiano, a *contrario sensu* del ordenamiento jurídico español, no se toma a este elemento como único requisito que debe cumplirse para que se configure responsabilidad estatal, ya que también deberá probarse e invocarse de manera concreta el título de imputación bajo el cual se causó el daño antijurídico, siendo este elemento el verdadero objeto de análisis de la presente investigación.

1.7 La teoría de la responsabilidad absoluta global en España como fundamento del sistema de responsabilidad colombiano

La teoría de la responsabilidad absoluta global, proveniente del derecho administrativo español, es el reflejo de un sistema de responsabilidad estatal mediante el que cualquier daño que se cause a un particular, que sea efectivo, individualizable y evaluable económicamente, deberá ser indemnizado sin tener en cuenta la conducta de la administración o de sus funcionarios y agentes especiales; esto, toda vez que lo que se pretende analizar bajo dicha teoría no es la ilicitud, culpa o negligencia en el actuar de la administración o de quienes la representan, sino que el objeto de análisis recae sobre si el particular ha sido objeto de un daño en sus bienes o derechos, el cual no estaba en la obligación de soportar.

Teniendo en cuenta que Colombia ha adoptado el sistema de protección de los administrados en sus derechos y bienes, se hace importante establecer que en nuestro ordenamiento jurídico no se habla de una responsabilidad absoluta global, lo cual tiene su sustento en la existencia de los títulos de imputación y eximentes de responsabilidad. Es entonces que la existencia del análisis de diversos títulos de imputación y el establecimiento de eximentes de responsabilidad como la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero no permiten afirmar que en Colombia se haga uso de una teoría de responsabilidad absoluta global como si se puede afirmar del sistema de responsabilidad estatal español; incluso teniendo en cuenta que el factor principal de dicha teoría haya sido adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano bajo la figura del daño antijurídico.

1.8 El origen de la responsabilidad en Colombia

Colombia también tuvo un periodo de ‘irresponsabilidad’ del Estado a partir del grito de independencia, siendo solo hasta el año de 1896 cuando se mencionó la responsabilidad del Estado mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que era el órgano sobre quien recaía la competencia en materia de responsabilidad, así lo explica Saavedra, (2011). Aquí

encontramos una diferencia con la teoría francesa, toda vez que la responsabilidad se definió por normas de derecho civil aplicables al Estado como si fuera una persona de derecho moral o persona jurídica, situación que perduró hasta 1964, fecha en la cual el Consejo de Estado asumió en su integridad la competencia de juzgar a la administración.

1.9 La responsabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

El artículo 151, numeral 3, de la Constitución Política de 1886 asignó la competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de todos los conflictos en los cuáles fuera parte la Nación: “[...] 3. Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos” (Constitución 1886).

Siendo en virtud de esta competencia que la Corte empezaría a resolver diversos procesos de responsabilidad estatal, teniendo como primer referente la sentencia del 22 de octubre de 1896:

Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos cuando no es posible que estos resarzan con sus bienes (Rodríguez, 2013, p. 610).

La característica más distintiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en materia de responsabilidad del Estado es que sus decisiones tenían como fundamento jurídico las normas que regulaban la responsabilidad civil de los particulares por hecho propio o directa (Artículo 2341) y la responsabilidad por los hechos ajenos o indirecta (artículos 2347 - 2349 del Código Civil).

Lo anterior llevó a que la responsabilidad del Estado se resolviera a través de la responsabilidad directa, la responsabilidad indirecta y la falla en el servicio, acogida del derecho francés por la misma CSJ.

1.9.1 La responsabilidad indirecta

La primera teoría en la cual la Corte Suprema de Justicia sustentó la responsabilidad del Estado colombiano fue la teoría de la responsabilidad indirecta, entendida como la responsabilidad que se derivaba por las culpas cometidas a terceros por los funcionarios o dependientes de la administración, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de la realización de las mismas.

Esta hipótesis encontraba su sustento en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil y era asimilada como la responsabilidad que se derivaba de los padres para con sus hijos, los tutores con sus pupilos y los empleados con sus trabajadores.

Teóricamente esta responsabilidad se explicó diciendo que la persona jurídica estaba obligada a elegir a sus agentes y vigilarlos de manera cuidadosa, de modo que, si ellos incurrían en culpa del agente o del funcionario se proyectaba sobre la persona jurídica, la cual se consideraba que también incurría en culpa (Rodríguez, 2013, p.611).

A esto se le denominaba en la jurisprudencia de la Corte como *Culpa in vigilando* y *Culpa in eligendo*, en el entendido de que la responsabilidad se generaba por un error en la escogencia de la persona que representaba a la administración o por un error en la verificación del cumplimiento adecuado de sus funciones.

La Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias fijó los criterios de configuración de la responsabilidad indirecta de la siguiente manera:

- a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualesquiera que sean la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas;
- b) Se presume la culpa dé (sic) la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;
- c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;
- d) Existe, además una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;
- e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;
- f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años, contra el autor, si se trata de infracción penal en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos; y
- g) Le sirven de arraigo a esta doctrina especialmente, 101(sic) citados artículos 2347 del Código tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados 'ajenos (Consejo de Estado, 1976, p. 5).

La Corte Suprema de Justicia, mediante una sentencia de 1962, dio cuenta de algunas inexactitudes encontradas en esta teoría, alegando que no es posible su aplicación para las personas jurídicas de derecho privado, ya que las presunciones establecidas para la responsabilidad por hechos ajenos no permite dar cuenta de la relación que existe entre los

funcionarios públicos y las entidades estatales; toda vez que el Estado no se encuentra al cargo o al cuidado de los empleados públicos, tal como un padre en relación con su hijo, sino que es a través de estos que realiza sus funciones o presta los servicios que tiene a su cargo. Además, enfatiza la Corte, en las presunciones civiles solo basta demostrar que el responsable no pudo evitar el daño, aunque realizó todas las acciones que estaban a su cargo para que no se generara responsabilidad, situación de imposible ocurrencia en relación con el Estado.

1.9.2 La responsabilidad directa

De manera paralela a la responsabilidad indirecta, surgió la responsabilidad directa de la administración por lo que se denominaban hechos propios del Estado. Esta hipótesis tenía su sustento en el artículo 2341 del Código Civil y en la tesis organicista, entendida, en las palabras de Saavedra (2011), como el paralelo entre las personas naturales, quienes obran a través de sus manos, brazo y miembros principales, para exteriorizar su voluntad. Lo mismo sucede para las personas jurídicas, quienes actúan a través de sus órganos, los cuales se representan a través de personas o grupos de personas para el cumplimiento de las funciones que tiene a su cargo y quienes, por ser sus representantes, sus acciones omisiones se entienden como propias.

Y, conforme con esta teoría, adoptada por la Corte Suprema de Justicia, se debían cumplir unos requisitos para la configuración de la responsabilidad directa Estado:

- a) En toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos, depositarios de la voluntad de la persona moral y agentes auxiliares, no representativos ni depositarios de esa voluntad;
- b) Solo la culpa de los primeros repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan; en tanto que la culpa de los agentes auxiliares, por carecer de dicho carácter, no genera sino una responsabilidad del ente colectivo;
- c) Subsiste el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad, y debe, por lo tanto, probarse el hecho dañoso concreto de un agente determinado;
- d) Para exonerar, la persona jurídica de la responsabilidad por el daño se debe probar un factor extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); si de un agente auxiliar, le basta demostrar ausencia de culpa;
- e) Prescribe la acción contra la persona moral, en el primer caso, conforme a las reglas comunes, y en el segundo, en tres años. En este, contra el subalterno o auxiliar según las normas ordinarias; y.

f) Se funda esta tesis, en lo que atañe a los agentes representativos, en el artículo 2341 del Código Civil, que ordena responder por el perjuicio causado a otro, y en lo que respecta a los demás, en los premencionados artículos 2347 y 2349, asiento de la responsabilidad indirecta (Consejo de Estado, 1976, p. 9).

Los reparos que se hicieron a la responsabilidad directa del Estado y especialmente a la teoría organicista consistían en que no podía equipararse la administración pública con el cuerpo humano, debido a que los órganos del cuerpo humano actuaban por órdenes cerebrales que eran inconscientes, por lo que no era equiparable a la conducta que realizaban los agentes estatales, quienes actuaban de conformidad con la tarea que se les había sido encomendado en razón a la función estatal que tenían a su cargo. Así mismo, la distinción que se realizaba entre agentes principales y subsidiarios impedía la imputación de responsabilidad al Estado por el hecho de estos mismos, sin tener un criterio claro de cuándo se daba esta diferenciación, la cual con contaba con sustento legal, toda vez que la responsabilidad se generaba independientemente del agente que causase el daño.

1.9.3 La falla del servicio

La tesis de la falla del servicio fue acogida por el Consejo de Estado mediante sentencia del 30 de junio de 1941, tesis claramente inspirada en la falla del servicio propuesta en el Fallo Blanco, o como se conoce en francés: *faute de service*, pero que a su vez aplicó elementos propios de la teoría civilista colombiana:

En la aparición de la tesis de “las fallas del servicio” como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, anónima o funcional. O, en otras palabras, la culpa del derecho común, localizada en un agente infractor según la tesis de responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado configurándose la llamada culpa de la administración.

Las características más destacables de esta sentencia pueden sintetizarse en dos puntos, la mención de una falla general de la organización y no solo de la responsabilidad por culpa determinable en un sujeto concreto, y la fundamentación de este tipo de responsabilidad desde la prestación de un servicio público a cargo de la administración. Los criterios para la configuración de esta tesis son:

a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la 'falla de servicio', o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia, la

necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

d) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima);

e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y al agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella;

f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva mismo;

g) La acción indemnizatoria contra la administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa; y la acción contra el agente determinado, si los hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil. [...], y

h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil base de la responsabilidad extracontractual directa (Consejo de Estado, 1976).

Las tres teorías indicadas anteriormente fueron usadas por la Corte Suprema de Justicia a lo largo del tiempo en que fue juez de las actuaciones del Estado, siendo difícil ubicar el uso de cada una de ellas dentro de lapsos de tiempo específicos. Es importante tener en cuenta que dichas teorías tomaron sustento a partir de normas del régimen privado, tales como el Código Civil, por ello, el traspaso de la competencia al Consejo de Estado como juez de la administración pública constituyó no solo un cambio en el juez del asunto, sino también de las normas en que se sustentaba la responsabilidad del Estado, como se pasará a ver.

1.10 La responsabilidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado fue creado en 1817 con la expedición del Decreto de Angostura, con la finalidad de rendir concepto sobre temas relacionados con hacienda, marina, guerra interior y policía. Este consejo fue abolido en 1843 y en su lugar se creó un Consejo de Gobierno.

Finalmente, con la constitución de 1886 se estableció un Consejo de Estado cuya finalidad era dar conceptos al gobierno y preparar proyectos de ley. Así mismo, se le asignaron

funciones jurisdiccionales, con la condición de que las mismas fueran creadas a través de los Artículos 141 y 164 de la Constitución Nacional de 1886. La creación de esta jurisdicción vio la luz a través de la Ley 27 de 1904, mediante la cual se le otorgó la competencia sobre “[...] la resolución final sobre validez o nulidad de ordenanzas acusadas por incompetencia de las Asambleas o por ser violatorias de la Constitución o de las leyes generales de la República, corresponderá al Consejo de Estado” (Art. 1); pero en 1905, a través del Acto Legislativo No. 10 del 27 de abril, se ordenó la supresión del Consejo de Estado, bajo el argumento de que este órgano constituía una alta erogación presupuestal.

Con la promulgación de la Ley 130 de 1913 se creó el primer Código Contencioso Administrativo, el cual permanecería vigente hasta 1941. Con este código se creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, además de ocho (8) tribunales administrativos que tenían por función controlar los actos proferidos por los órganos estatales en ejercicio de sus funciones, fuese por solicitud de los ciudadanos en general o de aquellos que creían lesionados sus derechos. En 1914 se realizó un acto reformativo de la Constitución, mediante el cual se restableció el Consejo de Estado y el Título XIII de la Constitución Nacional de 1886., que regulaba la composición, división y atribuciones del Consejo de Estado.

A pesar del restablecimiento del Consejo de Estado y de la creación de una jurisdicción contenciosa a través de la Ley 130 de 1913, la Corte Suprema de Justicia conservó la competencia para decidir sobre los casos en los cuales se discutiera la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, lo cual se reiteró en las leyes de procedimiento civil 103 de 1923 y 105 de 1931.

Como consecuencia, el juez administrativo quedó reducido a un estrecho marco, en el que solo entraba el control de legalidad de los actos administrativos enumerados por el Código 1913. [...] En lo que se refiere específicamente a la responsabilidad del Estado [...] al Consejo de Estado solo se le atribuyó en 1913 el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de expropiaciones de guerra, y desde la Ley 38 de 1918, por las reclamaciones que se intentarían contra la Nación por las expropiaciones o daños en propiedad ajena fundadas en órdenes administrativas (Saavedra, 2011, p. 118).

La escuela del servicio público que venía influenciando el derecho europeo, especialmente el francés, encontró su manifestación en la Ley 167 de 1941, por medio de la cual se expidió un nuevo Código Contencioso Administrativo que permitió reglamentar de mejor manera el procedimiento administrativo. En este sentido, se concebían dos acciones ordinarias, la del

restablecimiento de un derecho violado por un hecho u operación administrativa (artículo 67), y la indemnización por trabajos públicos (que tenía una regulación especial a partir del artículo 261).

El artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 1945 suprimió la competencia que tenía la Corte Suprema de Justicia para fallar los casos contenciosos en los cuales fuera parte la nación o que constituyera litigio entre dos departamentos. Esta modificación no significó que el Consejo de Estado asumiera la competencia como juez de la responsabilidad del Estado, toda vez que se requería la reglamentación de esta competencia, conforme lo indicó el artículo 41 del acto legislativo en mención, por lo que la Corte Suprema siguió conociendo de la responsabilidad contractual y extracontractual hasta 1964, año en el cual se profirió el Decreto-Ley 528, a través del cual se estableció una cláusula general de competencia para los asuntos contenciosos contractuales y extracontractuales de la Nación (artículo 30 del Decreto Ley 528 de 1964).

A partir de esa fecha, el Consejo de Estado fue asignado como juez especial de conocimiento de las demandas de responsabilidad extracontractual en las que el Estado fuera el accionado, y sus fallos se empezaron a sustentar en el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, orientándose hacia la teoría de la falla en el servicio recogida de la tradición francesa y sustentada en la prestación de un servicio público. Prueba de lo anterior es la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 1967, consejero ponente: Carlos Portocarrero, en la cual se estableció:

Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el Art. 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza de los llamados “servicios públicos”. Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su “no funcionamiento” o del tardío funcionamiento del mismo se causa una obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y eso con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho daños, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que está obligado a prestar, por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término en el deber primarios del Estado se suministrar a sus asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines.

