

**EL DICTAMEN PERICIAL Y LA RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA MÉDICA**



Presentado por:

LIZETH JOHANA CÓRDOBA GUZMÁN

Asesor Metodológico

Dra. INGRID REGINA PETRO GONZÁLEZ

**UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO**

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL, PROBATORIO Y ORALIDAD

PEREIRA

2022

EL DICTAMEN PERICIAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA MÉDICA¹

Por: LIZETH JOHANA CÓRDOBA GUZMÁN²

RESUMEN

En los procesos judiciales, donde se discute una falla en la prestación del servicio médico respecto de entidades del orden estatal, el órgano encargado de dirimir este tipo de conflictos considera que puede acudir a cualquiera de los medios de prueba establecidos en la legislación colombiana para probar los hechos que interesan al proceso, a lo que se le ha llamado “libertad probatoria”, por lo que se ha señalado que este tipo de asuntos requieren de diversas pruebas tales como testimonios, historia clínica, indicios, informes y dictamen pericial; este último, requerido para ilustrar sobre especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos con los que el juzgador no cuenta, ha tenido un mérito suasorio mayor en este tipo de procesos.

Es así como, aunque el juez está facultado para formar libremente su convencimiento cuando se alega una mala praxis médica y la consecuente responsabilidad del Estado, lo cierto es que, al realizar un estudio de las sentencias emitidas en la materia por el Consejo de Estado para el periodo 2020-2021, se evidenció la importancia insoslayable que dicha Corporación le otorgó al dictamen pericial, de manera que la labor probatoria para quienes

¹ Artículo producto de la Especialización en Derecho Procesal, Probatorio y Oralidad de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Cohorte 8, asesorado por la doctora Ingrid Regina Petro González. Contacto: ingridr.petro@unilibre.edu.co

² Abogada egresada de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Especialización Derecho Procesal Probatorio y Oralidad, Cohorte 8, en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Pereira. Se ha desempeñado en diversos cargos dentro de la Rama Judicial, como auxiliar del área jurídica de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración de Justicia de Popayán, sustanciadora del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, y actualmente se desempeña como Auxiliar Judicial Grado 01 en el Tribunal Administrativo del Cauca. Contacto: johanacordoba01@gmail.com

acuden a la administración de justicia resulta compleja pues, de no contar con este, será casi imposible que se acceda a las pretensiones de la demanda dado que, según la tendencia de esa Corporación, solo con este se determinará si los galenos actuaron contrario o no a la *lex artis*, lo que se traduce en una tendencia negativa hacia un estándar probatorio que establece como único modo para acreditar la alegada falla médica, la existencia de un perito que así lo determine, o en últimas, una tarifa legal para probar que el daño irrogado fue consecuencia de la conducta –activa u omisiva– de los médicos tratantes.

Palabras clave

Medios probatorios, dictamen pericial, responsabilidad extracontractual del Estado, responsabilidad médica, sentencias, Consejo de Estado.

ABSTRACT

In judicial processes, where a failure in the provision of medical services is discussed with respect to entities of the state order, the body in charge of resolving this type of conflict considers that any of the means of proof established in Colombian legislation can be used to prove the facts that are of interest to the process, which has been called “probationary freedom”, for which it has been pointed out that this type of matter requires various tests such as testimonies, clinical history, indications, reports and expert opinion; the latter, required to illustrate special technical, scientific or artistic knowledge that the judge does not have, has had a greater persuasive merit in this type of process.

This is how, although the judge is empowered to freely form his conviction when medical malpractice and the consequent responsibility of the State are alleged, the truth is that, when carrying out a study of the sentences issued on the

matter by the Council of State to the period 2020-2021, the unavoidable importance that said Corporation gave to the expert opinion was evidenced, so that the evidentiary work for those who go to the administration of justice is complex because, if it is not available, it will be almost impossible to access to the claims of the lawsuit given that, according to the trend of that Corporation, only with this will it be determined whether or not the doctors acted contrary to the lex artis, which translates into a negative trend towards a standard of proof that establishes as the only way to prove the alleged medical failure, the existence of an expert who determines it, or ultimately, a legal fee to prove that the damage caused was a consequence a of the conduct –active or omissive– of the treating physicians.

Keywords

Means of evidence, expertise opinions, extra-contractual liability of the State, medical liability, sentences, Consejo de Estado.

INTRODUCCIÓN

La legislación procesal se ha encargado de consagrar, entre otros aspectos, lo concerniente a los medios de prueba. Así, se ha establecido un gran catálogo de instrumentos que permite a las partes llevar a la convicción del juez, sobre la existencia o no de un hecho o un acto jurídico. Dentro de estos, se encuentra el denominado dictamen de pericial que, tal como ha sido definido, sirve para verificar hechos que requieran especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos.

Uno de los asuntos en los que se evidencia la necesidad de dichos conocimientos especiales es en tratándose de responsabilidad médica

extracontractual, por la dificultad que existe para demostrar los distintos elementos que la configuran.

Es por lo anterior que el presente artículo se encarga de identificar el tratamiento probatorio que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha otorgado a este medio de prueba, para de ahí establecer los efectos que la prueba pericial tiene dentro de este tipo de procesos, y si constituye plena prueba, individualmente considerada, que lleve al convencimiento cabal sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por falla médica, a fin de evidenciar si se está hacia una tendencia de tarifa legal en este tipo de procesos, y de cómo redunda en quienes acuden en búsqueda de la reparación del daño antijurídico en este tipo de actividad.

Con respecto al tema de estudio, se estudiarán los conceptos de dictamen pericial, la responsabilidad médica extracontractual del Estado, los elementos probatorios utilizados para demostrar este tipo de eventos, y finalmente, se tomará una muestra de providencias emitidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado durante el periodo 2020-2021 en los asuntos donde se discuta la responsabilidad médica extracontractual, estudiándose el tratamiento probatorio dado por esa Corporación al dictamen pericial. La muestra se compone de aquellas sentencias en las que se evidenció que no se había aportado dictamen o habiendo sido aportado, lo demostrado fue acogido o desestimado, para resolver el asunto puesto a su consideración.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Durante una última fase la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, en los procesos donde se pretende la declaratoria de responsabilidad del Estado por falla en el servicio médico asistencial, ha establecido que corresponde a la parte que procura salgan adelante sus

pretensiones demostrar la falla del servicio a través de los medios probatorios establecidos en la legislación.

Pese a la libertad probatoria que se profesa en este tipo de procesos, resulta relevante analizar el valor probatorio que se le ha otorgado al dictamen pericial en la jurisprudencia contencioso administrativo durante los años 2020 y 2021 como medio de prueba individualmente considerado, para determinar los efectos que tuvo esta prueba al resolver el caso concreto en los procesos en donde se discutió una mala praxis médica de entidades del orden estatal, por lo que el presente artículo se encargará de dar respuesta a la pregunta:

¿Ha sometido el Consejo de Estado a un sistema de tarifa legal, de manera tal que el dictamen pericial es el único medio de convicción para probar la responsabilidad extracontractual del Estado por mala praxis médica?

Para desarrollar el objetivo principal se hará un estudio del concepto de dictamen procesal tanto en la normativa como en la doctrina, así como de la responsabilidad extracontractual del Estado; se examinarán los medios de prueba más relevantes en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por falla médica, así como los conceptos de plena prueba y carga dinámica de la prueba en este tipo de eventos, y se identificará el valor probatorio dado al dictamen pericial por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio médico asistencial para el periodo 2020-2021.

