

**CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL POR LA
ATENCIÓN GINECOBSTETRA.**

CAMILO ANDRÉS ZAMBRANO ERASO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2013**

**CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL POR LA
ATENCIÓN GINECOBSTETRA.**

CAMILO ANDRÉS ZAMBRANO ERASO

**Trabajo de grado modalidad Monografía, presentado como requisito parcial para optar al
Título de Especialista en Derecho Administrativo**

Asesor:

Dr. OMAR CHAMORRO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

PASTO

2013

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1^{ro} del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, Mayo de 2013.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. OBJETIVOS	11
2. JUSTIFICACIÓN	13
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
4. ANTECEDENTES	18
4.1 MARCO CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO	18
4.2 CONCEPTO DE GINECOBSTETRICIA Y SU EVOLUCIÓN	21
4.2.1 Deberes a cargo del médico obstetra	23
4.3 RELEVANCIA SOCIAL DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO GINECO-OBSTETRA.	24
5. CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL POR LA ATENCIÓN GINECOBSTETRA SEGÙN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.	28
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

RESUMEN

Desde esta perspectiva, como quiera que en muchos eventos el paciente debe ser valorado desde la óptica de ARO (Alto Riesgo Obstétrico), se hace irremediable cumplir y concluir que el logro de la pugna contra la mortalidad materna está supeditado a un empeño enérgico y comprometido del Estado, en la promoción, prevención y amparo del derecho fundamental de las mujeres a un parto seguro, respetable, digno y óptimo, a través de una serie de acciones coherentes y específicas, encaminadas especialmente a la creación de un marco jurídico que garantice, por un lado, los derechos de las mujeres en cuanto a la asistencia médica de su embarazo, parto y puerperio, y por otro, un positivo despliegue profesional de galenos, especialistas y personal asistencial calificados.

ABSTRACT

From this perspective, inasmuch as in many events the patient must be assessed from the perspective of ARO (High Risk Obstetrics), is irremediable meet and conclude that the achievement of the struggle against maternal mortality is subject to a strong and committed effort the State, in promoting, prevención and under women's fundamental right to safe childbirth, respectable, dignified and optimal through a series of consistent, specific, seeking in particular to the creation of a legal framework to ensure, on the one hand, the rights of women in the health care of their pregnancy, childbirth and postpartum, and the other, a positive professional deployment physicians, specialists and qualified caregivers.

INTRODUCCIÓN

Siendo la medicina un conjunto de conocimientos científicos y actividades técnicas destinadas a lograr el diagnóstico, curación y prevención de las enfermedades, en el presente estudio académico es necesario resaltar una de las ramas de esta ciencia llamada ginecobstetricia, en cuyo marco general, está comprometida a contribuir en la actividad médica materno-infantil, la cual desde sus comienzos ha sido clasificada como una de las ramas de la profesión médica que más reviste cuidado y diligencia por parte de los galenos siendo que tienen en sus manos la asistencia y atención de las madres gestantes.

En una sociedad en evolución donde las estructuras administrativas de todo orden imparten normas y preceptos, se tiene que, desde tiempo atrás, la actividad de la medicina y su atención gestante en general, se orientaba en un criterio más social y humanista, donde el médico asumía su profesión acorde al juramento Hipocrático, no existían tantas barreras sociales, culturales y económicas, para brindar sin contraprestación todo el esmero, protección y custodia, que demandaba una mujer durante todo el ciclo de embarazo o gestación, parto y puerperio; hoy, por desfortuna y principalmente para aquellas mujeres marginadas, además del riesgo natural que ello conlleva, se hace y torna más gravosa su atención en la etapa de gestación, incluso con resultados irreparables.

Con lo expuesto, no se apunta a mancillar al profesional médico, a ellos igualmente se han transmitido obligaciones fundamentadas más en protocolos que favorezcan el provecho y utilidad financiera, antes que un proyecto comunitario; no es desconocido que hoy la salud la

han convertido en un sólido negocio mercantil, donde los galenos están sujetos y condicionados a ciertas normatividades más discrecionales que objetivas, que restringen el derecho a la salud, en especial, dentro de la actividad gineco-obstétrica.

Tristemente, y con el decurso del tiempo, esa responsabilidad directa y personal del médico frente a las pacientes en estado de embarazo se inclina a la extinción, debido al crecimiento acelerado de la población, al avance a pasos agigantados de la ciencia médica y, por supuesto, a la búsqueda incesante de lucro por parte de las empresas promotoras de salud.

Con el trabajo que a continuación se desarrollará no se proyecta censurar el prestigio de galenos o especialistas de la rama de la ginecobstetricia, pues consideramos que efectivamente sigue siendo una de las profesiones más necesarias para la sociedad; sin embargo, sí se quiere llamar la atención sobre la forma cómo el tema del título de imputación, en cuanto a la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado por falla en la prestación del servicio médico, ha sido abordado específicamente en el manejo de la carga de la prueba en la actividad de la ginecología y la obstetricia.