Esta posición fue reiterada en diversas sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en las cuales el fundamento de la responsabilidad fue la Constitución Política y la teoría de la falla

de servicios, justificada en la tesis del servicio público, resolviéndose así la responsabilidad del Estado mediante el uso de normas especiales y de un juez especial.

1.11 La constitucionalización de la responsabilidad del Estado

A partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 se consagró de manera expresa en el texto constitucional la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, así:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

El requisito para que exista responsabilidad del Estado, a partir de la constitución de 1991, es el daño antijurídico, entendido como “la lesión o el interés legítimo. Patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar” (Rodríguez, 2013, p. 618).

Según Rodríguez, la existencia del artículo 90 trajo como consecuencia para el Consejo de Estado el evaluar su jurisprudencia de cara al daño antijurídico, como se explica a continuación:

- a. El daño antijurídico puede configurarse en la responsabilidad objetiva o en la responsabilidad subjetiva, es decir, puede provenir de una falla o una falta en el correcto funcionamiento del Estado en la prestación de los servicios que tiene a cargo, o puede provenir de la realización de una conducta lícita, acorde a sus competencias, pero que causa un daño.
- b. Para que se configure la responsabilidad debe existir un daño antijurídico y que el mismo sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público.
- c. La consagración de la responsabilidad del Estado no encuentra solo su fundamento en el Artículo 90, sino también, en el Artículo 1, 2 y 13 de la Constitución Política, especialmente en el principio de solidaridad y de dignidad humana.
- d. Que el daño sea antijurídico implica que solo es indemnizable el daño que encaje en esta categoría, es decir, aquel que cumpla con los requisitos del daño y que no esté amparado en una causal o eximente de responsabilidad.
- e. La imputación del daño siempre debe provenir un título jurídico que permita su atribución o imputación a una entidad pública ya sea por una responsabilidad contractual o extracontractual.

En la actualidad la responsabilidad del Estado sigue teniendo su sustento en el artículo 90 de la Constitución Política y ha encontrado en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en las

leyes que regulan el funcionamiento del derecho administrativo una norma y juez especiales que conocen del actuar de la administración de cara a las funciones establecidas por la constitución al Estado de derecho.

1.12 Recapitulación

El presente capítulo realiza un barrido general de la evolución de la responsabilidad estatal en Francia, España y Colombia permitiendo detectar las categorías jurídicas que fueron adoptadas por nuestra legislación y que generan una mixtura en nuestro sistema de responsabilidad estatal.

En Francia, el desarrollo de la responsabilidad fue gradual y se derivó de situaciones que se fueron presentando dentro del país, las cuales llevaron a un desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado que inició con el Fallo Blanco y la teoría de la falla en el servicio de la administración; haciéndose, en algunos casos, la distinción de si la responsabilidad era directa o indirecta, dependiendo de si provenía de una falta personal o de una falta en el servicio. Así mismo, la jurisprudencia francesa distinguió entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, creando dos títulos de imputación como el de responsabilidad por rompimiento de las cargas públicas y el riesgo creado. Todo lo anterior, sumado a la tesis planteada por el Tribunal de conflictos, en la cual se establece que la responsabilidad del Estado debía provenir de tesis y normas especiales y debía ser juzgada por un juez especial.

Por otro lado, a partir del desarrollo de la responsabilidad estatal en el derecho español, se logró pasar de un sistema en el que la regla general era la irresponsabilidad estatal a un sistema donde cualquier daño causado a los particulares en el ejercicio de prestación de servicios públicos deberá ser indemnizado, siempre y cuando el particular no esté en la obligación de soportarlo y no concurren circunstancias de fuerza mayor; estableciéndose así un sistema de responsabilidad absoluta de la administración, del cual se tomaron elementos determinantes para ser adaptados en el modelo de responsabilidad estatal colombiano, como el concepto de daño antijurídico, aunque manteniendo diferencias con el sistema español desde el estudio de títulos de imputación y eximentes de responsabilidad como el hecho del tercero y hecho de la víctima, que no operan en dicho ordenamiento jurídico.

Es entonces que el sistema de responsabilidad en Colombia refiere una utilización de conceptos provenientes tanto del derecho francés como del derecho español, pudiéndose afirmar ello desde el desarrollo jurisprudencial y legal que ha tenido la teoría de la responsabilidad del Estado en Colombia, que encuentra solo sutiles diferencias con estos

ordenamientos jurídicos extranjeros. En referencia a lo anterior, encontramos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia inicia sustentando la responsabilidad directa e indirecta establecida en el Código Civil hasta el año de 1941, donde acogió la teoría de la falla del servicio francés hasta 1964, fecha en la que el Consejo de Estado asumió la competencia de los casos de responsabilidad del Estado y fundamentó la misma en la teoría de la falla del servicio hasta el año 1991, momento en el que se constitucionaliza el daño antijurídico como teoría proveniente de España y que ha definido la responsabilidad del Estado hasta la actualidad, con la diferencia de que el juez especial pertenecía al órgano ejecutivo mientras que en Colombia, adoptando la influencia francesa, se establecieron al igual órganos y jueces especiales para juzgar la actividad del Estado, pero esto desde la rama judicial del poder público.

CAPITULO II: Orígenes y evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico en Colombia

En este capítulo se revisarán las sentencias hito de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado que hacen referencia a la responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico, estableciendo cuál ha sido el régimen de imputación, el título de imputación, el nexo causal y las variaciones que han tenido los mismos, además de las implicaciones que estos cambios han tenido en el régimen probatorio.

2.1 Inicio de la responsabilidad médica en la Corte Suprema de Justicia

Teniendo en cuenta que actualmente es el Consejo de Estado quien se encarga de resolver las acciones en las que se discute la responsabilidad del Estado, sea cual sea su asunto de fondo, es menester indicar que previo a la creación de este órgano, era la Corte Suprema de Justicia la encargada de fallar sobre los casos en los que se veía involucrada la responsabilidad de las entidades estatales. Por lo anterior, en aras de determinar el origen de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico en Colombia, se hace importante remitirnos al momento en que estos fallos eran emitidos por la Corte Suprema de Justicia, estableciendo así el punto de partida que marcó el inicio en la evolución de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico.

Para establecer el mencionado punto de partida, se explorarán las sentencias del 5 de marzo de 1940 y 14 de marzo de 1942, en las que se expresaron los elementos a tener en cuenta para determinar la responsabilidad tanto contractual como extracontractual del personal médico.

2.2 Sentencia de la Sala de Casación Civil del 5 de marzo de 1940

Uno de los principales antecedentes en materia de responsabilidad por hecho médico en Colombia se dio mediante sentencia del 5 de marzo de 1940, en la cual la Corte Suprema de Justicia declaró la responsabilidad civil de un médico en relación con los perjuicios causados por su actuar culposo. En esta sentencia, el mencionado tribunal estableció los elementos para que se configure la responsabilidad del médico tratante, manteniendo un régimen de responsabilidad civil subjetivo, donde la carga de la prueba recaía de forma exclusiva sobre el demandante, quien debía probar la ocurrencia de los hechos alegados, la existencia de los perjuicios sufridos, el actuar culposo del médico tratante y la relación causal entre la conducta del médico y los perjuicios ocasionados, teniendo en cuenta la prueba pericial como único medio de prueba pertinente.

2.2.1 Régimen de imputación aplicado

Mediante esta sentencia la Corte Suprema de Justicia estableció un sistema de responsabilidad subjetiva mediante el cual el profesional médico solo podría ser responsable civilmente por los perjuicios causados de forma directa en los que mediara su ignorancia, negligencia culpable o culpa grave, teniendo como eximentes de responsabilidad, además de la fuerza mayor y el caso fortuito, el descuido, desobedecimiento o imprudencia del cliente.

En el anterior sentido, en materia de responsabilidad por hecho médico, la Corte Suprema de Justicia adoptó un régimen de irresponsabilidad estatal, mediante el cual el profesional médico debía responder con su patrimonio por los perjuicios causados a los pacientes en los que de manera directa mediara la culpa grave del galeno, sin existir rastro alguno de modelos objetivos de responsabilidad.

2.2.2 Título de imputación aplicado

Para probar la responsabilidad del personal médico en los perjuicios causados a los particulares, la Corte Suprema de Justicia implementó, guardando las diferencias, una modalidad que a día de hoy conocemos como falla probada, mediante la cual el particular demandante debía aportar prueba suficiente de la ocurrencia del hecho dañino, de la intervención de la culpa del médico y del nexo causal existente entre el actuar del profesional de la salud y los perjuicios causados al demandante. Además de lo anterior, la prueba reina en el proceso de responsabilidad por hecho médico era la prueba pericial, ya que no se consideraba a la prueba testimonial como medio de prueba idóneo para probar la existencia de hechos que se revestían de cierta dificultad técnica, en los que se hacía necesario dotar al juez de conocimiento de herramientas y detalles técnicos específicos que le permitieran entender con suficiencia un campo de estudio que no estaba obligado a conocer y sobre el cual debía emitir sentencia. A su vez, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia también estableció en su momento la forma de actuar en cuanto a casos de responsabilidad por hecho médico que no recaían sobre conceptos técnicos de especial dificultad para el juez, por lo que establecería una excepción a la prueba pericial que consistió en darle suficiencia probatoria a la prueba testimonial en aquellos casos en los que la responsabilidad del personal médico no recayera sobre procedimientos o actuaciones técnicas, sino sobre aspectos que no revestían dificultad técnica, como la responsabilidad que se derivaba por el descuido de pacientes en estado de demencia transitoria como causa de suicidio.

2.2.3 Nexo causal aplicado

Teniendo en cuenta que no existían regímenes de responsabilidad objetiva, como se mencionó anteriormente, mediante esta decisión la Corte Suprema de Justicia haría uso de una tipología de nexo causal a través de la cual el demandante estaba en la obligación de probar que el hecho determinante del perjuicio generado era la culpa del personal médico, es decir, que no concurrían situaciones externas a la culpa del médico tratante que pudieran causar de forma directa los perjuicios alegados, como la desobediencia o descuido del paciente hacia las indicaciones médicas o la ocurrencia de un acto de fuerza mayor o caso fortuito, recayendo así sobre el demandante la obligación de probar más allá de toda duda la relación de causalidad entre el actuar del médico tratante y el perjuicio causado.

2.3 Sentencia de la Sala de Negocios Generales del 14 de marzo de 1942

Mediante sentencia del 14 de marzo de 1942 de la Sala de Negocios Generales, la Corte Suprema de Justicia empezaría a manifestarse sobre la responsabilidad estatal por hecho médico, a través de la cual endilgaría responsabilidad al Estado por perjuicios relacionados con el actuar culposo de un médico adscrito al Ejército Nacional, quien omitió procedimientos en el tratamiento de un conscripto que fallece producto de la mordedura de un animal infectado con rabia. En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia no solo establece los elementos a tener en cuenta para que se configure la responsabilidad del Estado por el actuar culposo de uno de sus agentes, sino que también establece una diferenciación entre los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, toda vez que en decisión de segunda instancia otorga a los demandantes indemnización por perjuicios morales, los cuales habían sido negados en la primera instancia bajo el fundamento de estar incluidos dentro de la indemnización por perjuicios materiales.

2.3.1 Régimen de imputación aplicado

Al igual que en la sentencia del 5 de marzo de 1940, la Corte Suprema de Justicia hace uso de un régimen subjetivo de responsabilidad, que se basa en el actuar culposo del médico tratante adscrito a la entidad estatal causante de perjuicios al mencionado conscripto, pero que esta vez propende por la responsabilidad directa del Estado y no por la responsabilidad civil del médico tratante.

Este desarrollo implica que el actuar culposo del profesional médico es imputable de forma directa al Estado, bajo el fundamento de que el Estado deberá responder, al igual que

cualquier particular, tanto por los daños causados por sí mismo como por los daños causados por medio de aquellas personas que de este dependen, estableciendo a su vez esbozos de responsabilidad objetiva que terminaría, años después, en la implementación de un sistema mixto de responsabilidad, esto es, tanto objetiva como subjetiva.

2.3.2 Título de imputación aplicado

Para la época aún se mantenía el título de imputación de falla probada que, si bien no gozaba de ese nombre específico, al igual que en la actualidad, exigía a la parte demandante la carga de probar, más allá de toda duda, la existencia de todos los elementos de la responsabilidad: la ocurrencia del hecho, el actuar culposo del médico tratante, los perjuicios causados y la relación causal entre el actuar culposo del médico y los perjuicios causados al demandante. Asimismo, también debía probarse la inexistencia de factores externos que pudiesen eximir de responsabilidad al demandado, como la fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima. Este sistema de falla probada, al igual que el anterior, daría especial importancia a la prueba pericial como elemento determinante para encontrar probada la responsabilidad del Estado, toda vez que los fundamentos para establecer el actuar culposo del médico tratante reposarían en la praxis médica y en la *lex artis*, suponiendo un análisis técnico de la conducta del galeno que no podría ser catalogada con base exclusiva en la prueba testimonial.

2.3.3 Nexo causal aplicado

Al igual que para el título de imputación, los presupuestos del nexo causal serían los mismos usados en la sentencia del 5 de marzo de 1940, estableciendo, en cabeza del demandante, la carga de probar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del médico tratante y los perjuicios causados, pero a su vez, y basado en un sistema de responsabilidad civil objetiva, debía establecerse que el daño causado era efectivamente imputable al Estado, no solo desde el título de imputación de falla probada, sino también desde la necesidad de establecer el papel del Estado como ente responsable civilmente por los daños causados por los agentes que actuaban en representación del mismo.

En conclusión, si bien la Corte Suprema de Justicia no emitió sentencia en materia de responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico para la época, las sentencias analizadas anteriormente funcionan como antecedentes directos en el análisis del título de imputación empleado dentro del análisis de este tipo de responsabilidad por parte del Consejo de Estado.

Lo anterior, toda vez que el valor probatorio otorgado a la prueba testimonial bajo condiciones especiales para la configuración del título de imputación, es un antecedente directo de la falla en el servicio por indicio utilizada en el análisis de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico, en el cual se admite la inversión de la carga probatoria en atención a condiciones de normalidad en el embarazo; configurándose así, en ambos casos, un alivianamiento probatorio en cuanto al título de imputación ante el acaecimiento de circunstancias específicas, sea el recaer de la falla sobre circunstancias que no revisitiesen dificultad técnica, o las lesiones presentadas en el neonato proveniente de un embarazo en condiciones de normalidad.