2. JUSTIFICACIÓN

La literatura disponible se centra en definir el dictamen pericial desde el punto de vista normativo o doctrinal; de igual manera, pocos han sido los autores que han realizado el análisis de este medio de prueba en procesos fallados por el

Consejo de Estado cuando se discute una falla en la prestación del servicio médico por parte de entidades del Estado, sin embargo, estos análisis han pasado por alto la realidad probatoria a la que se enfrentan los usuarios que acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En tal sentido, el presente artículo permitirá profundizar los conocimientos teóricos respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia médica, y los medios probatorios utilizados para probar ello, específicamente en lo referente al dictamen pericial. Posteriormente se identificará el tratamiento probatorio que le ha otorgado esa Corporación a casos concretos en materia de responsabilidad médica y que fueron fallados durante el periodo 2020-2021, para así verificar si se está ante un estándar único probatorio en la materia, o, lo que es lo mismo, una tendencia a la tarifa legal.

Lo anterior cobra relevancia, pues al evaluar hasta qué punto puede hablarse de libertad probatoria, en tratándose de responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio médico asistencial, se permite comprender las implicaciones que trae a los usuarios de la administración de justicia que atañen a la prosperidad o la negación de responsabilidad patrimonial e indemnización integral de perjuicios, lo que ofrecerá una mirada integral desde el punto de vista normativo y fáctico, a fin de advertir si se debe adoptar como una buena práctica probatoria el aporte o solicitud de decreto de un dictamen pericial.

3. METODOLOGÍA

El presente artículo es de tipo jurídico, en tanto se parte del análisis de normas jurídicas y fuentes doctrinales, así como pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado emitidos entre los años 2020 y 2021.

La investigación tiene un enfoque cualitativo, pues se centrará en la recopilación y análisis de literatura y fuentes jurídicas, para detectar conceptos claves en lo referente al dictamen pericial y a la responsabilidad extracontractual del Estado por falla médica. De igual manera, se analizará una muestra de pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado durante el periodo 2020-2021, que se encuentran en el buscador de jurisprudencia de la página web de dicha Corporación, delimitándolo con el criterio de búsqueda *responsabilidad médica*, para identificar el tratamiento probatorio que se le ha otorgado al dictamen pericial en los procesos donde se discute la responsabilidad médica del Estado, y determinar su relación en cuanto a la prosperidad o no de las pretensiones en este tipo de asuntos.

Tendrá una forma de investigación básica, dado que partirá del estudio de normas de tipo probatorio y conceptos doctrinales, para profundizar en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, especialmente en tratándose de la indebida prestación del servicio de salud. Posteriormente se analizarán las providencias del Consejo de Estado, Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para dar respuesta a la pregunta que se ha planteado en el presente escrito.

El tipo de investigación será descriptivo, en tanto se enfoca en detallar la tendencia del sistema de valoración probatorio aplicado por el Consejo de Estado a casos concretos resueltos durante el periodo 2020-2021, donde se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por mala praxis médica.

4. MARCO REFERENCIAL

Al realizar la búsqueda del tema objeto de estudio, son pocos los textos doctrinales que se ocupan de abordar la materia en específico, esto es, que, pese a que se encuentra diversa literatura en lo que concierne de manera

general al dictamen pericial, son escasos los autores que han analizado este medio en la responsabilidad médica.

Solorzano (2011) hace un análisis del impacto de la pericia como medio de prueba en los temas de responsabilidad médica, y concluye que difícilmente, donde no haya un dictamen, se podrá dilucidar la responsabilidad del galeno.

Igualmente, el doctrinante Serrano E, (2020), en su última publicación denominada *Tratado de Responsabilidad Médica*, en uno de sus capítulos estudia el dictamen pericial en estos asuntos; específicamente, trae al plano de estudio este medio de prueba en el Código General del Proceso (2012), y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011), determinando que al perito le está vedado emitir conceptos en lo referente a la responsabilidad médica, pues este es traído al proceso solo para ilustrar al juez sobre los elementos de la práctica médica.

En similar sentido, Aranda C. (2013), además de investigar y examinar las diversas posibilidades en materia probatoria frente a los casos de responsabilidad médica del Estado, concluye que el dictamen pericial se ha convertido en un elemento *sine qua non* para fundamentar los hechos dentro del proceso de reparación directa por responsabilidad médica estatal.

Por otra parte, son vastas las sentencias del Consejo de Estado, Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en las cuales se analiza el dictamen pericial en los casos puestos a su conocimiento, donde la parte demandante alegaba una mala praxis médica.

5. PRUEBA PERICIAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En cuanto a la conceptualización de la prueba pericial, en la legislación colombiana, tanto el extinto Código de Procedimiento Civil (1970), como en el

Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), señalan que este medio probatorio sirve para “verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos técnicos, científicos y artísticos” (art. 226).

Como lo cita Acuña G. (2015), han sido diversos los autores que han explicado este medio probatorio, por ejemplo, se observa cómo para Devis E. (2006) la labor pericial:

Se trata de una actividad de personas especialmente calificadas por su experticia o conocimientos técnicos, artísticos o científicos en relación con los hechos también especiales, que requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos, o, simplemente, para su apreciación e interpretación (p. 278).

En similar sentido, Acuña (2015) cita a Colin S., Floran y Bertel O., quienes han explicado que se trata de un acto en el que un técnico o especialista emite un dictamen sobre la materia respecto de la cual se ha pedido su intervención, previo examen del objeto material de la prueba, cual es una cosa, un hecho, una conducta, y de esta manera se aporta al proceso los conocimientos especiales y la capacidad técnica que ello requiere (pp. 167-168)

En cuanto a la naturaleza jurídica del dictamen, desde otrora la Corte Constitucional (2006), había señalado que:

a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.

b) Y, en segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso (Sentencia T-796).

Ese mismo Órgano (2011) en igual sentido consideró que tenía una doble condición, al ser un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate, y porque la experticia es un medio de prueba en sí mismo considerado puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso.

En cuanto a la producción de este medio de prueba, en uno de los artículos explicativos del Código General del Proceso (2012) realizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, se señaló que *“la aportación de dictámenes de manera unilateral por las partes sería la regla general, mientras que el peritaje decretado de oficio por el juez, la excepción”* (Gutiérrez, 2014, p. 305).

Al respecto, se tiene que para Forero (2012), el dictamen pericial con la entrada en vigencia del Código General del Proceso (2012) sufrió una radical reforma, pues al permitírsele a la parte interesada, ya sea demandante o demandado, aportar el dictamen del perito en las oportunidades previstas para tal fin, se adoptó un modelo que la doctrina ha denominado “perito de parte”.

Igualmente, para Bermúdez (2016) dicho cambio conllevaría a que se abandone la idea del perito como auxiliar de la justicia, y se adopte por un verdadero sistema de dictamen pericial de parte, señalando al respecto:

Sustituir al perito judicial por el perito de parte comporta un cambio en la concepción misma de la naturaleza de este medio de prueba, que no debe pasar inadvertida. El cambio no significa simplemente escoger una opción más eficiente e incorporarla en un código: implica consagrar un derecho a un medio de prueba en un proceso adversarial, en el cual son las partes quienes tienen la carga de confirmar o acreditar sus afirmaciones y donde se supera la idea - propia del sistema inquisitivo- es al juez a quien le corresponde la tarea de buscar la verdad, con fundamento en la cual ha de fallar (p. 3).

En otras palabras, cuando el perito actúa como auxiliar de la justicia implica que únicamente tiene la función de transmitirle conocimientos técnicos, científicos o artísticos para que el juez logre entender el conflicto puesto a su conocimiento, mientras que en el dictamen judicial de parte se presenta el perito para sustentar la posición de la parte que lo introduce, determinando los puntos que deben ser abordados para con ello conllevar a la verdadera convicción del operador judicial sobre lo que se pretende probar.

Frente a este segundo sistema el modelo norteamericano presenta una fórmula radical, en la cual el experto tiene total control sobre la información que llevará al proceso, esto es, llevará la información, siempre que a la parte le convenga, dudándose así de su imparcialidad (Ramírez, s.f.).

Por el contrario, en Colombia, pese a que el dictamen sea aportado por una de las partes, el perito debe manifestar bajo la gravedad del juramento que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional.

Específicamente los artículos 47, 226 y 235 del Código General del Proceso (2012) establecen que el perito designado por la parte debe ser imparcial, y este debe afirmar que su opinión es independiente, luego, en sentido propio, si bien sufrió tal cambio en cuanto a la producción de la prueba, su naturaleza jurídica dual no varió, en tanto se impide que el perito tergiversar la verdad y aporte nuevos hechos al proceso, máxime cuando corresponde al togado valorar el dictamen con base en los principios de la sana crítica y libre apreciación de la prueba, que le permiten apartarse de las conclusiones del mismo, conceptos que serán explicados más adelante.

Pese a que se ha considerado que el Código General del Proceso (2012) trajo dicha variación, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA] (Ley 1437 de 2011) estableció un sistema dual o mixto, pues *“introduce como novedad el dictamen de parte, pero conserva el perito judicial”* (Bermúdez, 2016, p. 7).

Esto es, en los artículos 218 a 221 se regulaba lo concerniente al dictamen pericial aportado por las partes y su forma de contradicción, pero de manera concomitante se conservaba la posibilidad de que el peritaje fuese decretado por el juez, y remitía al antiguo Código de Procedimiento Civil (1970) para su contradicción, lo que presentaba dificultades en la práctica, pues, como se vio, en el Código General del Proceso (2012) se eliminó la posibilidad de solicitar el perito judicial, por lo que no existía claridad sobre el procedimiento a seguir cuando el medio fuese decretado por el despacho judicial, por lo que el Congreso de la República aprobó la Ley 2080 de 2021, que trajo importantes reformas respecto del medio probatorio estudiado. En el informe de ponencia para el primer debate se indicó:

En aras de actualizar, clarificar y simplificar el régimen del dictamen pericial, hacerlo más eficiente y solucionar los inconvenientes que en la práctica se presentan con la normativa vigente, se propone la

modificación de los artículos 218 al 222 de la Ley 1437 de 2011. Es importante destacar, además, que la revisión de las normas de la prueba pericial fue uno de los principales llamados que hicieron los intervinientes durante la audiencia pública celebrada. Dentro de este marco, se permite que la prueba pericial pueda ser aportada o solicitada por las partes. Asimismo, puede ser decretada de oficio por el juez. También se establece un trámite especial para el dictamen solicitado o decretado de oficio. Este incluye lo relativo a su contradicción. Adicionalmente, se regula lo referente a los honorarios y lista de peritos (Gaceta del Congreso 1212, 2019, pp. 42-43).

Así, en el artículo 218 de la Ley 2080 de 2021 se estableció de manera expresa que “[l]as partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en este código”, y conservó la posibilidad de ser decretado de oficio, por lo tanto, como se indicó, en la producción de la prueba en la jurisdicción contencioso administrativa se conserva el sistema mixto.

Por otra parte, en cuanto a la contradicción del dictamen, en el Código General del Proceso (2012) se señala que se puede ejercer a través de tres mecanismos:

- a) Citarse el perito por la parte contra quien se aduce o por el propio juez.
- b) La presentación de otro dictamen por la parte contra la cual se adujo el primero.
- c) Realizar ambas actuaciones.

Conforme los artículos 372 y 373 del CGP (2012), el juez cita al perito en la audiencia inicial para ser interrogado en la audiencia de instrucción y juzgamiento, ello solo si lo considera necesario. Si bien la redacción del

artículo 228 del CGP (2012) no resulta del todo clara en cuanto al orden en que se interroga al perito, de este puede deducirse que en primera medida quien interrogará al perito es el director del proceso, posteriormente lo hará la parte que lo haya solicitado o aportado, y posteriormente la contraparte, quien podrá “formular preguntas asertivas e insinuantes”; así, los sujetos procesales podrán interrogar sobre su idoneidad, imparcialidad y contenido del dictamen.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, la Ley 1437 de 2011 no introdujo reglas claras para la contradicción del dictamen en tanto únicamente hacía referencia al dictamen aportado por las partes. Frente a este último estableció que en la audiencia inicial se formularía las objeciones al dictamen, y se solicitaría las aclaraciones y adiciones, estableciéndose que la objeción podría sustentarse con un nuevo dictamen; en la audiencia de pruebas se escucharía a los peritos, siendo interrogado primigeniamente por el juez, y posteriormente por las partes. Adicionalmente se aducía de manera lacónica que el proceso se surtiría de igual manera cuando el peritaje sea decretado de oficio.

No obstante, con la reforma que trajo la Ley 2080 de 2021 se indicó que cuando el dictamen fuere solicitado por las partes, el juez designará del listado actualizado que deberá tener el Consejo Superior de la Judicatura; en la providencia que lo designe, le señalará al perito el cuestionario que formula la parte que solicitó la prueba, y una vez rendido el dictamen permanecerá en la Secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia de pruebas, a la cual deberá asistir obligatoriamente el perito, a efectos de su contradicción.

Por el contrario, el perito aportado por las partes seguirá las reglas de contradicción del Código General del Proceso (2012), antes expuestas.

También se previó que cuando fuere rendido por una entidad pública, solicitado por las partes o decretado de oficio, se podrá prescindir de la

audiencia y se correrá traslado del dictamen por tres días, término en el que las partes tendrán la facultad de solicitar aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, al tenor del párrafo del artículo 228 del Código General del Proceso (2012).

En cuanto la valoración, se estableció en el Código General del Proceso (2012) que se haría por parte del Juez en la sentencia correspondiente, “*de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso*” (art. 232).

Del artículo en mención es importante destacar los elementos que de él se desprenden: por una parte, el sistema de valoración respecto de la apreciación de la prueba, y por otra, la clase de prueba que constituye el dictamen.

Respecto del primer aspecto, esto es, el sistema de valoración, la doctrina ha entendido de manera mayoritaria que se divide en dos: el de tarifa legal, y el de libre apreciación.

El sistema de tarifa legal, como aduce Devis E. (1998), sujeta “*al juez a reglas abstractas preestablecidas, que señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por ausencia de determinados medios de prueba*” (p. 33), el cual aparentemente, en los estatutos procesales modernos, está siendo superado.

En contraposición, se encuentra el sistema de libre apreciación o de sana crítica, que para López B. (2017), es aquel que “*faculta al juez para que razonadamente haga una evaluación del material probatorio de manera amplia y que llegue mediante adecuados razonamientos a la conclusión respectiva, sin estar sujeto a tarifa preestablecida alguna*” (p. 118). Según este autor, debe

aplicarse por parte del juez reglas de lógica, psicología, experiencia, para así realizar el examen crítico.