2.4 Sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud

La Corte Constitucional ha tenido un papel fundamental dentro de la responsabilidad por hecho médico, ya que, mediante la declaración de este tipo de responsabilidad, la administración de justicia propende por la protección e indemnización de daños que menoscaban el derecho a la salud.

El derecho a la salud no siempre fue considerado como un derecho fundamental, por lo que no siempre contó con protección directa a través de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional, a través de sentencia T-395 de 1998, estableció que

El derecho a la salud, por estar comprendido en el capítulo de los derechos económicos sociales y culturales (DESC), no era susceptible de protegerse a través de la acción de tutela, a menos que se demostrara que por conexidad, al no protegerse este derecho se estaba vulnerando otro derecho fundamental como la vida o la dignidad humana de las personas.

Solo a partir del año 2003, la Corte, a través de sentencia T-859, consideró el derecho a la salud como un derecho fundamental susceptible de la protección directa de la acción de tutela, siempre y cuando el mismo estuviese vinculado con “los contenidos prestacionales definidos en el sistema de salud, básicamente al vincularse con el P.O.S., el P.O.S.-S., el P.A.B. y las obligaciones mínimas definidas en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Así,

Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr

la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiriera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003. (Sentencia T-859 de 2003).

Teniendo en cuenta lo anterior, al haber adquirido el derecho a la salud la calidad de derecho fundamental, la Corte Constitucional es el ente competente para conceptuar y desarrollar sobre su aplicación. Por ello, en aras de documentar los antecedentes de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico en Colombia, desde la Corte Constitucional, se hace importante determinar cuál ha sido la evolución que la tutela del derecho a la salud ha tenido como antecedente de este tipo de responsabilidad estatal; para lo cual se traen a colación sentencias proferidas por la Corte Constitucional que han supuesto un desarrollo en materia de derecho a la salud.

2.5 Sentencia T - 597 de 1993

Teniendo en cuenta que el derecho fundamental a la salud tuvo su inicio con la Constitución Política de 1991, la sentencia T-597 de 1993 fue una de las principales sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional interpretó el alcance del mencionado derecho, dotándolo de un alcance mayor al inicialmente contenido en el texto constitucional. Es por ello que, en dicha providencia, la Corte Constitucional estableció que la salud no puede ser considerada como una situación estática, ya que hace referencia a “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (num. 3), enfatizando que su tutela efectiva no se limitaba a evitar la enfermedad, sino también a llevar a cabo las acciones necesarias para “lograr la recuperación de la calidad de vida”. También, en esta providencia, la Corte Constitucional tomó la oportunidad para aclarar que “la Constitución Política no reconoce directamente el derecho a la salud, sino el derecho a la tutela de la salud”, entendiéndose lo anterior como el derecho a la “protección y recuperación de la salud”.

En atención a lo anterior, en lo que respecta al daño a la salud declarado en los casos de responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico, se realiza una indemnización de los perjuicios causados a la víctima con la finalidad de restablecer sus derechos al estado previo en el que se encontraban con anterioridad al daño causado, buscando una recuperación de la calidad de vida; evidenciando lo anterior, una relación intrínseca entre la finalidad de la

indemnización por daño a la salud y el concepto establecido por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud o tutela del derecho a la salud.

2.6 Sentencia T - 760 de 2008

A diferencia del concepto emitido en sentencia T-597 de 1993, bajo el cual se establecía que “la Constitución Política no reconoce directamente el derecho a la salud, sino el derecho a la tutela de la salud”, mediante esta sentencia la Corte Constitucional mantiene los lineamientos expuestos en la sentencia T – 859 de 2003 y reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental, siempre que esté dirigido a lograr la dignidad humana y pueda constituirse como una garantía subjetiva; identificando, también, que el mismo había sido protegido por tres vías distintas por parte del mismo tribunal, tanto desde su relación de conexidad con el derecho a la vida como desde su naturaleza fundamental cuando su tutela fue solicitada por sujetos de especial protección, además de haber sido protegido como derecho fundamental independiente en relación con la protección de la vida digna.

En este pronunciamiento, la Corte Constitucional mantiene el concepto de salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, considerándola como “un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo” (Sentencia T-760 de 2008, num. 3.1), donde cobran especial relevancia las diferencias pluriétnicas y multiculturales propias de la realidad social del país.

En cuanto a la protección del derecho a la salud, la Corte Estableció en esta sentencia que el mismo, al ser un derecho fundamental autónomo, contaba con la acción de tutela como medio de protección judicial idóneo; pero que al igual que con los demás derechos fundamentales, no todos sus aspectos serían tutelables. Lo anterior, en el entendido de que los derechos fundamentales no son absolutos, por lo cual pueden ser limitados teniendo en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad, caso en el cual no serán tutelables.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional sostiene la calidad de derecho fundamental del derecho a la salud, pero además establece que si bien dicho derecho cuenta con protección constitucional mediante la acción de tutela, según la naturaleza de su desconocimiento, también contará con medios de protección distintos al mecanismo constitucional, los cuales propenderán por el restablecimiento del “nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado” (ibídem), como lo establece el órgano constitucional. En relación con ello, se reconocen medios de protección como los medios de control dentro de la

jurisdicción contencioso-administrativa, que buscan la indemnización de perjuicios por daño a la salud, entre otras tipologías de daño, para el restablecimiento de las condiciones de salud anteriores al hecho dañoso.

2.7 Inicio de la responsabilidad gineco obstétrica en el Consejo de Estado

El Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido el encargado de desarrollar la responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico, habiendo sufrido variaciones a lo largo de jurisprudencia en relación con el título de imputación y los elementos que deben ser demostrados por los demandantes para la configuración de la responsabilidad. A continuación se relacionan las sentencias más relevantes que demuestran el desarrollo de este tipo de responsabilidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuales serán revisadas bajo tres criterios, a saber: i) régimen de imputación aplicado, ii) título de imputación aplicado y iii) nexo causal aplicado.

2.8 Sentencia del 24 de agosto de 1992 (expediente 6.754)¹

En esta sentencia el Consejo de Estado decidió el caso de una mujer que acudió a la I.S.S. Las Plas en Barranquilla en el mes de marzo de 1985 con un estado aproximado de 7 meses de embarazo. En el centro clínico le practicaron una cesárea para efectos del parto y posteriormente una histerectomía, debido a que la paciente presentaba un abundante sangrado vaginal, quien finalmente falleció.

2.8.1 Régimen de imputación aplicado

El caso fue decidido en el régimen de imputación subjetivo como una falla en la prestación del servicio de salud, debido a que hubo un defectuoso e irregular funcionamiento en la atención que le fue prestada a la paciente que finalizó en su muerte. No se configura un régimen de imputación objetivo porque no se está ante el ejercicio de una actividad peligrosa ni ante una actuación legítima de la administración que haya roto las cargas públicas.

¹ El Consejo de Estado, antes de esta sentencia, se había pronunciado sobre la responsabilidad ginecobotétrica en tres (03) ocasiones: Expediente 5.902 del 24 de octubre 1990, expediente 6.477 del 14 de febrero de 1992 y en la sentencia 7.274 del 13 de agosto de 1992. Estas decisiones no constituyen sentencias hito por qué fueron resueltas como una falla del servicio probada, siendo esta, el título de imputación por excelencia en el Consejo de Estado frente a temas de responsabilidad médica hasta ese momento

2.8.2 Título de imputación aplicado

Esta decisión hizo el primer cambio en la responsabilidad médica gineco obstétrica, ya que hasta ese momento los casos de esta especialidad habían sido resueltos con base en la falla probada del servicio, es decir, les correspondía a los actores demostrar el defectuoso funcionamiento del servicio de salud; mientras que para este caso se indica que hay una falla presunta del servicio, presumiéndose la conducta omisiva e irregular en el servicio y correspondiéndole al actor probar únicamente el daño y el nexo causal.

Esta posición fue tomada por el Consejo de Estado buscando establecer un dinamismo en la demostración de la prestación del servicio, teniendo en cuenta que el servicio mismo

[...] puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio (Sentencia de la Sección Tercera, 1992, p. 15).

Siendo debido a este argumento que el Consejo de Estado consideró que, en el caso objeto de litigio, se había presentado una falla presunta en el servicio; es decir, que el servicio había funcionado de manera irregular y defectuosa. Además de no encontrarse información en el expediente que probase que la atención prestada a la paciente cumpliera con las exigencias técnicas y científicas propias de la atención gineco obstétrica.

2.8.3 Nexos causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que a la paciente, posterior a habersele practicado dos cesáreas, se le ordena la práctica de una tercera cesárea que constituía un alto riesgo para su salud, además de ser ordenada de forma extemporánea en un centro hospitalario que no contaba con la capacidad institucional para dicha práctica, es decir, tiempo después de la hora a la cual debió haberse programado; además de también presentarse una demora injustificada en el traslado a un centro de mayor complejidad al evidenciarse la necesidad del mismo tras identificar la existencia de un sangrado vaginal.

En cuanto a la imputación jurídica de los hechos, se estableció que la misma devino del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud a

las personas que acuden a los centros hospitalarios a su cargo y que esperan una atención adecuada a la *lex artis*, y a la diligencia y cuidado propios de los profesionales del área.

2.9 Sentencia de 3 de febrero de 1995 (expediente 9.142)

En esta sentencia se resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia que accede a las pretensiones y cuyos hechos se resumen así:

A la señora María Cabeza se le practicó en la Clínica de la Caja Nación de Previsión Nacional una cesárea el 18 de mayo de 1984, en la cual nació una niña normal y ambas fueron dadas de alta sin ninguna recomendación.

La paciente regresó en dos ocasiones a la clínica, el 24 y 28 de mayo, con malestar general, fiebre e inapetencia, pero firmó su alta voluntaria manifestando no recibir la atención adecuada, acudiendo posteriormente a la Clínica Marly. En la mencionada clínica la paciente fue intervenida en dos ocasiones, una para extirparle la matriz y otra para reseca el epiplón y extirparle 20 centímetros de intestino delgado, todo ello con la finalidad de evitar que una infección causada en la cesárea se extendiera por todo su cuerpo, generando como consecuencia que la Señora Cabeza perdiese la posibilidad de procrear más hijos.

2.9.1 Régimen de imputación aplicado

El caso fue decidido en el régimen de imputación subjetivo como una falla en la prestación del servicio de salud, en atención a que se encontró probado que hubo irregularidades en la asepsia al momento de realizar la cesárea. No se configuran causales de responsabilidad objetiva, toda vez que no se trató del ejercicio de una actividad peligrosa ni de una actuación legítima de la administración que haya roto las cargas públicas.

2.9.2 Título de imputación aplicado

Tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda fundamentaron su decisión en la falla presunta del servicio, argumentando en este caso que la histerectomía como principal hecho dañoso fue consecuencia de la cesárea practicada en la Clínica de la Caja Nacional de Previsión Nacional, puesto que las aflicciones de salud comenzaron con posterioridad a la realización de la mencionada intervención y, en relación con una infección del sistema reproductor, entendió que no puede ser considerada consecuencia normal del procedimiento practicado. Además, el alto tribunal tomó como elemento determinante que la entidad

demandada no logró demostrar que realizó todos los actos tendientes a que la paciente y/o el espacio de la cirugía se encontrarán totalmente limpios para evitar cualquier infección en la paciente, situación que si se concretó y generó un perjuicio en los derechos reproductivos de la señora Cabeza.

2.9.3 Nexo causal aplicado

El nexo causal se resolvió mediante imputación fáctica y jurídica de los hechos, la primera de ellas fundada en que la paciente, después de pasados varios días de su intervención en la Clínica de la Caja Nacional de Previsión Nacional, presentó un cuadro de infección que fue diagnosticado tanto en la entidad que realizó la intervención como en la Clínica Marly, lugar donde tuvo que ser intervenida en dos ocasiones en aras de evitar que la infección se propagara. La imputación jurídica en este caso deviene del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud a las personas que acuden a los centros hospitalarios a su cargo y que esperan una atención adecuada, incluyendo la limpieza adecuada de los pacientes y las zonas físicas donde se realizan las intervenciones.

2.10 Sentencia del 17 de agosto de 2000 (expediente 12.123)

En este caso se resuelve el recurso de apelación presentado en contra de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual condena al Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados a una madre y a su hijo, antes y durante el parto. La Señora María Aracelly Molina venía desarrollando su proceso de gestación sin anormalidad alguna, llegando el 11 de enero de 1988 al Instituto de Seguro Social con algunas contracciones, siendo enviada de vuelta a su casa por tratarse de un “falso parto”. El día 13 del mismo mes, la señora Molina acude nuevamente a la ISS presentando nuevamente contracciones y molestias, donde se le indicó que aún no estaba en término para el parto, situación que se repetiría el 14 de enero. El día 15 asistió nuevamente a la ISS en donde fue hospitalizada y puesta en espera para examen físico, encontrándose fuerte sangrado, palidez, fuertes contracciones y vómito; razón por la cual fue trasladada para ser intervenida quirúrgicamente. Al momento de traslado para la intervención, la paciente presentaba pésimas condiciones de salud y ausencia de signos vitales palpables, por lo que se procedió a realizar una cesárea de la cual nace una criatura con “ANOXIA FETAL SEVERA INTRAPARTO”. A su vez, la paciente fue diagnosticada con una ruptura de útero y debió ser

intervenida quirúrgicamente, practicándosele una histerectomía que generó la imposibilidad de procrear más hijos.

2.10.1 Régimen de imputación aplicado

Esta sentencia tiene una consideración especial frente al régimen de imputación aplicado, ya que la sala optó por indicar que se estaba frente al régimen subjetivo de falla en el servicio, no sin antes hacer una aclaración especial frente a la responsabilidad médica gineco obstétrica:

[...] En el campo de la obstetricia, definida como “la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”, **la responsabilidad médica tiende a ser objetiva**, cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso (p. 17) (negrilla y subrayado fuera de texto).

2.10.2 Título de imputación aplicado

A pesar de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado indicó que esta sentencia se decidía por la falla probada del servicio, en consecuencia al esfuerzo probatorio realizado por la parte actora, el cual permitió establecer que al momento del ingreso no se realizaron los exámenes rutinarios que permitieran establecer el estado de la paciente y evitar la ruptura del útero, generando perjuicios irremediables a su hijo, como el retardo mental y psicomotor, y a sí misma, como la realización de una histerectomía, vulnerando en consecuencia sus derechos reproductivos.

En todo caso, no pueden dejarse de lado los argumentos expuestos por la sala frente a la responsabilidad médica derivada de hechos gineco obstétricos, en relación con lo cual indica que al ser la gestación y el parto un proceso natural del ser humano, y no una patología, la consecuencia natural es que nazca un niño sano y que la madre no tenga ninguna complicación, por lo que corresponde a los médicos que atienden el proceso verificar la normalidad del parto y, en caso de presentarse una situación anormal, procurar la corrección del mismo en aras de lograr un resultado satisfactorio.