Por otra parte, resulta útil precisar el concepto de plena prueba; para la Corte Suprema de Justicia (1998), constituye aquella que cumple con su función de llevar al juez al pleno convencimiento sobre el asunto materia de controversia, previa contradicción de la misma por las partes, mientras que para López B. (2017) esta no debe predicarse de una prueba en particular, sino del conjunto de ellas que, analizadas sistemáticamente, llevan al convencimiento al juez.

En este aspecto debe destacarse que también existe el concepto de prueba sumaria, que no es contrapuesta a la plena prueba, pues la primera de las nombradas es cualquier medio de prueba que también lleva al convencimiento del juez sobre el hecho que se pretende probar, pero no ha sido objeto de contradicción, sobre lo cual no se ahondará más a fondo por no ser objeto de estudio en el presente artículo.

Retomando entonces, se tiene que la legislación procesal prevé que la valoración del dictamen pericial, una vez controvertido, debe hacerse en conjunto, no como prueba en particular, lo que acerca al concepto de plena prueba, para así determinar si todos los medios analizados le llevan al convencimiento sobre lo que se pretende demostrar, de acuerdo con el sistema de valoración de libre apreciación, que fue explicado en líneas anteriores.

Empero, para su valoración, también debe cumplir otra serie de requisitos, como firmeza, claridad y consecuencia lógica de las conclusiones, pues de no ser así este carecerá de eficacia probatoria.

Para Devis E. (2002), *“así como el testimonio debe contener la llamada razón de la ciencia del dicho, en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus*

conclusiones” (p. 321), esto es, no basta con que el perito se limite a rendir su concepto, sino que debe explicar las razones que condujeron a sus conclusiones, además estas deben ser convincentes, pues si el juez considera que con base en las reglas de la experiencia ellas son absurdas o improbables, no podrá otorgarle certeza para adoptar la decisión.

Sobre el particular, la Corte Constitucional (2011) ha referido que el juez tiene la facultad de apartarse de las conclusiones del dictamen cuando considere, de manera motivada, que el dictamen “*no interpreta adecuadamente los hechos materia de análisis o que sufre algún otro vicio que le reste aptitud probatoria*”.

6. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Para hablar de responsabilidad médica se debe hacer referencia a la responsabilidad extracontractual del Estado, y para ello se debe partir del marco histórico que ha sido establecido en tres etapas diferenciadas:

- a) En una primera fase el Estado no respondía por sus actos u omisiones, en el entendido que el soberano actuaba con total autonomía.
- b) La segunda etapa vino con el famoso fallo blanco, dictado por el Tribunal Francés en 1873, donde se consideró que el Estado debía responder por una falla o una falta en el servicio.
- c) Una tercera etapa en la que se ha reconocido diferentes eventos en los que puede responder la Administración (Rodríguez, 2005).

Específicamente, en Colombia ha sido una institución de creación jurisprudencial. Así, la Corte Suprema de Justicia (1896), quien ostentaba la competencia para decidir este tipo de asuntos, mediante Sentencia de octubre 22 empezó su estudio contemplando para ello el actuar de los agentes.

Posteriormente revaluó su posición y fundamentó la responsabilidad de la Administración en la falla en el servicio.

Luego, si bien la Ley 167 de 1941 indicó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ejercía por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, solo fue con la expedición del Decreto 528 de 1964, en sus artículos 30 y 32, que consagró que estas Corporaciones conocerían de las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional, de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se estableció de manera expresa en el artículo 90 que el Estado respondería patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, ampliándose de esta manera la cobertura de la obligación indemnizatoria.

Para Esguerra P. (1991) se incorporó criterios más modernos sobre la materia, *“consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal”* (p. 14). De esta manera, desde dicha época se ha entendido que los elementos de la responsabilidad corresponden al daño y a la imputación, antes llamado nexo causal, y dentro de este último se encuentran los títulos de imputación (falla en el servicio, daño especial y riesgo excepcional).

Ahora, centrándose específicamente en el tema de estudio, la responsabilidad médica extracontractual ha sido definida por Serrano (2020) de la siguiente manera:

Es la obligación de reparación de daños que nace por la violación por parte del médico o de la entidad asistencial del deber general de cuidado establecido en la ley, los códigos éticos o la *lex artis*, cuando no existe acuerdo de voluntades previo con el paciente o sus interesados para la prestación del servicio médico, como cuando se da la intención unilateral del médico en caso de urgencia a personas que llegan en estado de inconciencia y se le ocasiona daño, por apartarse el profesional de la salud del deber que le impone la medicina (p. 333).

En similar sentido, Arias (2014) plantea que, independientemente de si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, la responsabilidad médica hace referencia a la responsabilidad del profesional de la salud que causa un daño por impericia, negligencia, temeridad, y en general, cuando se vulnera la normatividad sobre la prestación del servicio de salud o se aparta de la *lex artis*.

De esta manera, puede indicarse que el Estado ve comprometida su responsabilidad cuando en la actividad médica y hospitalaria, donde intervenga un ente estatal, se genera un daño antijurídico producto de la violación a la *lex artis*, o por la defectuosa prestación del servicio médico asistencial.

Ahora bien, el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desde el año 2012 unificó su jurisprudencia, indicando que la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, y señaló que correspondía al juez analizar en cada caso concreto el régimen a aplicar; no obstante, en tratándose de responsabilidad médica, el tratamiento dado por ese Tribunal ha atravesado diferentes etapas, en cuanto a la falla en el servicio, así:

En un primer momento de la evolución jurisprudencial se le exigía a la parte demandante que probara la falla en el servicio para que sus pretensiones fueran acogidas, sin embargo el Consejo de Estado (1990), mediante Sentencia de octubre 24, recoge dicha posición e indica que, en aplicación del artículo 1694 del Código Civil (1873), correspondía al extremo pasivo de la litis probar su actuar diligente y cuidadoso, esto es, era a las entidades públicas demandadas a quienes les incumbía aportar la prueba de que su servicio se prestó oportunamente y de manera adecuada, posición que se consolidó en el fallo de unificación de julio de 30, adoptando la tesis de falla presunta del servicio, en donde concluyó:

Por norma general corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales e institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula... contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios (Consejo de Estado, 1992).

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general..., si en lugar de someter al paciente... a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por

cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan (Consejo de Estado, 1992).

Esta posición se mantuvo hasta inicios del siglo XXI, con la Sentencia de febrero (Consejo de Estado, 2000), momento en el cual se introdujo el concepto de carga dinámica de la prueba, y en el que el Consejo de Estado consideró que no en todos los asuntos tenía implicaciones técnicas o científicas, luego debía valorarse en cada caso quién se encontraba en mejor posición de probar ciertos hechos, lo cual, adujo en su oportunidad, resultaba imposible de aplicar bajo la óptica de la teoría de la falla presunta.

En otras palabras, la carga dinámica de la prueba *“es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo”* (Restrepo, 2011, p. 2). Entonces, como explica Peyrano (2004), *“más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla”* (p. 60).

Pese a ser una teoría de creación jurisprudencial, ya en el Código General del Proceso (2012) se adoptó legalmente, estableciéndose lo siguiente:

Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que

se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Así, entonces, en la legislación, en términos generales, se estableció que corresponde a las partes demostrar el supuesto de hecho que busca; no obstante, el juez puede distribuir dicha carga si una de ellas se encuentra en una situación más favorable para aportar las pruebas, lo que corresponde, como se vio, en estricto sentido, al concepto de carga dinámica de la prueba.

Retomando, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa recogió las tesis de presunción de la falla médica y de la distribución de las cargas probatorias, para determinar que la regla general en materia de responsabilidad médica es la acreditación de todos los elementos que la configuran, y, para ello *“se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados”*, momento en el que cobra mayor importancia la prueba indiciaria. A dicha conclusión llegó por los siguientes motivos:

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente.

La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

(...) La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes (Consejo de Estado, 2006).

De esta manera, en la actualidad corresponde acreditar los elementos constitutivos de responsabilidad, según lo cual se está en la obligación de probar, además de la existencia del daño, la imputabilidad a la entidad demandada, a lo que se le ha denominado falla probada en el servicio.

No obstante, a modo de excepción, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en algunos procesos ha considerado que existen escenarios en los que puede darse aplicación al régimen objetivo de responsabilidad (riesgo excepcional o daño especial), sin que sea relevante probar si el comportamiento de la entidad fue diligente, tales como:

- a) Manipulación de cosas peligrosas o que el procedimiento entrañe peligro, siempre que el daño sea causado por la herramienta riesgosa (Consejo de Estado, 2012).
- b) Cuando se utilice medicamento, tratamiento o procedimiento que se considere novedoso y se desconozcan sus consecuencias (Consejo de Estado, 2017).
- c) Cuando se empleen químicos o sustancias peligrosas (Consejo de Estado, 2014, 2018).
- d) En los supuestos de vacunas, pues se presume la peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos (Consejo de Estado, 2012, 2014, 2018).
- e) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria (Consejo de Estado, 2014).

Ahora bien, como se dijo en líneas anteriores, para probar la falla médica las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba legalmente aceptados por la legislación colombiana: documental, pericial, testimonial, indiciaria, entre otras.

La prueba documental que por antonomasia se requiere, en tratándose de la responsabilidad médica, ha sido la historia clínica. La Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas sobre ética médica, dispuso que en este documento se deben registrar de manera obligatoria las condiciones de salud del paciente, y estará sometido a reserva. La Resolución N° 1996 de 1999, que reglamentó el manejo de las historias clínicas, la definió en similares términos y adicionó que en ella se registrarían de manera cronológica, además, los procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en la atención.

El Consejo de Estado (2020) sobre este medio de prueba indicó lo siguiente:

En este orden de ideas, la historia clínica contiene no solo la descripción del estado de salud de quien consulta o es atendido, sino que también refleja la secuencia de los procedimientos que se realizan, tanto por el médico tratante como por el equipo de salud (enfermeras y auxiliares). De allí que en la historia clínica se reflejen los actos médicos (diagnóstico y tratamiento), la evolución del paciente, la atención paramédica (actos paramédicos) e inclusive los actos extra médicos o de hotelería hospitalaria.

Es así como este medio probatorio constituye capital importancia, pues da cuenta de toda la información de los síntomas, diagnósticos y el tratamiento, del cual es posible determinar si el servicio médico asistencial se ajustó a los procedimientos de la *lex artis*, entonces da fe de lo ocurrido y de lo no ocurrido en la atención del paciente (Serrano 2020).

Tal es la trascendencia de este documento, que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo (2015), ha establecido que la omisión en el registro constituye en sí mismo un daño indemnizable, independiente del resultado del daño alegado, o que “no aportarla al proceso o hacerlo de forma incompleta, constituye un indicio de falla del servicio en contra de la entidad demandada” (Consejo de Estado, 2021).

Por otra parte, quien pretenda la declaratoria de responsabilidad en estos procesos puede acudir al testimonio de los médicos tratantes, los cuales serán valorados de acuerdo con el concepto del juez, conforme el principio probatorio de la sana crítica. Incluso la jurisprudencia ha indicado que, en caso de tacha, no pueden descartarse de plano sus afirmaciones, sino que deben valorarse de manera más rigurosa y ponderándose con los demás medios probatorios.

Sobre esta clase de medio probatorio el Consejo de Estado (2010), citando a Azula C. (2003), ha determinado lo siguiente:

El testimonio que busca la parte demandante no es el de cualquier persona ni de cualquier clase. Debido al asunto y a las circunstancias que rodean el problema, se requiere que el testimonio lo rinda una persona calificada, que tenga conocimiento sobre los hechos materia de la prueba junto con conocimientos técnicos por razón de su profesión.

Al respecto la doctrina ha definido al testigo técnico como aquel que “está en condiciones de efectuar deducciones o inferencias de los hechos objeto del testimonio cuando ellos están relacionados con cuestiones científicas, técnicas o artísticas en las cuales es experto. Por razón de su profesión, oficio o afición” y es precisamente esa experiencia específica la que le permite “efectuar deducciones sobre las causas determinantes de ciertos hechos materia de la litis, que es donde reside la esencia o distintivo básico de ese tipo de testimonio”.

Cabe destacar que “el testigo técnico no es llamado a declarar sobre aspectos que requieren conocimientos especiales, porque eso encaja en la prueba pericial, sino que quien presencié los hechos tiene con respecto a estos y en razón de su profesión conocimientos que le permiten suministrar una información completa”, que es precisamente la que aclarará aspectos importantes todavía no confirmados (pp. 6-8).

En igual sentido, dada la complejidad de la ciencia de la medicina se requerirá por parte del Juzgador que, al carecer de estos especiales conocimientos, una persona especialmente calificada en la materia, le instruya sobre ellos; esto es, se requerirá de un dictamen pericial que ilustre al juez, aspecto sobre el cual ya se abordó en acápite anterior.

No obstante, Solorzano (2011) ha concluido que, en materia de responsabilidad médica, necesariamente se requiere de las conclusiones a las que pueda llegar el médico experto, pues así se determinará si el galeno actuó o no conforme la ley de ética médica, concluyendo que *“en procesos en donde se juzgue a un profesional médico, sin que exista perito médico, difícilmente se podrá concluir si éste es o no responsable”* (p. 2).

Por el contrario, Serrano (2020) arguye que el perito no sustituye al juez cuando decide, pues es a este a quien le corresponde determinar los elementos de la responsabilidad médica; al experto solo le corresponde informar al juez sobre cuál es el deber médico (pp. 652-653).

Asimismo, la prueba indiciaria también es un mecanismo para probar la responsabilidad médica, el cual se construye por el juez a través de los demás medios de prueba que obran en el expediente. En tratándose del servicio gineco-obstetra, cuando el embarazo ha transcurrido de manera normal y se consolida el daño, el Consejo de Estado (2008) ha señalado que estos eventos tienen una dinámica probatoria propia, pues el indicio es el medio de prueba por excelencia ante la falta de una prueba directa, *“dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos”* (p. 14).

Considera dicho Órgano que: *La presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño* (Consejo de Estado, 2008, p. 14).

Respecto de este medio, ha dicho el Consejo de Estado (2021) que se pueden establecer a través de las conductas procesales de las partes, como no aportar la historia clínica o no diligenciarla en debida forma, no obstante, la sola

existencia de estos no permite estructurar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ahora bien, la misma Corporación ha admitido la posibilidad de que el juez haga uso de la doctrina médica,

(...) no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa (Consejo de Estado, 2012, p. 51).