2.10.3 Nexo causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que la paciente acudió en tres ocasiones al servicio de salud manifestando malestar y contracciones sin que se le practicasen los exámenes pertinentes, tales como el monitoreo uterino, estudio pelvimétrico y signos prodrómicos, los cuales habrían permitido establecer que se estaba presentando una ruptura del útero y realizar una intervención más oportuna que evitara las consecuencias acaecidas para la madre y su hijo. En cuanto a la imputación jurídica, al igual que en los casos anteriores, la misma deviene del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud a las personas que acuden a los centros hospitalarios a su cargo y que esperan una atención adecuada.

2.11 Sentencia del 14 de julio de 2005 (expediente 15.276)

En este caso se decide el recurso de apelación que denegó las pretensiones de primera instancia en las que se solicitaba condenar al hospital Primitivo Iglesias de la ciudad de Santiago de Cali por el servicio prestado a la Señora Mónica Suárez al momento del parto.

La Señora Mónica ingresó al hospital Primitivo Iglesias con 42 semanas de gestación y un cuadro de anemia, el cual fue diagnosticado en el primer trimestre del embarazo y venía siendo controlado a través de medicación específica. La paciente fue atendida por las enfermeras del centro hospitalario desde la hora de su ingreso, a las 07: 00 am, hasta la 01: 30 pm, hora del parto y momento en el cual se llama al médico de turno, resultando en el parto de una niña en pésimas condiciones, que debió ser remitida a un centro de mayor complejidad. Una vez finalizado el parto, la señora Suárez presentó una hemorragia intensa que debió ser tratada con medicamentos, posteriormente fue remitida a otro centro de mayor complejidad, donde falleció como consecuencia del estado crítico en el que ingresó.

2.11.1 Régimen de imputación aplicado

La Sección Tercera decidió revocar la sentencia de primera instancia, indicando que en el presente caso se configuraba una responsabilidad subjetiva por una falla en el servicio, haciendo énfasis en la *obiter dicta* de la sentencia en que la responsabilidad médica nunca puede ser resuelta como una responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que la prestación de salud siempre será de medios y no de resultado.

2.11.2 Título de imputación aplicado

La Sala aclara que no todos los casos de responsabilidad médica deben ser decididos mediante la falla del servicio probada, toda vez que el juez debe evaluar en cada caso quien está en mejor posición para probar los hechos alegados, y en cada caso específico revisar si es necesario realizar una redistribución de las cargas probatorias.

A pesar de lo anterior, el caso fue resuelto como una falla en el servicio presunta, debido a que la entidad demandada no logró demostrar que realizó una prestación adecuada del servicio de salud al momento del ingreso de la paciente. En atención a lo anterior, corresponde a los médicos realizar el diagnóstico de la paciente embarazada al momento de su ingreso y no a las enfermeras, encontrándose en el caso específico que la parte demandada no pudo probar que efectivamente la paciente fue tratada por un médico general al momento de su ingreso, por lo que no fue diligente ni cuidadosa en la prestación del servicio.

2.11.3 Nexo causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que la paciente ingresó al Hospital Iglesia Primitivo, en donde se pudo establecer que tenía 42 semanas de embarazo, es decir, que era un embarazo prolongado, y que subsistía un cuadro de anemia que venía siendo tratado desde el primer trimestre del embarazo, haciendo más que necesaria la revisión del estado de la paciente al momento del ingreso, la cual debió ser realizada por un médico general en aras de determinar la existencia de un embarazo de alto riesgo, el tratamiento a implementar y la necesidad o no de remitirla a un centro de mayor complejidad. En atención a que no se demostró la ocurrencia del mencionado curso de acción, el hecho se imputó fácticamente al Estado.

A manera de *obiter dicta*, el Consejo de Estado manifestó que en relación con el nexo causal también se han establecido reglas para morigerar la demostración de este elemento por la parte actora.

[...] se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado

suficiente de probabilidad' ”, que permita tenerlo por establecido (Sentencia de la Sección Tercera de 2005, p. 15).

Una de las maneras en las que se puede inferir la relación de causalidad es a través del indicio, elemento que tomará preponderancia más adelante en las sentencias del Consejo de Estado.

En el presente caso, la imputación jurídica deviene del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud a las personas que acuden a los centros hospitalarios a su cargo y que esperan una atención adecuada.

2.12 Sentencia de 3 de mayo de 2007 (expediente 16.098)

En esta sentencia el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación contra la sentencia que negó las pretensiones en la primera instancia en el caso en el que a la señora Emilse Salom se le detectaron quistes en los dos ovarios y mioma en el útero, afecciones que continuaron presentándose incluso con posterioridad al tratamiento médico realizado.

En el mes de marzo de 1993, la señora Emilse Salom acudió al Instituto de Seguros Sociales “ISS” de Sincelejo debido a que percibía un fuerte sangrado vaginal y dolor gástrico, donde el diagnóstico realizado confirmó un embarazo de cinco semanas. El dolor y sangrado persistieron, lo que llevó a la señora Salom a consultar nuevamente, pasados unos cuantos días, derivando en un diagnóstico de aborto incompleto. En atenciones posteriores a este hecho, la paciente solicitó que se le interviniera quirúrgicamente como tratamiento para superar los quistes y miomas que tenía en el útero y ovarios, respectivamente, debido a que era su deseo ser madre; para ello, se llevó a cabo una cirugía el 12 de mayo del mismo año, luego de la cual el médico tratante informó a la hermana de la actora que le había practicado una histerectomía, acción que realizó sin autorización ni consentimiento de la paciente o de su familia. Con posterioridad a estos hechos, el 17 de mayo de 1993 se recibió el estudio de patología de los órganos extraídos, evidenciándose la existencia de un feto de 12 semanas de gestación.

2.12.1 Régimen de imputación aplicado

La Sección Tercera del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y declaró la responsabilidad por una falla en el servicio, producida por la interrupción del embarazo a la Señora Emilse Salom mediante la realización de una histerectomía que no fue autorizada por la paciente.

2.12.2 Título de imputación aplicado

El título de imputación aplicado en esta sentencia fue la falla en el servicio probada, debido a que quedó demostrado que el médico tratante, una vez presentada la hemorragia, omitió realizar exámenes necesarios para descartar la existencia de un embarazo en la paciente y, adicionalmente, violó el consentimiento informado, toda vez que no informó a la paciente sobre la práctica de la histerectomía que terminó por generar la imposibilidad de procrear hijos de manera permanente, a pesar de que la señora Salom manifestó reiteradamente su deseo de ser madre, solicitando un procedimiento que le permitiese curar su patología sin coartar su capacidad reproductiva.

Lo determinante de esta sentencia es el análisis que realiza sobre el consentimiento informado y como el mismo debe ser otorgado por el paciente al recibir la explicación clara y concreta del tratamiento al que se va a someter, las consecuencias del mismo, sus riesgos y todas aquellas situaciones que se devienen de una intervención quirúrgica.

2.12.3 Nexo causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que la paciente presentó un sangrado vaginal que fue diagnosticado como un aborto incompleto, diagnóstico en el que se omitió realizar las pruebas o exámenes que permitieran determinar si la paciente estaba en embarazo, dada la posibilidad de tener un embarazo múltiple. Así mismo, se realizó una intervención quirúrgica que no le fue informada y mucho menos autorizada por ella o las personas que estaban acompañándola, vulnerando con ello sus derechos sexuales y reproductivos.

La imputación jurídica, a su vez, y al igual que en las decisiones proferidas anteriormente, deviene del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud a las personas que acuden a los centros hospitalarios a su cargo, las cuales esperan una atención adecuada.

2.13 Sentencia del 26 de marzo de 2008 (expediente 16.085)

Procedió la Sección Tercera a resolver la apelación del caso de la Señora Elvira Caballero, mujer de 24 años que cursaba su segundo embarazo y a quien en el primer trimestre se le diagnosticó un embarazo de alto riesgo por la posición anormal de la placenta.

El día del alumbramiento acudió a la Clínica El Bosque Ltda., la cual prestaba sus servicios a CAPRECOM, a las 11:31 p.m. del 30 de diciembre de 1992, donde estuvo hospitalizada hasta la 1:00 am, momento en el cual presentó sangrado profuso generado por el desprendimiento de la placenta, lo que derivó en la práctica de una cesárea a las 02:30 a.m., momento para el cual el bebe nació sin signos vitales por ahogamiento con la sangre emanada del desprendimiento de la placenta.

2.13.1 Régimen de imputación aplicado

El régimen de imputación aplicado en esta sentencia fue el subjetivo, encontrando la Sala que hubo fallas en la prestación del servicio comprendidas en omisiones, errores y retardos durante la prestación de los servicios médicos a la señora Caballero, las cuales terminaron con la muerte del menor.

2.13.2 Título de imputación aplicado

El título de imputación identificado por el Consejo de Estado fue la falla probada del servicio, pero no sin antes realizarse un análisis de la falla del servicio por indicio como título de imputación. En esta sentencia el alto tribunal reiteró que la responsabilidad médica no puede derivarse de una responsabilidad objetiva, pero que, en especialidades como la obstetricia, se han establecido la falla presunta y, de manera posterior, la falla por indicio, que son aplicables a aquellos casos en los cuales el proceso de gestación se presentó con normalidad, pero se causan, durante el parto o el puerperio, daños a la madre y/o neonato, generando una inversión de carga probatoria.

La anterior teoría no fue aplicada en el caso en concreto en razón a que desde el primer trimestre del embarazo se identificó la existencia de una posición anormal de la placenta, por lo que, en el razonamiento del Consejo de Estado, correspondía a la parte actora demostrar la negligencia y la impericia en el actuar del personal médico, así como el daño generado y el nexo causal.

2.13.3 Nexo causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que el retraso por parte del médico de turno en ordenar la práctica de la cesárea necesaria una vez identificado el desprendimiento de placenta fue determinante en la muerte del que estaba por

nacer, constituyendo un actuar negligente por parte del galeno; mientras que la imputación jurídica devino del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud.

2.14 Sentencia del 1° de octubre de 2008 (expediente. 27.268)

En esta sentencia el Consejo de Estado resuelve el recurso de apelación conjunto presentado contra la decisión del Tribunal de Cundinamarca en el cual se resolvió sobre los perjuicios causadas con ocasión de la prestación del servicio de salud a la Señora Blanca Salazar, quién fue atendida en el Hospital Universitario Clínica San Rafael.

La señora Salazar ingresó al Hospital Universitario Clínica San Rafael el 2 de junio de 1997 con 40 semanas de embarazo, donde se constató que se trataba de una madre primeriza con signos de cefalea, presión arterial alta y edema, generando el diagnóstico de preeclampsia como evento de alto riesgo obstétrico. Pese al diagnóstico, la madre no fue intervenida para el parto hasta el 3 de junio a las 05:30 am, habiendo pasado más de 18 horas desde su ingreso, lo que generó el fallecimiento de la Señora Blanca Salazar y el nacimiento de una hija con los diagnósticos de “encefalopatía hipóxica isquémica, síndrome convulsivo - IRA prenatal” y “edema cerebral y hemorragia intraparenquimatosa”.

2.14.1 Régimen de imputación aplicado

El régimen de imputación aplicado fue el subjetivo, encontrando la Sala que hubo negligencia en la prestación del servicio a la Señora Dolly Salazar al presentarse un error de diagnóstico, toda vez que se contaban con todos los elementos para identificar que, al momento de su ingreso, la señora Salazar presentaba un cuadro de preeclampsia y, a pesar de ello, se prolongó de forma injustificada la realización del parto, generándose el fallecimiento de la paciente y lesiones permanente al neonato.

2.14.2 Título de imputación aplicado

El título de imputación establecido por el Consejo de Estado fue la falla probada del servicio, encontrando probado el alto tribunal la falla en el servicio por error en el diagnóstico que generó la muerte de la paciente y las lesiones a su hija, tomando como fundamento la literatura médica y los medios de prueba presentados en el proceso.

No obstante, además del análisis anterior, la sentencia en mención reiteró lo expuesto en otros pronunciamientos sobre la falla del servicio por indicio y como esta permite al juez establecer no solo la prueba a través de una conjetura o sospecha, sino también el nexo causal.

Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada. En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad (Sentencia de la Sección Tercera de 2008, p. 45).

2.14.3 Nexo causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que la señora Dolly Salazar ingresó al centro médico con 40 semanas de parto, cefalea, presión arterial alta y edema, signos claros de una preeclampsia, que, según lo establecido por la literatura médica, requiere intervención inmediata por parte del personal médico, entendiéndose que en el caso concreto los médicos omitieron estos signos y optaron por realizar exámenes, los cuales retrasaron la intervención a la paciente, incurriendo en un error de diagnóstico que generó el fallecimiento de la paciente y las lesiones a la nacida.

En cuanto a la imputación jurídica, la misma continúa deviniendo del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud.

2.15 Sentencia del 19 agosto 2009 (expediente 18.364)

En esta providencia el Consejo de Estado resuelve la apelación presentada contra la decisión de primera instancia en el caso de la señora Mónica Arias, quien acudió al Instituto de Seguros Sociales "ISS" encontrándose en estado de embarazo, donde producto de la omisión en la realización de dos ecografías obstétricas que fueron debidamente ordenadas, pero que

nunca fueron practicadas a pesar de la insistencia de la paciente, se produjo el fallecimiento de tres criaturas que se encontraban dentro del proceso de gestación, ya que al no practicarse las mencionadas ecografías, y en atención a los síntomas clínicos de la paciente que no eran propios de un embarazo de un solo feto como era creencia del personal médico, se realizó cesárea antes del término de maduración de las que estaban por nacer, provocando su muerte. Debido a que la paciente presentaba signos de alarma y contracciones, los médicos de la clínica en la cual fue atendida consideraron que debía practicarse una cesárea a la paciente, ya que producto de un diagnóstico erróneo se tenía la creencia de que el feto se encontraba en posición atravesada. La cesárea fue practicada el 31 de octubre de 1996, encontrándose los médicos con la sorpresa de que la señora Arias se encontraba embarazada de trillizas que tenían entre 24 y 25 semanas de gestación y que no sobrevivieron al procedimiento quirúrgico, por lo que fallecieron al no tener la madurez médica suficiente.

2.15.1 Régimen de imputación aplicado

El régimen de imputación aplicado fue el de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio, aunque reitera esta sentencia, al igual que varias de las mencionadas anteriormente, que la responsabilidad médica no puede considerarse como una responsabilidad objetiva debido a que sus obligaciones son de medio, teniendo en cuenta que incluso en los casos de responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico no se configura la responsabilidad objetiva, sino la presunción o indicio de falla que puede ser demostrada en la actuación de la administración y medios de prueba que permitan generar una inferencia.