7. EL DICTAMEN PERICIAL EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Sin pretender realizar una línea jurisprudencial, este acápite se ocupará de estudiar diferentes sentencias emitidas durante el periodo comprendido entre 2020 y 2021 por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en donde se estudiaron casos en los cuales se alega una falla en la prestación del servicio médico asistencial por parte de entidades del orden estatal, para de esta manera resolver el problema planteado.

En primera instancia se tiene que, a través de Sentencia de febrero 20 (Consejo de Estado, 2020) la Sección Tercera, Subsección A confirmó la negativa de las pretensiones de la demanda, en tanto que, del dictamen pericial, junto con los testimonios, se podía establecer que el tratamiento brindado fue adecuado, acorde con los protocolos existentes.

Sin embargo, mediante Providencia de abril 3 (Consejo de Estado, 2020), la Alta Corporación revocó la sentencia de primera instancia en la que se habían negado las pretensiones de la demanda, al concluir que:

(...) no obstante no existir un dictamen pericial que califique si el proceder de los médicos fue inadecuado por no optar por practicarle una cesárea a la paciente y establezca si ésta circunstancia fue determinante de las dificultades en el nacimiento y la muerte posterior de la niña, el análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, incluyendo la conducta omisiva en el proceso de las entidades médicas que atendieron a la madre de la menor antes y durante el parto (no remisión de la historia clínica que permitiera rendir el dictamen pericial decretado en segunda instancia), permiten dar por demostradas las afirmaciones de la demanda.

Esto es, pese a la falta de la existencia de la prueba técnica, encontró acreditada la responsabilidad de la entidad, pues ella se derivaba de los demás medios probatorios que militaban en el expediente.

Pero en un asunto resuelto el 24 de abril (Consejo de Estado, 2020), donde se analizaba el daño derivado de la omisión en la autorización de un medicamento y traslado oportuno a la UCI, la Subsección A de la Sección Tercera advirtió enfáticamente que no se había practicado un dictamen pericial que *“permitiera al operador judicial contar con elementos técnicos y científicos al momento de decidir”*; esto es, que aunque existieron inconsistencias visibles en la historia clínica, echó de menos la prueba técnica pericial de la cual se desprendiera la inadecuada prestación del servicio médico y su relación causal con el desenlace.

Llama la atención que esa misma Subsección, en Sentencia de julio 03 (Consejo de Estado, 2020) se apartó de las conclusiones del dictamen obrante

en el plenario, en tanto señaló que ellas carecían de soporte bibliográfico y parecían contradictorias con la práctica médica.

De manera concomitante, en Providencia de agosto 3 (Consejo de Estado, 2020), la Subsección B se separó de las conclusiones contenidas en la pericia, en atención a que quien fue llamado en calidad de perito no contaba con la experiencia que se requería para emitir conceptos respecto del manejo de afecciones puntuales del corazón. Adicionalmente señaló que el medio probatorio carecía de aptitud probatoria, dado que las conclusiones no aparecían debidamente soportadas, y para estructurar la responsabilidad la Sala se valió de literatura médica acompañada durante el trámite del proceso, indicando que:

18. De manera que, para determinar la calidad en la prestación del servicio en cuestiones muy puntuales en medicina, en donde el nivel de especialización del conocimiento ha adquirido dimensiones considerables, lo más recomendable es contar con la participación de profesionales instruidos y con experiencia en las precisas cuestiones de que se trate, por supuesto que su mejor comprensión de los fenómenos, adquirida durante su formación y la práctica profesional, hace que sus conceptos ofrezcan la mayor fiabilidad en estos procesos.

(...) 23. La falta de preparación del perito para emitir conceptos concluyente en materias para las que no estaba suficientemente formado, sumado a que la doctrina especializada que se integró al proceso en desarrollo del trámite de la objeción del dictamen contrasta abiertamente con la conclusión fundamental sostenida por el perito (que la prueba de esfuerzo no estaba contraindicada), imponían separarse de las conclusiones de la pericia dada su falta

de fundamento confiable para, en su lugar, declarar probada la objeción que, en su momento, formuló la parte actora.

Con ponencia de Bermúdez, al verificar la configuración de responsabilidad del Estado por la prestación en la atención de un embarazo, se afirmó por parte del Consejo de Estado (2020):

La prueba de la relación causal de la actividad médica con el daño requiere de conocimientos especializados de los que carece el juzgador, razón por la cual resulta necesario acreditarla generalmente con la explicación de un experto expuesta en un dictamen pericial, respecto del cual la parte demandada haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción.

En el proceso no fue practicada una prueba idónea que permitiera establecer una relación entre la atención del hospital demandado y el aborto espontáneo que sufrió la paciente.

En Providencia de octubre 07 de 2020, concluyó que *“la ausencia del examen diagnóstico pudo no ser la causa de la muerte del paciente, y, por consiguiente, la causa adecuada del daño, pero sí fue este hecho, el causante de la pérdida de oportunidad de ser diagnosticado oportuna y eficazmente, y de tener la posibilidad de recuperarse, o de recibir el tratamiento paliativo al que tenía derecho”* (Consejo de Estado, 2020), condenando de esta manera al pago de perjuicios por pérdida de oportunidad, teniendo como medios de prueba solamente la historia clínica y el testimonio de uno de los médicos tratantes.

Pero el 23 de octubre la Sección Tercera (Consejo de Estado, 2020) reprochó que la parte actora *“se limitó a aportar la historia clínica de la paciente sin solicitar siquiera la práctica de una prueba técnica que permitiera establecer cuál era el tratamiento idóneo”*.

En el proceso fallado el 18 de diciembre de 2020 se practicaron dos dictámenes periciales para que conceptuaran sobre la causa de la sepsis gastrointestinal padecida por la víctima, los cuales fueron acogidos en su integridad por parte del Órgano de Cierre, en tanto no versaba sobre un mismo punto, pues por una parte se había aportado la calificación hecha por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y por otro se rindió concepto por parte de cinco médicos pediatras respecto de las secuelas neurológicas que generó la sepsis gastrointestinal en un menor.

En otro expediente resuelto ese mismo día dicha Corporación acogió en su integridad el dictamen pericial practicado en el asunto, y en tal sentido otorgó plena eficacia probatoria al considerar que las conclusiones tuvieron fundamento, estaban detalladas y eran precisas en relación con la trombosis mesentérica segmentaria.

En pronunciamiento de 16 de julio, donde se estudiaba la responsabilidad de la ESE Hospital San José de Maicao y otros, y que en primera instancia se había condenado con base en dos indicios, absteniéndose de valorar la prueba técnica al considerar que no tenía sustento suficiente sus afirmaciones ni las calidades profesionales del perito, el Consejo de Estado (2021) refirió que no podían desecharse las conclusiones del dictamen pericial rendido por el Hospital Universitario Fernando Troconis, pues partía de los hechos que estaban acreditados en el proceso, luego, *“estaba sustentada la conclusión de que cuando el paciente ingresó a la Clínica Renacer ya se encontraba infectado, pues por la ventana inmunológica no era posible que hubiera generado anticuerpos del virus en un período tan corto después de las transfusiones”*, y en consecuencia revocó la sentencia de instancia y negó las pretensiones de la demanda.

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2021), a través de Providencia de septiembre 24, advirtió la falta de un medio probatorio

técnico científico que acreditara que debido una mala praxis la demandante presentó un parto pretérmino, pues era a ese extremo el que le correspondía acreditar el nexo causal y la falla en el servicio.