2.15.2 Título de imputación aplicado

El título de imputación aplicado fue la falla presunta en el servicio que contiene un aligeramiento probatorio, utilizando lo que se ha conocido como la “*res ipsa liquitur*” (las cosas hablan por sí solas) que tiene como fin, según la Sentencia de la Sección Tercera de 2009,

[...] deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del

médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

La negrilla y subrayado hacen parte del texto (p. 17).

El Consejo de Estado hizo uso de esta figura de aligeramiento probatorio porque permite inferir de manera clara y conforme con lo demostrado en el proceso que hubo una negligencia e inobservancia en la *lex artis*, toda vez que en los centros hospitalarios en los cuales se atendió a la madre gestante se omitió la realización de una ecografía y monitoreo fetal que permitiese establecer el número de semanas exactas de gestación, además identificar que se estaba en presencia de un embarazo múltiple, por lo que el daño causado a la demandante, esto es, el fallecimiento de sus trillizas, permite establecer la culpa de las entidades demandadas.

Adicional al análisis que se realizó de la figura de aligeramiento probatorio, el Consejo de Estado analizó desde el derecho comparado la existencia de herramientas como la figura de la culpa virtual, usada en Francia, y la prueba *prima facie*, usada en Alemania, que permiten al juez determinar la existencia de una falla en la prestación del servicio de salud, debido a que parte del análisis de las reglas propias de esta ciencia y de la experiencia permiten determinar que cierto resultado se debe a cierta conducta reprochable.

2.15.3 Nexo causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que la paciente fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, toda vez que no se le realizaron los exámenes comunes en los procesos de gestación, además de presentarse un error de diagnóstico en el que en relación con el peso y altura uterina de la paciente se diagnosticó que el feto se encontraba en posición transversa; situaciones que derivaron en la práctica de una cesárea, para la cual tampoco se realizó una valoración previa del estado de la paciente, causando con ello la muerte de sus trillizas.

Por otro lado, la imputación jurídica se generó a partir del deber de garante que tiene el Estado en la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud a las personas que acuden a los centros hospitalarios a cargo del mismo y que esperan una atención adecuada.

2.16 Sentencia del 28 de marzo de 2012 (expediente 22.163)

En esta sentencia, el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda y en las cuales se pedía condenar al Hospital de Rionegro por los daños causados al menor nacido y sus familiares. El 21 de noviembre, a las 4:30 am, la señora María Noelia acudió con su esposo al hospital San Juan de Dios de Rionegro, toda vez que se encontraba en proceso de parto. La señora Noelia fue ubicada en cama solo hasta las 09:30 am, mientras que a la 01:20 pm inició su trabajo de parto, que debido a una obstrucción vaginal ocasionó la realización de una episiotomía. El menor nació a la 01:30 pm con serias complicaciones en la respuesta fisiológica, por lo que fue llevado a la sala de masajes cardíacos y luego a la incubadora para oxigenarlo, manteniéndose hospitalizado por el término de cinco días. Pasados dos meses del nacimiento del menor, los padres identificaron que tenía problemas de visión por lo que acudieron a médicos especialistas quienes indicaron que el menor tenía una pérdida irreversible de la visión del 88%.

2.16.1 Régimen de imputación aplicado

El título de imputación aplicado en este caso fue el subjetivo mediante falla en el servicio, reiterando una vez más que, por regla general, la responsabilidad médica no puede ser imputada mediante responsabilidad objetiva, toda vez que la misma tiene a su cargo obligaciones de medio y no de resultado.

2.16.2 Título de imputación aplicado

La Sección Tercera del Consejo de Estado estableció que en el presente caso se presentó una falla en el servicio por indicio, toda vez que la gestante tuvo un embarazo normal en el que no se presentaron condiciones de riesgo o diagnósticos previos que permitieran establecer patologías intrauterinas del que estaba por nacer o riesgos al momento del parto; por lo que el hecho de que el menor presentara una ceguera irreversible pasados dos meses y medio del parto permite suponer, con arreglo en las reglas de la experiencia, que dicha secuela pudo haberse producido por el actuar culposo del personal médico en relación con el parto. Este título de imputación se complementó con medios de prueba allegados al proceso, los cuales permitieron establecer que existió una probabilidad preponderante de que el daño causado pueda estar relacionado con una broncoaspiración sufrida por el menor al momento del parto,

la cual pudo derivarse del sufrimiento fetal al que fue sometido por los galenos, quienes, a su vez, omitieron realizar un seguimiento del proceso de parto de la paciente.

2.16.3 Nexo causal aplicado

En relación con el nexo causal, el caso se resolvió mediante la imputación fáctica y jurídica de los hechos en cabeza del Estado. Para la imputación fáctica se tuvo en cuenta que la señora Noelia llegó al hospital San Juan de Dios a las 04:30 am del 21 de noviembre, pero solo hasta las 09:30 am le dieron una cama para poder ser atendido su trabajo de parto. Entre las 09:30 y la 01:00 pm no se realizó ningún seguimiento a su proceso de parto y solo hasta la 01:20 se empezó a presentar el proceso de parto que se demoró por la necesidad de realizar una episiotomía que llevó a que el menor tuviera un sufrimiento fetal y el cese de oxígeno al cerebro, que probablemente causó la ceguera irreversible del menor.

La imputación jurídica se resuelve con la posición de garante que tenía el hospital que atendió el proceso de parto, debido a que tenía la obligación de colocar toda su experticia y medios a la prestación del servicio de salud a la madre y del que estaba por nacer.

2.17 Recapitulación

El Consejo de Estado ha sido el primer órgano de cierre jurisdiccional que ha tratado de manera directa la responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico en Colombia, pero ello no quiere decir que las decisiones tomadas con anterioridad a la creación del mencionado órgano no hayan cimentado las bases de lo que se conoce como responsabilidad del Estado por hecho gineco obstétrico. Inicialmente la Corte Suprema de Justicia, como alto tribunal de mayor existencia en el tiempo entre los citados, estableció las bases en materia de responsabilidad tanto subjetiva como objetiva por hecho médico, utilizando conceptos como el actuar culposo del médico tratante y la responsabilidad del Estado por los perjuicios generados por los agentes que lo representan; los cuales, aunados a desarrollos ulteriores, forjaron las bases de lo que se conoce como responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico actualmente.

Por su parte, la Corte Constitucional, posterior a su creación por mandato de la Constitución Política de 1991, también tuvo gran incidencia en el desarrollo de la responsabilidad por hechos vulneradores del derecho a la salud, como ocurre en los casos de responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico, cuyos perjuicios terminan por afectar tanto la salud de la madre gestante como la del infante que nace con afecciones psicofísicas. Esto en el sentido en

que el mencionado órgano constitucional estableció el alcance y límites de la protección del derecho a la salud, identificando su carácter de derecho fundamental tutelable y estableciendo la posibilidad de protegerlo mediante medios distintos a la acción de tutela, en concordancia con la naturaleza de la afección causada.

Posterior al desarrollo realizado tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad estatal por hecho médico, el Consejo de Estado ha generado una línea jurisprudencial muy profusa en lo referente a la responsabilidad del Estado por hecho gineco obstétrico, estableciendo, en un principio, que los casos referentes a esta especialidad médica debían ser resueltos con apoyo en el título de imputación de falla presunta en el servicio, generando con ello una suposición que permitía a la parte actora una actividad probatoria menos abundante, en el entendido de que la responsabilidad médica hace parte de una ciencia en la cual las personas y centros hospitalarios que prestan el servicio de salud deben demostrar que actuaron con la diligencia y cuidado ordenada para la práctica médica.

A pesar de este aligeramiento, el Consejo de Estado siguió realizando copiosos análisis alrededor de la demostración de la falla en el servicio y la comprobación del nexo causal, pasando por la teoría de que la responsabilidad por hecho gineco obstétrico podría ser una responsabilidad objetiva al ser el embarazo un proceso natural cuyo resultado final debería ser un bebe en sanas condiciones, teoría que no fue acogida por la entidad, siguiendo con la teoría de la falla por indicio que establecía que al momento de la configuración de ciertos criterios o situaciones en la prestación del servicio se permitía presumir o conjeturar que el resultado dañoso era consecuencia de una omisión o defectuosa prestación del servicio de salud, y que esta situación se constituía en una favorabilidad para las víctimas, quienes podrían probar el título de imputación del daño y el nexo causal del mismo.

CAPÍTULO III: Elementos generales y especiales que estructuran la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco obstétrico

Teniendo en cuenta las precisiones adquiridas a través del estudio realizado en la presente investigación, se cuenta con los elementos necesarios para dar respuesta a la pregunta planteada y poder establecer ser cuáles son las condiciones necesarias para afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho obstétrico en Colombia desde la dogmática y la jurisprudencia. En atención a lo anterior, se expresa que las condiciones para que pueda configurarse la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la actividad médica gineco obstétrica confluyen en el cumplimiento tanto de los elementos clásicos de la responsabilidad estatal (daño antijurídico, título de imputación y nexo causal) como de los elementos especiales de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico (la normalidad o anormalidad del embarazo, el nivel de atención de los Institutos Prestadores de Salud “IPS” en Colombia, las circunstancias previas al parto y la consideración del acto médico como una actividad compleja), tal y como se establece a continuación.

3.1.Elementos generales

3.1.1. Daño

Daño: La afectación, menoscabo, lesión o perturbación, a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural) o la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades) o la esfera patrimonial (bienes o intereses), que no es soportable por quien lo padece, bien porque es irrazonable o no se compadece con la afirmación de interés general alguno (Santofimio, 2017, p. 745).

Como se ha establecido previamente, el daño antijurídico se encuentra consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política como uno de los elementos esenciales de la responsabilidad estatal en Colombia, el cual ha sido ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia, estableciéndose generalmente como toda afectación, menoscabo, lesión o

perturbación, a la esfera persona, la esfera de la actividad de una persona jurídica o la esfera patrimonial que no es soportable por quien lo padece. Santofimio, (2017). Teniendo en cuenta la especialidad de la actividad médica gineco obstétrica, tanto la doctrina como el Consejo de Estado se han visto en la obligación de establecer cuándo se produce un daño antijurídico producto de la actividad médica gineco obstétrica y si el mismo puede ser considerado como hecho generador de responsabilidad estatal. En atención a lo anterior, se ha concluido que el daño antijurídico en materia de responsabilidad gineco obstétrica se constituye cuando, a partir de la acción u omisión del personal de atención médica, se produce una lesión a la integridad psicofísica de la madre gestante o del recién nacido, sea durante la gestación, el parto o el puerperio. De esto se puede establecer que el daño antijurídico en la responsabilidad estatal por hecho gineco obstétrico puede producirse antes, durante y/o después del parto; y puede ser resultado de errores de diagnóstico al inicio del proceso de gestación, fallas en los procedimientos y tratamientos obstétricos, tanto quirúrgicos como no quirúrgicos, entre otros, y a los que se encuentren sometidos tanto la madre gestante como el recién nacido, durante la gestación, el parto o el puerperio.

Es importante tener en cuenta que para que pueda constituirse un error diagnóstico o fallo dentro de un procedimiento médico gineco obstétrico, debe presentarse por parte del personal de salud una acción u omisión contraria a la *lex artis*, es decir, la realización de diagnósticos o procedimientos que no se ajusten a la conducta que se espera del profesional de la salud de acuerdo con lo reglamentado, tanto por la ciencia médica generalmente reconocida, como por el ordenamiento jurídico específicamente aplicable a los procedimientos gineco obstétricos. En conclusión, el daño, en materia de responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico, consta de un daño a la salud, entendido como lesión a la integridad psicológica y/o física de la madre gestante o del recién nacido, el cual, adquiere la característica de daño antijurídico cuando es generado a partir de una acción u omisión contraria a la *lex artis* por parte del personal médico, derivada de una falta al deber impuesto al Estado en su posición de garante en la prestación de servicios de salud; teniendo como consecuencia de dicho daño, la generación de perjuicios tanto materiales (daño emergente y lucro cesante) como inmateriales (perjuicio moral por daño a la salud), producto de la falla o falta en la prestación del servicio de salud.

3.1.2. Título de imputación

Como se pudo identificar en la línea jurisprudencial analizada, el título de imputación aplicado en la responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico debe ser la falla presunta en el servicio, toda vez que esta especialidad médica cuenta con circunstancias particulares y específicas que hacen necesario variar el título de imputación en aras de que las víctimas puedan demostrar la configuración de la responsabilidad del Estado, situación especial que deviene de la naturaleza de los procesos de gestación, parto y puerperio como procesos fisiológicos y naturales de la mujer. La falla presunta del servicio, en palabras de la Sentencia de la Sección Tercera de 1992, es:

Cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, **con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.**

(...) [...] La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente (Negrilla y subrayado fuera de texto).

El servicio de gineco - obstetricia comprende dos aspectos: “La Ginecología se encarga de las enfermedades y la prevención de éstas del sistema reproductor femenino. La Obstetricia es la especialidad para el cuidado del embarazo, así como la atención del parto y los cuidados postnatales” (Almater Hospital, 2022, párr. 1). En este entendido, es obligación tanto del médico gineco obstetra como de los demás profesionales de la salud que intervienen en estas etapas realizar un seguimiento estricto al proceso natural del embarazo, verificando el desarrollo adecuado de la gestación y del que está por nacer.

Por ello, cuando el proceso de gestación transcurrió con normalidad, sin haberse producido alguna patología o situación que debió controlarse, el parto debe culminar necesariamente con el nacimiento de una criatura sana, entendiendo que cuando esto no sucede, es decir, cuando se presentan hechos que causan una lesión o la muerte a la madre o el menor, se puede **presumir** que hubo una falla en la prestación del servicio de salud, por lo que corresponderá a la parte demandada demostrar que se prestó el servicio de una manera cuidadosa, eficiente y de conformidad con lo ordenado por la práctica médica; siendo los daños causados a la madre o el menor resultado de situaciones que no eran previsibles por la medicina, y que los mismos fueron tratados conforme con lo ordenado por la *lex artis*.

Lo anterior se justifica por dos situaciones concretas, la primera de ellas es que la medicina en general requiere de conocimientos específicos que poseen quienes se han preparado para su entendimiento y aplicación, por lo que los pacientes tienen una menor capacidad para conocer a fondo el diagnóstico y proceso médico que se le prestó, siendo posible trasladar la carga de la prueba de demostrar la correcta prestación del servicio al médico tratante. La segunda situación, como ya se explicó, consiste en que la gineco obstetricia cuenta con especialidades particulares que permiten generar un indicio, inferencia o presunción de una indebida prestación del servicio, como en los casos donde el embarazo transcurre con total normalidad, siendo la falla presunta del servicio el título de imputación idóneo y adecuado para resolver los casos de responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico, debido a que genera para el particular actor en el proceso un aligeramiento probatorio justificable en los casos en mención.