En similar sentido, el 08 de noviembre de 2021, en un proceso donde se demandó al Estado por la muerte de un joven que falleció luego de presentar un dolor en su rodilla izquierda, la Corporación Máxima de lo Contencioso Administrativo (2021) acogió lo dicho en los dictámenes periciales, en cuanto a que la atención médica fue oportuna y eficaz, y reprochó que *“al proceso no se aportó un medio probatorio técnico científico que acreditara que, efectivamente, fue debido a una mala práctica médica, negligencia y/o omisión, que falleció el joven”*.

Posteriormente, el 18 de noviembre, en un caso donde se demanda por la amputación de una pierna y posterior muerte de un afiliado a la EPS Cajanal, el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (2021), concluyó en similar sentido que, al no haberse solicitado la práctica o allegado con la demanda una prueba técnica que permitiera esclarecer los hechos narrados, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, día en el que esa misma Subsección emitió sentencia en la cual determinó que la parte demandante no había probado la indebida praxis del personal médico, y que, por el contrario, existía una prueba pericial que corroboraba que la intervención quirúrgica a la que se sometió a una paciente –mastectomía– estuvo ajustada a los protocolos médicos.

En similar sentido, en un proceso emitido el 21 de noviembre (Consejo de Estado, 2021) se emitió pronunciamiento en el cual de manera implícita se acogieron las conclusiones a las que llegó el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien había determinado que la atención brindada se había ajustados a los protocolos y guías para la atención de las múltiples patologías que presentaba la paciente.

En Providencia del 07 de diciembre el Consejo de Estado (2021), al estudiar un caso en el cual un paciente ingresa en tres oportunidades al servicio de urgencias de una clínica perteneciente al extinto Instituto de Seguros Sociales, con diagnóstico de molestia intestinal, hernia incisional y obstrucción intestinal, es remitido a otro centro asistencial, donde le practican una cirugía, y finalmente muere.

En dicho expediente reposaba un dictamen pericial en el que el experto concluyó que *“aunque el paciente requería una evaluación especializada y oportuna y una cirugía de urgencia”*, la muerte se había podido generar por diversas condiciones de salud, o por la gravedad de la patología, frente a lo cual consideró la Corporación que las conclusiones eran detalladas y precisas, por lo que le otorgó eficacia probatoria, y agregó que *“el personal del ISS no tuvo en cuenta que el paciente tenía un antecedente patológico -diverticulitis intestinal- y que esta enfermedad tenía una alta probabilidad de agravarse en una peritonitis”*, pese a lo cual negó las pretensiones de la demanda al considerar que no se demostró que la muerte del paciente hubiese sido consecuencia directa del error de diagnóstico, o que la práctica de una intervención quirúrgica oportuna hubiera impedido el desenlace fatal.

8. RESULTADOS

Partiendo del marco conceptual y las providencias seleccionadas que fueron emitidas por el Consejo de Estado durante el periodo en cuestión, puede evidenciarse que se profesa de manera categórica que en los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado en la que se discuta tanto la mala praxis médica como la indebida prestación del servicio de salud, la parte demandante puede acudir a cualquier medio de prueba establecido en el Código General del Proceso (2012) para probar los hechos que interesan al proceso; incluso, se habla de manera preferente de la historia clínica, pues es en esta donde se consignan los síntomas y tratamientos brindados al paciente.

No obstante, de los pronunciamientos emitidos en los años 2020 y 2021 el Consejo de Estado insistentemente reprocha la ausencia de un dictamen pericial en el que se determine que el daño fue consecuencia del actuar médico, y en un gran número de estas decisiones se niegan las pretensiones de la demanda, precisamente ante la falta de esta prueba.

Por otro lado, en los casos donde reposaba un dictamen pericial, ya fuera por un experto o por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la mayoría de los pronunciamientos dicha Corporación acogió en su integridad las conclusiones a las que llegaron los galenos en lo referente a la debida aplicación de la *lex artis*.

Solo en contadas excepciones ese Órgano se apartó del dictamen pericial y privilegió otros medios de prueba. Tal fue el caso en el que indicó que quien había rendido la experticia no contaba con los conocimientos específicos que se discutían en ese proceso, pues el paciente había fallecido por una afección cardíaca y el perito era médico legista; en otro de ellos, porque consideró que las conclusiones no guardaban coherencia con la literatura médica y carecían de soporte bibliográfico, de lo que puede evidenciarse que, en efecto, se acepta que quienes pretendan la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por indebida práctica médica, o por una defectuosa prestación del servicio de salud de entidades públicas, aporten o soliciten cualquier medio de prueba que esté legalmente consagrado, sin embargo, el dictamen pericial cobra especial relevancia en estos asuntos debido a los especiales conocimientos de la ciencia médica de los cuales carece el juzgador.

Así, al retomar el interrogante que se ha planteado al inicio del presente artículo, es posible afirmar que en los últimos años el Consejo de Estado se inclina hacia una tendencia a la tarifa legal, al establecer implícitamente que el

único modo de probar que el daño fue consecuencia del actuar médico es a través de un perito que así lo determine.

CONCLUSIONES

La legislación procesal colombiana ha consagrado diferentes medios de prueba en aras de que las partes demuestren los hechos que interesan al proceso. Uno de ellos cobra especial relevancia cuando se requiere ilustrar al juez sobre aspectos técnicos, científicos, artísticos, surgiendo de esta manera la necesidad de que un experto, denominado perito, en la materia discutida rinda su concepto a través del llamado dictamen pericial.

Por una parte, la legislación general (Código General del Proceso, 2012) establece que sean las partes quienes aporten el dictamen, y solo de manera excepcional el juzgador lo podrá ordenar de oficio. *A contrario sensu*, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la reforma de la Ley 2080 de 2021, permite que este medio de prueba sea aportado por la parte o sea requerido al juez para que este lo decrete (auxiliar de la justicia).

Sin embargo, cuando se discuta la responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio médico asistencial este medio probatorio ha tomado mayor fuerza, pues, con la actual posición del Consejo de Estado, corresponde a la parte demandante probar, no solo el daño antijurídico sino también la relación causal entre este y la conducta activa u omisiva de la entidad estatal prestadora del servicio médico, a lo cual se ha denominado falla probada en el servicio.

Ahora, pese que a reiteradamente dicho Órgano ha sido enfático en señalar que para demostrar estos elementos de la responsabilidad puede acudir a cualquier medio probatorio (v.g. historia clínica, testimonios de los médicos tratantes, indicios), y que las conclusiones a las que pueda llegar el perito en

tratándose de práctica médica no puede desplazar el criterio jurídico que corresponde adoptar al juez de la causa, del estudio realizado a las providencias emitidas por esa Corporación para el periodo 2020-2021 otra es la realidad de quienes se enfrentan a este tipo de procesos.

De dicho estudio es posible determinar que el medio probatorio por excelencia requerido para probar la falla médica es el dictamen pericial, dado que en aquellos procesos donde no se aportó esta prueba reprochó su ausencia y, por el contrario, cuando este era practicado se acogían en su integridad las conclusiones a las cuales llegaba el médico perito. Solo en contadas excepciones, en el periodo referenciado esa Corporación se apartó de la experticia que reposaba en el plenario, lo cual resulta lógico en tanto, como se referenció en una de las providencias, este tipo de asuntos *“requieren de conocimientos especializados de los que carece el juzgador”*, pues así este tuviera tales, dado que se encuentra en la órbita de su conocimiento privado, no puede ser utilizado para emitir un pronunciamiento de fondo.