A continuación, se procede a explicar por qué la falla presunta del servicio es el título de imputación adecuado para definir la responsabilidad médica en este tipo de especialidad médica. Para ello, se tiene que el Consejo de Estado ha tenido la posibilidad de definir multiplicidad de casos sobre hecho gineco obstétrico y en algunos de ellos ha indicado que el título de imputación aplicable al caso concreto era la falla del servicio probada, pero la aplicación de este título de imputación devino de dos situaciones específicas: por un lado, que los casos mencionados contaron con una actividad probatoria tan prolija de la parte actora que no fue necesario aplicar la presunción, y por el otro, que el caso se tratase de un embarazo con riesgos durante el proceso de gestación, toda vez que en estas situaciones le corresponde a la parte actora demostrar la falla en el servicio. Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Sección Tercera de 2008:

En consecuencia, como el embarazo de la señora Elvira Caballero Corredor no se desarrolló en condiciones normales, sino que, por el contrario, evidenció

problemas placentarios y la muerte del feto se produjo por desprendimiento de la placenta, esto es, como consecuencia de los problemas que presentó durante el embarazo, se ubica en la parte demandante la carga de la prueba de demostrar que la muerte del feto obedeció a una falla en el acto obstétrico por cuanto las circunstancias que rodearon el embarazo no llevan a inferir que el nacimiento debió presentarse normal, sin contratiempo. Al contrario, se sabía con antelación de la existencia de problemas que podían conducir al que finalmente se llegó.

Así mismo, se encontró en el análisis de sentencias del Consejo de Estado la introducción del título de imputación denominado la falla por indicio:

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

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

A pesar de lo anterior, y de lo novedoso que ha resultado para la doctrina y la jurisprudencia el desarrollo de la denominada falla por indicio, la misma no puede considerarse más allá de

una subespecie de la falla en el **servicio presunta**, toda vez que define criterios con los cuales se puede inferir el título de imputación y el nexo causal, pero no constituye una construcción de un título de imputación subjetivo específico que pueda ser considerado una falla en el servicio autónoma como lo son la falla probada y la falla presunta. Esta situación se evidencia de forma clara en la sentencia ya citada y en la sentencia del 1º de octubre de 2008 expediente. 27.268, en la cual se indicó:

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 en tales eventos, la **parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio**, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio **constituye un indicio de dicha falla** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Para la Real Academia Española (2022), el indicio es un “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido” y presumir es “suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen” (párr. 1). Por lo anterior, se puede establecer que cuando el Consejo de Estado indica que se configuró la responsabilidad del Estado por una falla por indicio, realmente está hablando de la falla en el servicio presunta.

3.1.3. Nexo causal

Al igual que con el título de imputación, el elemento nexo causal cuenta con variaciones en la responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico, esto debido a que el Consejo de Estado ha considerado que el mismo puede probarse a través de medios como el indicio. Por regla general, este elemento debe ser demostrado por la parte actora de manera precisa y manifiesta, pero en estos casos concretos es posible que los jueces recurran a ciertas figuras de aligeramiento probatorio en sede de **imputación fáctica y jurídica**.

Para mayor claridad de esta precisión, se cita la Sentencia de la Sección Tercera de 2009:

[...] La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, [...] por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y

bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur* (sic), desarrollada en derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”, que permitían tenerla por establecida.

Lo anterior no significa que la parte actora se releve de demostrar la existencia del nexo causal entre el daño y la prestación del servicio de salud, sino que en los casos en los cuales la prestación del servicio médico tiene una especialidad, el mismo puede demostrarse a través de diversos medios de prueba como el indicio, la probabilidad adecuada, entre otros, que permitan al juez llegar a la certeza de la existencia del nexo causal; lo anterior, basado en reglas técnicas, científicas y de la experiencia.

De lo anterior, podemos concluir que en materia de responsabilidad médica por hecho gineco-obstétrico la demostración del nexo causal cuenta con un aligeramiento probatorio que le permite a la parte actora demostrar con mayor sencillez este elemento de la responsabilidad del Estado, teniendo en cuenta la situación en la que se encuentra la víctima frente a la prestación del servicio de salud.

3.2.Elementos específicos

A su vez, el Consejo de Estado ha realizado un desarrollo muy específico de la responsabilidad médica por hecho gineco obstétrico, no limitándose al análisis sobre la falla del servicio y las posibilidades de aligeramiento en el nexo causal y la prueba del título de imputación, sino que también ha establecido criterios especiales que pueden o no concurrir en su totalidad y que deben revisarse al momento de estructurar la responsabilidad médica en este caso específico de atención. A continuación se explican estos criterios de configuración.

3.2.1. Normalidad o anormalidad del embarazo

El embarazo, al ser una condición fisiológica, es decir, propia del funcionamiento del cuerpo de la mujer, requiere de un cuidado médico y un seguimiento durante todo el proceso de gestación. El seguimiento lo explican de manera muy clara Mandelbrot y Ceccaldi (2007), el cual consiste en un conjunto de normas que permiten detectar y tratar situaciones que ponen en riesgo a la mujer o al feto; teniéndose presente que hay alteraciones físicas en la salud de la madre que son consecuencia natural del proceso de gestación, debido al proceso fisiológico hormonal que implica la gestación, además de los cambios o adaptaciones que realiza el cuerpo para cargar con el feto durante 37 a 42 semanas durante 9 meses. Pero hay afectaciones a la salud que no son propias o consecuencias típicas del proceso de embarazo, sino que están asociadas a patologías o alteraciones que pueden poner en peligro la vida de la madre o del menor; por ello, se debe tener en cuenta que el seguimiento del embarazo normal se inscribe en el proceso de detección y prevención de las complicaciones maternas o fetales, para lo que se encuentran establecidas una serie de disposiciones reglamentarias que especifican las etapas del proceso de gestación y los medios técnicos que se pueden o deben usar durante el seguimiento, para así lograr la terminación normal del embarazo. Se resalta que la debida información a las mujeres ocupa el primer plano en la prevención, sobre todo la referida a determinadas enfermedades infecciosas y al consumo de alcohol, tabaco y otras sustancias tóxicas, y lograr una adecuada consulta, exámenes y asistencias a controles prenatales durante el primer trimestre, que son determinantes para detectar gestaciones con riesgo específico, permitiendo también orientar a la mujer hacia una vigilancia más adecuada del embarazo. El seguimiento con visitas mensuales permite detectar posibles trastornos o algún aumento del riesgo, y las sesiones de preparación y consultas del final del embarazo, permiten preparar el parto y el puerperio.

Conforme con lo anterior, este primer criterio consiste en identificar si el proceso de gestación se desarrolló con normalidad, evidenciando que durante el mismo no se encontraron patologías o situaciones que representasen un riesgo para el embarazo y/o el proceso de parto.

Si el embarazo se desarrolló con normalidad, el resultado del parto debe ser el nacimiento de un bebé sano, por lo que en aquellos casos en los que el desarrollo del embarazo fue normal y se presentaron situaciones adversas que causaron un daño al menor o a la madre, hay una presunción o indicio de que el daño pudo presentarse por una falla en el servicio de salud. En este caso le corresponderá a la parte demandada demostrar que su conducta fue diligente, cuidadosa, eficiente y que el daño generado corresponde a situaciones ajenas a la actividad médica, imposibles de prever y/o controlar.

Si, por el contrario, el embarazo se desarrolló con una probabilidad de riesgo, le corresponde a la parte demandante demostrar que se presentó una falla en el servicio derivada de un descuido o de una deficiente o tardía prestación del servicio. En estos casos, la parte actora tendrá una mayor carga probatoria, toda vez que le corresponde demostrar la falla, sin posibilidad de presunción del indicio que se configura por lo general en el nexo causal y en el título de imputación.

Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología (Sentencia de la Sección Tercera, 2005).

El criterio que justifica la posición del Consejo de Estado es el hecho de que el proceso de gestación y parto son procesos naturales de una mujer, es decir, que los mismos obedecen al funcionamiento del cuerpo humano y al ciclo de reproducción por el cual pueden pasar las personas. Por ello, cuando el médico presta su atención a la gestación y el parto está atendiendo el curso normal de la naturaleza, donde la ciencia médica acude a apoyarlo y a prever cualquier anomalía; diferente de lo que acontece en los casos de enfermedad, en los

cuales se requiere de una intervención más agresiva para curar a la persona de su afección. No quiere decir esto que la responsabilidad en los casos en los que el embarazo cursó con normalidad puede atribuirse de forma objetiva, sino que podrá constituirse una falla presunta del servicio que puede ser demostrada a través de indicio o por cualquier medio probatorio que permita establecer la falla del servicio y el nexo causal.

Lo anterior significa que siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y el daño se haya producido durante la actuación médica dirigida a atender el parto, se tendrá como indicio que la causación de un eventual daño relacionado con el proceso de gestación se produjo por la falla del personal médico, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se puedan recolectar. Sin embargo, si una vez evaluados por el personal médico los antecedentes del embarazo de la madre, lográndose establecer que era un embarazo con complicaciones patológicas o fisiológicas, el indicio predicado a favor de la parte actora es ineficaz y le corresponde a los demandantes demostrar que la causa del daño fue el actuar negligente, imprudente, defectuoso o tardío en la prestación del servicio; pudiéndose valer de los medios probatorios estipulados para ello. Por otra parte, corresponderá a la parte demandante demostrar que el daño causado es resultado de una causa extraña y ajena a su actuación.

3.2.2. Nivel de atención de las IPS en Colombia

En este criterio se evalúa la calidad de la prestación del servicio conforme el nivel de complejidad del centro hospitalario, y si el mismo es apto para la prestación del servicio gineco obstétrico. Se debe evaluar la capacidad financiera, estructural y personal con la que cuenta la institución de salud de cara a su nivel de complejidad, por lo que no tener a su disposición los especialistas, materiales físicos e infraestructura requeridos se constituye una falla del servicio. Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido que la insuficiencia de medios materiales y recursos humanos para la atención de un parto constituye una falla del servicio, siempre y cuando se logre demostrar que, de acuerdo con el nivel de atención de la entidad hospitalaria, esta tiene la obligación legal de disponer de dichos recursos para evitar el daño ocasionado a la víctima.

Para estos casos, el Consejo de Estado ha definido en su jurisprudencia el marco legal que establece las obligaciones a cargo del ente prestador del servicio de salud, verificando el cumplimiento o no de dichas obligaciones para establecer si se presenta una falla en la

prestación del servicio de salud. Por ello, se debe tener en cuenta el marco normativo que regula el servicio de salud, el cual se enuncia a continuación:

- **Ley 10 de 1990**, “por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud”, le otorga al Estado, conforme con el literal C, Artículo 1, la función de fijar “los niveles de atención en salud y los grados de complejidad, para los efectos de las responsabilidades institucionales en materia de prestación de servicios de salud y, en especial, los servicios de urgencia, teniendo en cuenta las necesidades de la población y la cobertura territorial, principalmente”.

Además de esto, le impone en el Literal m del Artículo en mención la obligación de organizar y establecer el régimen de referencia y contrarreferencia de pacientes, de los niveles de atención inferiores a los superiores y el régimen de apoyo tecnológico y de recursos humanos especializados que los niveles superiores deben prestar a los inferiores (art. 1, literal m).

- **Decreto Reglamentario 1760 de 1990**, “por el cual se establecen y definen los niveles de atención, tipo de servicio de complejidad”. Se reglamentaron los tipos de servicio y el nivel de complejidad en los cuales se clasifican los centros de salud y dispuso en su artículo 1 que “se entiende por nivel de atención la responsabilidad del ente territorial en la organización de los servicios de salud a través de una o varias entidades para satisfacer las necesidades de salud de su población”. Por otra parte, ordenó en su artículo 2 que “las entidades que presten servicios de salud se organizarán de acuerdo con su complejidad en “servicios, Departamentos, Unidades, Secciones y Grupos” los cuales comprenden el conjunto de recursos humanos, tecnológicos y materiales organizados para solucionar problemas de salud y apoyar o complementar dicha solución, cuya actividad se desarrolle en el espacio hospitalario o en los espacios comunitarios. Igualmente, estableció que “los servicios que organicen las entidades se clasificarán en grados de complejidad con el objeto de racionalizar los recursos disponibles, lograr una mejor distribución de los mismos en el país y mantener la calidad en la prestación de servicio” (art. 3°).
- **Decreto Reglamentario 2759 de 1991**, “por el cual se organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia”. Define en su artículo 2 que el “régimen de Referencia y contrarreferencia, es el Conjunto de Normas Técnicas y Administrativas que permiten prestar adecuadamente al usuario el servicio de salud, según el nivel de atención y grado de complejidad de los organismos de salud con la debida oportunidad y eficacia”.
- **Decreto Reglamentario 4747 de 2007**, “por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables

del pago de los servicios de salud de la población a su cargo”. Establece en el Literal e) del artículo 3 el sistema de referencia y contrarreferencia como el “conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicas y administrativas que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago”.

- **Ley 100 de 1993**, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.
- Manuales Operativos del Sistema de Referencia y Contrarreferencia de urgencias para la Red Pública de Prestación de Servicios de Salud.

De conformidad con el Decreto Reglamentario 1760 de 1990, los centros hospitalarios del país se dividen en tres tipos, dependiendo de la complejidad en la prestación del servicio. Esto es, instituciones de primer, segundo o tercer nivel de atención, lo que genera para el respectivo centro una serie de obligaciones mínimas de provisión de recursos técnicos, tecnológicos y humanos que son indispensables y necesarios para la atención de determinadas patologías y partos de cualquier tipo. Además, esta división impone a los médicos y trabajadores de la salud la obligación de usar los recursos en mención de forma técnica, diligente y apropiada para el momento de la prestación del servicio de salud y más si se presentara algún tipo de complicación médica y del cuál puede surgir la obligación de remitir a la paciente a un centro hospitalario de mayor complejidad en el menor tiempo posible y brindando los elementos que permitan garantizar su salud como un adecuado transporte y el acompañamiento del personal de salud requerido para el tipo de patología.

Así mismo, el sistema de referencia y contrarreferencia establece de manera clara y detallada el procedimiento para realizar la remisión de los pacientes en aquellos eventos en que el centro hospitalario no cuenta con la capacidad para la atención del paciente; en estos casos, la remisión a otro centro debe, en palabras de Jimenez N., (2012), ser oportuna, en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta la urgencia en la remisión según el cuadro clínico del semestre. El centro hospitalario que remite deberá garantizar la prestación del servicio de traslado, con el respectivo acompañamiento médico, desde que el paciente sale del centro hospitalario hasta que lo reciben en el nuevo hospital; a este último corresponde recibir a la paciente y atenderla conforme la urgencia de esta, de manera eficiente y acorde con la *lex artis*. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones genera de manera inmediata una falla del servicio por parte de la entidad estatal, ya sea la que remite o la que recibe, en la prestación del servicio de salud, en caso de que la paciente o su recién nacido sufran un daño

antijurídico. Un claro ejemplo de estos casos se encuentra en la Sentencia de la Sección Tercera de 2008, en el cual se definió la responsabilidad del centro médico por no cumplir con los requerimientos técnicos que debe tener la institución:

En efecto, si bien es cierto que la atención dispensada a la paciente y el procedimiento durante el parto fue adecuado, la emergencia presentada con posterioridad a ese momento no pudo ser atendida en forma oportuna debido a la carencia de reservas de sangre con las que debería contar la entidad demandada, carencia que resulta inadmisibles si se tiene en cuenta que el centro hospitalario demandado pertenece al nivel II de atención, ello implica que debería contar con los elementos necesarios para la buena prestación del servicio (Instrumentación, equipos, farmacéuticos, terapéuticos, quirúrgicos, biológicos etc.) pues su existencia y funciones se encuentran justificadas en la atención de asuntos que revisten, desde el punto de vista científico y logístico, especiales cuidados, atención integral y oportuna⁵⁴ (Sic) que de no concurrir pueden comprometer la vida de quienes acuden allí, como sucedió en el caso de la señora CUERO LAFAUX.

Por lo anterior, tenemos que para la aplicación del criterio referente al “nivel de atención de las IPS en Colombia”,

El juez administrativo deberá tener en cuenta diferentes parámetros de evaluación de la conducta de la entidad prestadora del servicio de salud gineco-obstétrico, a saber: en primer lugar, es indispensable establecer de qué nivel era la Institución hospitalaria que recibió a la paciente para atender el parto, de conformidad con la normatividad existente sobre la materia; en segundo lugar, deberá determinarse claramente el contenido obligacional de la entidad hospitalaria en concordancia con su nivel de atención y, en tercer lugar, es necesario examinar si la conducta de la entidad estatal estuvo acorde con el contenido obligacional a su cargo (Jiménez, 2012, p. 39).

Adicional a lo anterior, se debe revisar si en el caso concreto se presentaron complicaciones que implicaron la necesidad de remitir a la paciente a otro centro médico asistencial, por lo que el juez deberá revisar si al momento del ingreso, o dentro de la prestación del servicio, se evaluó la capacidad de la prestación del servicio en los términos que requiere la paciente o si, por el contrario, debe remitirse; en caso de lo segundo deberá remitirse a la paciente en el menor tiempo posible al centro hospitalario de mayor nivel y, además, deberán proveerse los medios idóneos para que el transporte se haga con el acompañamiento profesional y los recursos suficientes que permitan la estabilidad de la paciente.

3.2.3. Circunstancias previas al parto

Este criterio se refiere a la obligación de evaluar los antecedentes de atención de la paciente y el bebé, es decir, indagar por la historia clínica y la información consignada en la misma para determinar si efectivamente se realizaron los chequeos y el seguimiento al proceso de gestación que se ordena a las mujeres embarazadas, en aras de hacer un seguimiento al desarrollo del feto. La evaluación de estos controles permite establecer si se presentó algún antecedente médico o patología en la madre o el bebé que podría tener consecuencias en el respectivo proceso de parto.

En esta medida, el control prenatal constituye una serie de procedimientos, diagnósticos y acciones que se deben realizar antes del parto para lograr asegurar el buen desarrollo del feto, así como preservar la salud de este y de la madre, por lo que dicho control debe reunir necesariamente las siguientes características: a) debe ser previo al parto o cesárea; b) periódico (semanales, quincenales, mensuales, etc.); y c) completo (incluye todos los exámenes y atenciones indispensables para la salud integral de la mujer embarazada) (Jiménez, 2012, p. 40).

A su vez, la historia clínica cumple un papel trascendental en este criterio de verificación de la responsabilidad del Estado, toda vez que en la misma deberá aparecer consignada todo el proceso de atención y seguimiento al embarazo, las patologías que sufran la madre y el menor y el tratamiento que se les haya ordenado. La historia clínica se encuentra definida en el artículo 1 de la Resolución 1995 de 1999 como

un documento privado, obligatorio y sometido a reserva en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervienen su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley.

La historia clínica se constituye en aquel documento que puede dar certeza sobre las condiciones en las cuales se prestó el servicio al paciente, si el mismo fue conforme con la *lex artis* y se prestó de forma oportuna y eficiente para satisfacer la necesidad de atención de la paciente.

Lo relevante de este criterio es la solidaridad o el deber de compartir la obligación del cuidado entre paciente y médico tratante, debido a que corresponde al galeno ordenar los controles prenatales correspondientes y los exámenes que se estimen necesarios a partir de dichos controles, en aras de poder establecer la normalidad o anormalidad del embarazo, y las

intervenciones médicas que se requieran. Así mismo, la madre tiene la obligación de asistir a estos controles, practicarse los exámenes ordenados y seguir las recomendaciones médicas que se deriven de esta práctica. El incumplimiento de este deber por parte de la madre exime al médico de la responsabilidad por los inconvenientes que se presenten durante el periodo de gestación, toda vez que en dicho caso la madre no estaría aportando los elementos necesarios para identificar la existencia de anomalías durante la gestación que requieran acción por parte del médico tratante. El incumplimiento de este deber por parte del médico tratante, siempre que genere como resultado la producción de una anomalía en el parto que haya podido ser detectada a tiempo y que no fue posible por la negligencia y el descuido del médico, puede derivar en la existencia de una falla en la prestación del servicio de salud.

Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en la Sentencia de la Sección Tercera de 2011, que indicó:

[...] El Hospital Departamental de Nariño, como parte demandada, alegó la culpa exclusiva de la víctima por cuanto la señora Guavita Gutiérrez “no asistió a control prenatal alguno, no obstante tener ocho (8) por manera que tal descuido no puede atribuírsele a los médicos de la entidad”⁵⁹(Sic). En este sentido, argumentó que esta omisión cometida por la paciente de no asistir a los controles prenatales, tuvo incidencia en el hecho de que el médico que atendió el parto no pudo “orientarse” por algún antecedente o diagnóstico previo que permitiera prever los síntomas, patologías, anomalías y demás circunstancias que pudieran evitar los daños producidos.

En términos generales, la atención del embarazo debe enfocarse hacia un control periódico prenatal, la atención del parto, el examen postnatal, el cuidado del recién nacido y el mantenimiento de la lactancia. El control prenatal debe incluir la elaboración adecuada de la historia clínica que incluye los datos generales de identificación, antecedentes patológicos y el examen general y gineco-obstétrico que le permitirá al médico detectar precozmente cualquier patología que pueda desarrollarse durante el embarazo, previniendo su gravedad, logrando de esta manera un pronóstico óptimo materno y fetal.

[...] En las condiciones clínicas neurológicas de descerebración, edema de papila y ausencia de todo tipo de respuesta neurológica en que se encontraba la paciente, la muerte no podía ser evitada. Se hubiera podido prevenir ese estado si la paciente hubiera tenido un control prenatal adecuado y riguroso que hubiere permitido detectar la elevación de la presión arterial y tratarla médicamente, pues es la hipertensión la que en última instancia llevó a la paciente al estado neurológico que presentaba a su ingreso al hospital.

Por lo anterior, en este criterio el juez debe establecer si la entidad tratante del proceso de gestación de la madre envió los controles prenatales necesarios y si, de ser así, además agotó su obligación de prescribir los exámenes que se hayan estimado necesarios para establecer la existencia de alguna patología o anomalía durante el embarazo. Así, también corresponde a la madre demostrar que acudió de manera juiciosa a sus controles y exámenes, y que además atendió todas las recomendaciones para llevar el embarazo a un feliz término.

3.2.4. El acto médico como una actividad compleja

Este último criterio está relacionado con el alcance de la actividad médica conforme al principio de la confianza legítima, toda vez que se circunscribe al hecho de que en la actividad médica gineco obstétrica intervienen varios tipos de profesionales, médicos generales y especialistas, quienes están confinados a suponer que la actividad médica realizada por su antecesor se realizó de manera diligente, prudente, cuidadosa y conforme con lo ordenado por la *lex artis*; por lo que el resultado dañoso que se llegare a presentar puede ser el resultado del actuar de alguno de los galenos que intervinieron en la atención previa de la paciente.

El acto médico puede entenderse como el “conjunto de pasos efectuados, en todos los campos de la salud, exclusivamente por un doctor en medicina, con vistas a formular un diagnóstico, seguido, si es necesario, de la aplicación de acciones médicas terapéuticas o preventivas” (Quintero, 2012, p. 29).

El doctrinante Guzmán Mora, como se citó en Quintero (2012), indica que una posible definición del acto médico es la relación especial entre personas, donde una de ellas, el paciente o enfermo, sufre una alteración o aflicción en su salud, por lo que acude a la otra persona, médico, quien, debido a su conocimiento, está en la capacidad de orientar, mejorar, sanar o, de no ser posible lo anterior, aliviar el sufrimiento de la persona que acude a su atención.

Asimismo, el acto médico supone la existencia de una serie de etapas técnicas que pueden diferenciarse las unas de las otras y que inician con la valoración del estado de salud del paciente, con el fin de establecer su dolencia o patología. El acto médico tiene como finalidad el propender por la mejora o recuperación de la salud del paciente realizando para ello todos los procedimientos médicos, quirúrgicos y terapéuticos indicados.

La especialidad médica obstétrica presenta una serie de actos médicos sucesivos y concatenadas que deben ser realizados para asegurar que el proceso de gestación transcurra

con normalidad y, en caso contrario, que se realicen las intervenciones necesarias para corregir la posible patología, en caso de ser posible. Por ello, al momento de establecerse la responsabilidad del Estado por hecho gineco obstétrico deben revisarse de cada uno de los actos médicos realizados a la paciente y su proceso de parto, para poder establecer si en alguno de ellos se presentó una falla que pudo dar lugar a la causación del daño.

Uno de los casos en los cuales el Consejo de Estado resolvió en torno a este criterio se encuentra en la Sentencia de la Sección Tercera de 2011. Allí decidió la responsabilidad por hecho gineco obstétrico en relación con el fallecimiento de un menor:

No obstante que el embarazo de la señora María Elena Caicedo Guzmán transcurrió con relativa normalidad, pues no se observa afectación alguna a su estado de salud ni al de su bebé, durante el período de gestación, el médico encargado de su control tuvo algunas dudas acerca de la fecha probable del parto, pues inicialmente diagnosticó que éste ocurriría probablemente el 16 de mayo de 1994, tal como se evidencia en la historia clínica y se ratifica con la prueba testimonial rendida en el proceso por el doctor Moreno Valderrama, pero la última ecografía practicada a la paciente el 27 de abril de 1994, estableció que la fecha del parto podría ser el 23 de junio de 1994, pues la paciente tenía 31 semanas de embarazo en ese momento.

Como se logró demostrar, “existían dudas acerca de la fecha probable del nacimiento del hijo que esperaba la señora Caicedo Guzmán”⁷⁰ (Sic), pues durante la etapa de gestación el médico tratante que practicó las ecografías no logró determinar con certeza la fecha en que se debía realizar el parto, lo que condujo a que el alumbramiento fuera extemporáneo y el resultado final fuera la muerte del bebé. En efecto, la Sala concluyó que la deficiente atención médica suministrada a la paciente durante la gestación, fue determinante en la producción del resultado dañoso (muerte del feto), y, por tanto, la intervención del médico que atendió el alumbramiento estaba en todo supeditada al control prenatal efectuado con anterioridad, que llevó a establecer equivocadamente que la madre o el feto no presentarían problemas graves y, por tanto, el nacimiento transcurriría en condiciones de normalidad.

En este criterio Jiménez,

El principio de confianza legítima surge como respuesta a la división del trabajo y a la especialización en el ejercicio de una actividad, así como en la idea de cooperación entre las distintas instituciones territoriales, derivándose de ello que en varias ocasiones el ejercicio de dicha actividad se vea supeditada al comportamiento de otros sujetos; y en esta medida, se hace importante delimitar

el ámbito de responsabilidad que corresponderá a cada interviniente dentro del proceso causal (2012, p. 48).

Por lo anterior, puede presentarse que el médico que atiende el proceso de parto esté confiado de que sus antecesores en la atención de la paciente realizaron las actividades médicas correspondientes conforme con lo descrito en la historia clínica y la cual debe estar conforme con la *Lex Artis*; por lo que, en caso de presentarse un resultado dañoso, el mismo debe ser imputado a quien omitió realizar sus deberes conforme con una correcta y adecuada prestación del servicio de salud. Es entonces que corresponderá al juez administrativo evaluar, de ser el caso, como se prestó el servicio a la madre durante el proceso de gestación para lograr establecer el ámbito de responsabilidad de cada uno de los centros hospitalarios, médicos y personal de apoyo que intervinieron en el proceso de gestación, el parto y la atención posterior de la madre y su hijo.

4. Conclusiones

A lo largo de la presente investigación se ha podido evidenciar el desarrollo histórico tanto de la responsabilidad estatal en general como de la responsabilidad del Estado por hecho gineco obstétrico en Colombia, realizando un barrido desde los orígenes de la responsabilidad estatal en Francia y España hasta la evolución de la misma al interior del ordenamiento jurídico colombiano; a partir de las decisiones de las altas cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) y de los conceptos tomados desde la doctrina y dogmática nacional e internacional. Esto, teniendo en cuenta principalmente la adopción de conceptos desarrollados en Francia y España, tales como la necesidad de un juez y ordenamiento especiales para el juzgamiento de la responsabilidad estatal, tomada desde el derecho francés, y la especial protección de los derechos y bienes de los particulares ante daños que estos no están en la obligación de soportar, adoptada desde el ordenamiento jurídico español.

Del anterior recorrido histórico se puede establecer que la responsabilidad estatal en Colombia nace de la adopción de constantes desarrollos implementados en Francia y España a lo largo de los años, iniciando, al igual que en estos países, por un sistema de irresponsabilidad estatal que mutó hacia sistemas de responsabilidad civil de los servidores públicos, que a su vez derivaron en la adopción de sistemas de responsabilidad civil del Estado para finalmente terminar con el desarrollo de una responsabilidad estatal impartida por un órgano especializado mediante el uso de normas especiales dirigidas a regular el actuar de la administración.