Conforme lo anterior, es posible evidenciar una tendencia hacia la tarifa legal, en el sentido que en la mayoría de providencias estudiadas se echó de menos esta prueba técnica, o se acogieron las conclusiones del dictamen, siendo entonces el único medio de prueba relevante para probar la falla médica, y aunque no se desconoce que cada caso tiene sus particularidades, lo cierto es que, en tratándose de responsabilidad médica estatal, el dictamen pericial ha prevalecido sobre los demás medios probatorios, dados los especiales conocimientos que maneja la ciencia médica, y porque a través de este se ilustra al operador judicial sobre las patologías, causas, consecuencias, protocolos, tratamientos y diferentes aspectos del campo médico.

Entonces, dado el estudio de las providencias en cuestión, es posible adherirse a la conclusión a la que llegó Aranda C. (2013) cuando refiere que el dictamen pericial es el medio probatorio *sine qua non* en los procesos de

responsabilidad extracontractual del Estado por mala praxis médica, el cual determinará el éxito o no del proceso.

Como consecuencia de lo anterior, de no aportarse esta específica prueba, resulta probable que la pretensión tendiente a la declaratoria de responsabilidad extracontractual respecto del servicio médico no esté llamada a prosperar, y en consecuencia el usuario de la administración de justicia vea truncada la posibilidad de acceder a la reparación integral de los perjuicios, debido a esta falencia probatoria.

En ese sentido, los litigantes en este campo deberán adoptar como buena práctica probatoria el aportar o solicitar el decreto de esta experticia, para que eventualmente las pretensiones estén llamadas a prosperar, pues de no hacerse, como se indicó, existe una gran posibilidad que sus pedimentos no salgan adelante.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña G., E.J. (2015). *La prueba pericial en el Código General del Proceso: Análisis de las consecuencias generadas por la eliminación de la posibilidad de objetar el dictamen pericial*. Investigación para ponencia en la red socio-jurídica. Disponible en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/371/html>
- Aranda C., C.A. (2013). *Medios de prueba dentro de la responsabilidad médica del Estado a la luz de la Ley 1437 de 2011*. REVISTA PRINCIPIA IURIS N°.20, p. 265-279. Disponible en <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/813/791>

Arias F., J.L. (2014). *Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos*. Revista Academia & Derecho 5 (8). Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713667>

Bermúdez M., M. (2016). *Del dictamen judicial al dictamen de parte*. Legis Editores.

Congreso de la República de Colombia (2019). Informe de ponencia para el primer debate al Proyecto de Ley N° 07 de 2019 Senado, por el cual se reforma Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y se dictan disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción. Gaceta del Congreso. Año XXVIII. N° 1212.

Congreso de la República de Colombia (2012, julio 12). Código General del Proceso [Ley 1564] D.O. N° 48.525. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de la República de Colombia (2011, enero 18). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011]. D.O. 47.956. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de la República de Colombia (2021, enero 25). Ley 2080. Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. D.O. 51.568. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2080_2021.html

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (1992, julio 30). Exp. 6897. M.P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2019, octubre 28). Rad. 76001-23-31-004-2007-00539-01 (43327). M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (2015, octubre 15). Rad. 25000-23-26-000-1994-09482-01(28487). M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (2008, marzo 26). Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01(16085). M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Rad. 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163). M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (2021, mayo 28). Exp. 66001-23-31-000-2009-10004-01 (54369). M.P.: Guillermo Sánchez Luque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (1990, octubre 24). Exp. 5902. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2000, febrero 10). Sentencia CE-SEC3. Exp. 2000-N11878. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2020, febrero 20). Exp. 25000-23-26-000-2011-00578-01(54836). M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2020, abril 24). Exp. 13001-23-31-000-2011-00020-01(55720). M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2020, julio 03). Exp. 17001-23-31-000-2005-02339-02(47155). M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (2020, agosto 3). Exp. 05001-23-31-000-2002-00405-01(45577). M.P.: Alberto Montaña Plata.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (2020, octubre 5). Exp. 52001-23-31-000-2010-00086-01(43032). M.P.: Martín Bermúdez Muñoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2020, octubre 23). Exp. 66001-23-33-000-2015-00376-01(62980). M.P.: Martha Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (2020, diciembre 18). Exp. 76001-23-31-000-2004-05373-01(48441). M.P.: Guillermo Sánchez Luque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (2020, diciembre 18). Exp. 05001-23-31-000-2000-01726-01(40698). M.P.: Guillermo Sánchez Luque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (2021, julio 16). Exp. 44001-23-31-000-2010-00065-03 (60480). M.P.: Martín Bermúdez Muñoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2021, septiembre 24). Exp. 68001-23-31-000-2010-00375-01(55903). M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2021, noviembre 18). Exp. 18001-23-31-000-2006-00364-01(46258). M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (2021, noviembre 18). Exp. 05001-23-31-000-2004-05348-01(44733). M.P.: Alberto Montaña Plata.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (2021, noviembre 18). Exp. 13001-23-31-000-2006-01322-01(52366). M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2021, noviembre 22). Exp. 66001-23-31-000-2010-00289-01(46508). M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (2021, diciembre 7). Exp. 05001-23-31-000-2002-02798-01(50954). M.P.: Guillermo Sánchez Luque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2010, marzo 03). Exp. 50001-23-31-000-2006-00311-01(37061). M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (2020, agosto 13). Rad. 05001-23-31-000-2008-01221-01(58752). M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (2017, enero 25). Exp. 36.816. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (2018, abril 26). Exp. 41.390. M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (2012, septiembre 28). Exp. 22.424. M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (2014, abril 30). Exp. 29.566. M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

Corte Constitucional (2011, marzo 1º). Sentencia C-124. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2006, septiembre 21). Sentencia T-796. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1998, marzo 27). Exp. 4943. M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholoss.

Devis E., H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. T. II. Bogotá: Edit. Temis.

Devis E., H. (1998). *Compendio de derecho procesal, pruebas judiciales*. T. III. Ediciones ABC.

- Fonseca, J.L.Á. (2014). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Academia & Derecho*, (8)173-192.
- Forero S., J. (2012). Facultades del Juez en el Código General del Proceso. *Memorias del XXXIII Congreso de Derecho Procesal*. N° 227.
- Gaceta Constitucional (1991) Ponencia de Juan Carlos Esguerra Portocarrero. N° 56.
- Gutiérrez R., J. (2014). El dictamen pericial y la prueba por informes en el Código General del Proceso. *Código General del Proceso*. Comentado con artículos explicativos de miembros del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 305.
- López B., H. (2017). *Pruebas en el Código General del Proceso*. DUPRE Editores Ltda.
- Ramírez C., D. (s.f.). Independencia del perito y resguardo de su idoneidad técnica. *Perspectiva iberoamericana de la justicia civil*.
- Restrepo P., J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica - decaimiento de su aplicabilidad. *Estudios de Derecho -Estud. Derecho*. Vol. LXVIII. N° 152.
- Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Edit. Temis.
- Serrano E., L.G. (2020). *Tratado de responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Solórzano G., C. (2011). *La prueba pericial y su importancia dentro de los procesos por mala práctica médica*. Disponible en: <https://www.buenastareas.com/ensayos/La-Prueba-Pericial-Dr-solorzano/78655975.html>