En este sentido, la responsabilidad del Estado colombiano se deriva, como lo establece el artículo 90 de la Constitución Política, del daño antijurídico causado a los particulares que sea imputable al Estado, el cual deberá ser debidamente probado ante los jueces administrativos con arreglo a las reglas y procedimientos propios del derecho público. Lo anterior se traduce en un sistema de responsabilidad estatal en el cual se debe demostrar la existencia de tres elementos generalmente esenciales, el daño antijurídico, la imputación y el nexo causal. Estos elementos de la responsabilidad del Estado, como se ha indicado en los capítulos anteriores, permiten al juez administrativo constatar que se encuentra o no frente a un particular que ha sufrido un daño atribuible a la administración, el cual no está en la obligación de soportar; además de establecer si ese daño fue efectivamente causado por la acción u omisión estatal mediante fallas en el servicio, creación de riesgos excepcionales o daño especial derivado del actuar reglado del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado colombiano se ha comprometido a garantizar la correcta prestación y ejecución de los servicios y funciones públicas, so pena de ser condenado por los daños antijurídicos que puedan ser causados por el incumplimiento de esta garantía. Dentro de los servicios prestados por la administración que se encuentran amparados por dicha garantía, se encuentra la prestación del servicio de salud, el cual se presta en cumplimiento del derecho fundamental a la salud, entendida, en palabras de la Corte Constitucional, como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, estado que puede ser variable y sujeto a múltiples afectaciones.

En el entendido de que la función del derecho es regular las relaciones sociales y la del derecho administrativo, particularmente, regular las relaciones entre el Estado y los particulares, el dinamismo propio de los cambios sociales exige para el derecho administrativo la constante creación de herramientas que permitan regular dichas relaciones, en atención a los cambios sociales propios del contexto social, a lo cual no es indiferente el campo de la responsabilidad estatal. En este sentido, con la adopción por parte del Estado de la obligación de indemnizar a los particulares por los daños antijurídicos causados en atención a la prestación de servicios de salud, la jurisprudencia y la doctrina se vieron en la necesidad de crear presupuestos específicos para endilgar la responsabilidad del Estado en estos casos, realizando cambios a la forma de entender los elementos clásicos de la responsabilidad estatal dentro de la prestación de servicios de salud.

Como se expresó anteriormente, desde 1940, la Corte Suprema de Justicia ha venido conceptuando sobre cuáles son los elementos a tener en cuenta para que se configure la responsabilidad que se deriva del hecho médico, conceptos que han sido complementados a lo largo del tiempo por los pronunciamientos que al respecto han proferido tanto la Corte Constitucional, en materia de derecho a la salud, como el Consejo de Estado, en materia de responsabilidad estatal por hecho médico. En la actualidad, para que se configure la responsabilidad estatal por hecho médico, por lo general, debe presentarse un daño que el particular no esté en la obligación de soportar, que deberá ser generado por la falta de prestación o prestación deficiente del servicio de salud, la cual deberá ser declarada por el juez administrativo, m siempre y cuando, la parte demandante logre probar la existencia del daño, los perjuicios generados por este, la falta o falla en la prestación del servicio de salud, en la cual deberá mediar la culpa o el dolo del personal de salud, y la relación de causalidad entre la falta de prestación o prestación deficiente del servicio y los perjuicios causados. Lo anterior se traduce en un sistema de responsabilidad subjetiva, cuyos elementos esenciales

son el daño antijurídico, el nexo causal y la falla en el servicio probada como título de imputación.

Si bien este sistema de responsabilidad subjetiva es transversal a todos los daños imputables al Estado que puedan causarse producto de la actividad médica, la especialidad y diversidad en el ejercicio de la medicina ha hecho necesaria la implementación de herramientas que permitan ajustar el procedimiento de responsabilidad estatal a las diversas especialidades existentes en la prestación del servicio de salud, como es el caso de la responsabilidad por hecho gineco obstétrico; donde, a pesar de mantenerse en gran medida la estructura utilizada para establecer la responsabilidad del Estado por hecho médico, se presentan ligeras variaciones en cuanto al título de imputación que dotan a este campo de una especificidad mayor en materia de responsabilidad estatal.

Para que el juez administrativo puede declarar la responsabilidad del Estado por perjuicios causados en el ejercicio de la actividad médica gineco obstétrica, además de encontrarse probados la existencia del daño antijurídico, de los perjuicios causados, la falta o falla en la prestación del servicio y el nexo causal entre dicha falta o falla y los perjuicios causados, el funcionario judicial deberá distinguir si, en los casos de los daños causados en relación con procedimientos obstétricos, el embarazo se llevó en términos de normalidad o si, *contario sensu*, se trató de un embarazo con complicaciones que dotaban de mayor complejidad el procedimiento médico.

La distinción anteriormente mencionada tiene implicaciones en cuanto al título de imputación mediante el cual se declara la responsabilidad del Estado, teniendo en cuenta que si se trata de casos en los que el embarazo presentó condiciones de anormalidad que pudieron incidir de manera directa en la causación del daño, la parte demandante deberá probar el dolo, negligencia, impericia o imprudencia en la actuación del médico tratante para que se pueda configurar la responsabilidad del Estado, haciendo uso de un título de imputación de falla en el servicio probada; mientras que en los casos en los que el embarazo transcurrió con total normalidad, se hará uso de un título de imputación de falla en el servicio por indicio, mediante el cual corresponderá a la parte demanda probar que no medió dolo, negligencia, impericia o imprudencia en la causación del daño antijurídico, aligerando la carga probatoria de la parte demandante. A partir de lo anterior, se genera para el juez administrativo el deber de verificar la concurrencia de elementos especiales diferentes al daño antijurídico, título de imputación y nexo causal para declarar probada la existencia de responsabilidad del Estado por los daños causados en procedimientos médicos gineco obstétricos. Estos elementos especiales son la normalidad o anormalidad del embarazo, el nivel de atención de las IPS en

Colombia, las circunstancias previas al parto y la consideración del acto médico como una actividad compleja, los cuales están dirigidos a establecer si el actuar del médico tratante o centro hospitalario causante del daño se ajusta a los requerimientos técnicos, científicos y jurídicos propios de la ciencia médica gineco obstétrica, mediante el estudio de las condiciones de riesgo presentes o no en la gestación, la capacidad técnica del centro hospitalario donde se realiza el procedimiento, el historial médico de la madre gestante y la complejidad propia de la actividad médica ejercida por profesionales idóneos para ello.

Teniendo en cuenta las precisiones adquiridas a través del estudio realizado en la presente investigación, se cuenta con los elementos necesarios para dar respuesta a la pregunta de investigación, que se dirige a resolver cuáles son las condiciones necesarias para afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco-obstétrico en Colombia desde la dogmática y la jurisprudencia. En este sentido, se puede concluir que las condiciones necesarias para afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración pública por hecho gineco-obstétrico en Colombia se reflejan en la existencia de un juez especial que resuelva los conflictos entre el Estado y los particulares mediante el uso de normas especiales de derecho público (descripción a la que se ajustan de manera exacta los jueces administrativos de los distintos niveles funcionales), el cual deberá encontrar probada la existencia de un daño antijurídico (consistente en una lesión a la integridad psicofísica de la madre gestante o del recién nacido en el curso de procedimientos médicos gineco obstétricos durante la gestación, el parto o el puerperio, el cual no estén en la obligación jurídica de soportar) que sea imputable al Estado (por encontrarse probada la falta o falla en el servicio de salud por parte del personal médico o auxiliar tratante hacia el cual el Estado cuenta con la posición de garante en cuanto a la prestación de un correcto y oportuno servicio de salud), teniendo en cuenta la concurrencia de situaciones especiales (condiciones de riesgo presentes o no en la gestación, capacidad técnica del centro hospitalario donde se realiza el procedimiento, historial médico de la madre gestante y complejidad propia de la actividad médica ejercida por profesionales idóneos para ello) que deberán ser probadas por la parte demandante en el caso de embarazos que hayan transcurrido sin la presencia de diagnósticos anómalos, o no desvirtuadas por la parte demandada en los casos en los que el embarazo transcurra con total normalidad.

5. Referencias

I. Libros y artículos científicos

- Arrets, G. (2017). *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*. Editions Dalloz.
- Bravo, F. (2004). Teoría aristotélica de la responsabilidad. *Estudios de Filosofía*, (34), 1- 15. <http://www.scielo.org.co/pdf/ef/n34/n34a07.pdf>.
- Burítica, E., & Kennier, G. (2020). Neoconstitucionalismo, positivismo y validez*. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(1), 31- 52. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100031>
- Díaz De León, C. (2016). *De la administración pública tradicional a la nueva gestión pública*. Mc Graw Hill.
- Echavarría, M. (2011). El pensamiento liberal y su influencia en la responsabilidad del Estado. *Revista Cultural Unilibre*, 21- 27.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (2008). *Curso de derecho administrativo*. Editorial Temis.
- Gil Botero, E. (2020). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Tirant Lo Blanch.
- Henaó, J. C. (1996). La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *Seminario Internacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado* (págs. 105 - 146). Instituto Nacional de Administración Pública UNAM.
- Hernández Sampieri, F. C. (2014). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Jiménez, N. (2012). *Criterios para la configuración de la responsabilidad médica estatal en la práctica de la gineco - obstetricia en Colombia*. Universidad ICESI: <https://bit.ly/3pMozWA>
- Jiménez, W. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogo de Saberes*, (38), 63- 78. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832>.
- Mandelbrot, L., & Ceccaldi, P. (2007). Seguimiento del embarazo normal (ejemplo francés). *EMC - Ginecología-Obstetricia*, 1- 14.
- Manuel, V. A. (2020). Los métodos en la investigación jurídica: algunas precisiones. En E. (. Caceres Nieto, *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* (pág. 310). Universidad Autónoma de México.

- Marulanda, Y. (2021). Deconstruyendo el origen del daño especial en Colombia: análisis del caso 'El Siglo. *Dikaion*, 130 - 159 .
- Pastrana, V. (2018). Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Vis Iuris*, 63 - 82. <https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1163>.
- Quintero, M. (2012). *La responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio medico asistencial*. Universidad del Rosario.
- Rivelino, J. (2018). Dignidad humana y deberes de virtud en Immanuel Kant . *Facultad de Filosofía UPB*, 1- 117.
- Rodriguez, L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Temis.
- Rojas R., D. (2018). *Análisis filosófico, histórico y jurídico de la Responsabilidad del Estado Colombiano desde la perspectiva del principio de Inmunidad Jurisdiccional*.
- Saavedra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administracion publica*. Grupo Editorial Ibañez.
- Santofimio, O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externando de Colombia.
- Tamayo, J. (2022). *Prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad medica*. Colombia: Legis .
- Valdivia, J. M. (2004). La responsabilidad de la administracion del Estado en Francia . En J. C. Marin G., O. Puigpelat, J. L. Valdivia, J. C. Ferrada, A. Elgassi, & J. Roldan X., *La responsabilidad patrimonial del Estado* (págs. 53 - 105). Porrúa.
- Vargas, M. (2020). *La incidencia de la atipicidad en el modelo contractual de la franquicia* . Bogota: Universidad Manuela Beltran.
- Velasco, N., & Jairo, V. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto Colombiano. *Novum Jus*, 9(2), 49- 73. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/919>.
- Vidal, P. (2019). *Derecho Administrativo*. Legis Editores .
- Zambrano, C. (2013). Carga de la prueba en la responsabilidad mèdica estatal por la atencion ginecobstetra. *Universidad de Nariño I*, 1- 38.

II. Leyes y sentencias

- Congreso de la Republica de Colombia. (10 de enero de 1990). Ley 10 1990. Bogota, Colombia.
- Consejo de Estado, 20042 (Sección Tercera 7 de Marzo de 2012).

Constitucion Política de Colombia. (1991). Legis.

Decreto Reglamentario 1760 de 1990. (14 de septiembre de 1990). Presidencia de la Republica de Colombia. Bogota, Colombia.

Decreto Reglamentario 2759 de 1991 . (11 de diciembre de 1991). Presidencia de la Republica de Colombia. Bogotá, Colombia.

Decreto Reglamentario 4747 de 2007. (7 de diciembre de 2007). Presidencia de la República de Colombia. Bogotá, Colombia.

Expediente T-21469. (15 de Diciembre de 1993). Corte Constitucional de la República de Colombia. Bogotá, Colombia.

Ley 27 . (15 de noviembre de 1904). Congreso de la República de Colombia. Bogotá, Colombia.

Ministerio de Salud. (1999). Resolucion 1995 de 1999. Bogotá, Colombia.

Rey de España . (26 de noviembre de 1992). Ley 30/1992 Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Madrid, España.

Seccion Tercera 22042. (07 de marzo de 2012). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia 1 Responsabilidad extracontractual del Estado. (28 de octubre de 1976). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sala de Casación Civil. (05 de marzo de 1940). Corte Suprema de Justicia, Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sala de Negocios.(14 de Marzo de 1942). Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 6.754.(24 de agosto de 1992). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 6754, (24 de agosto de 1992). Consejo de Estado, Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera, 9.142. (3 de febrero de 1995). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 12.123. (17 de agosto de 2000). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera, 15276. (14 de julio de 2005). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 15.276. (14 de julio de 2005). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 16.098. (3 de mayo de 2007). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 16.085, (26 de marzo de 2008). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 27.268. (01 de octubre de 2008). Consejo de Estado, Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 17.001. (1º de octubre de 2008). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 18.364. (19 de agosto de 2009). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 20.139. (7 de Julio de 2011). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 19.471. (28 de julio de 2011). Consejo de Estado, Bogotá, Colombia.

Sentencia de la Sección Tercera 22.163, (28 de marzo de 2012). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia Sección Tercera, 22592. (23 de mayo de 2012). Consejo de Estado. Bogotá, Colombia.

Sentencia T-597 . (15 de diciembre de 1993). Corte Constitucional de la República de Colombia. Bogotá, Colombia.

Sentencia T-760 . (31 de julio de 2008). Corte Constitucional de la República de Colombia. Bogotá, Colombia.

Sentencia T-859. (25 de septiembre de 2003). Corte Constitucional de la República de Colombia. Bogotá, Colombia.

III. Citas de diccionario

Real Academia Española [RAE]. (2022). Obstetricia. <https://www.rae.es/drae2001/obstetricia>

Real Academia Española. (2022). Dle Rae. O <https://dle.rae.es/indicio>

Real Academia Española. (26 de marzo de 2023). DEJPanHispanico . <https://dpej.rae.es/lema/obiter-dictum#:~:text=Proc.,%2C%20sin%20embargo%2C%20directamente%20relacionada>

IV. Páginas web

Almater Hospital. (2022). *Ginecoobstetricia*. <https://www.almater.mx/ginecoobstetricia/>