Así, descubrirá el lector aspectos relevantes de cómo la jurisdicción contencioso administrativo ha fallado en el tema que nos convoca, es decir, sobre el error en la actividad médica-obstetra, poniendo de relieve los diferentes rótulos de recusación aplicables a los eventos de daños derivados de una mala praxis, para luego concretar el tema sobre nuestro punto de debate: la carga de la prueba en la responsabilidad médica en la ginecobstetricia.

Lo expuesto, con el fin de resaltar el compromiso institucional del Estado en la prestación del servicio de salud, que exige del personal médico respeto, reflexión y corresponsabilidad, a propósito de fortalecer las políticas de salubridad y salud en Colombia.

Igualmente, definir una postura que genere seguridad jurídica entre los usuarios de la administración de justicia y advertir que, en veces, la multiplicidad de criterios sobre la carga probatoria, se hace necesario decantar en quien radica la misma, por cuanto en la actualidad el operador de justicia cuenta con vigorosas herramientas para evaluar la conducta del médico a la luz de la *lex artis* que literalmente significa “*ley del arte*”, apreciación que se tiene sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.

1. OBJETIVOS

Coadyuvar por medio del presente trabajo, soporte a la interpretación objetiva, generadora de los eventuales perjuicios que puedan llegarse a ocasionar por la actividad médico-infantil en procura de generar mayor seguridad jurídica en atención a la carga de la prueba.

Sentar en evidencia la creciente falta de adopción de políticas en salud serias y coherentes, que tiendan a ofrecer y favorecer la prestación médica de un servicio de salud en todos los niveles de complejidad, en razón a que los índices de mortalidad y afectación reproductiva en algunos casos, nacida por la carencia de insumos, equipos e infraestructura que permiten la eficiente materialización del servicio y salvaguardia de los derechos civiles de la mujer gestante y el menor. Habida cuenta de que en esta clase de acciones reparatorias entran en juego los derechos relacionados con la protección especial de la mujer y del que está por nacer, creo importante consolidar su comprensión y aplicación desde el régimen Constitucional, con carácter vinculante, para su cuidado y atención, para el personal médico.

En ese orden, pretendo advertir los daños antijurídicos causados por la acción u omisión en el servicio médico ginecobstetra, o porque no se prestó en el marco de las mejores condiciones que permitía la infraestructura del mismo. En ese orden, a la mujer se le debería requerir como sujeto de especial protección, la acreditación única y exclusiva de los postulados que configuran la *“falla presunta del servicio”*.

En suma, es importante resaltar que, en muchos casos, la responsabilidad del Estado se yergue de la falta de atención competente y suficiente, aún más si las madres gestantes son atendidas en

Hospitales de primer o segundo nivel que, en la mayoría de los casos, no cuentan con los recursos e instrumental necesario para superar los diferentes riesgos o eventualidades clínicas a las que se encuentra expuesta una paciente con alto riesgo obstétrico; consecuentemente, ello será aporte sustancial en un debate judicial por responsabilidad médica, es decir, la ausencia de mínimas condiciones para un buen servicio, aspecto que, a la postre, será la entidad accionada quien deba desvirtuarlo.

2. JUSTIFICACIÓN

El objetivo sustancial de la normatividad y de la aplicación de reglas morales es dirigir las relaciones del hombre en la sociedad, lo que incluye orientar el comportamiento humano y natural de quien ejerce la profesión médica.

El deber moral es un deber dirigido hacia mí, que soy libre de cumplirlo o no; el deber jurídico es un deber dirigido hacia los otros, que son libres de impedirme o no el cumplimiento de mi deber, contexto en el que el derecho viene definido como una coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos.

El tema que nos convoca, hace necesario e ineludible establecer cómo la jurisprudencia nacional ha ido formando criterios objetivos de la carga de la prueba en la responsabilidad por actos de ginecobstetricia, en tanto que ésta, como rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, tiende a establecer que la responsabilidad del médico es objetiva, ampliada en lugar, tiempo y modo, cuando *ab initio*, el proceso del embarazo se presenta normal, es decir sin complicaciones o dificultades científicamente evidentes o previsibles, de cara a lo cual la doctrina ha determinado que la obligación del médico es de resultado, en tanto que lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con el estudio de la enfermedad.

Es importante señalar que la obligación o responsabilidad en el servicio médico público recae sobre una falla en razón de los deterioros originados por las acciones arriesgadas o eminentes,

donde ya no interviene el error en el comportamiento administrativo, siendo que se encamina de manera elocuente y singular hacia el daño antijurídico, generándose por tal motivo más que una duda de falta, una atribución de cargo o responsabilidad.

Igualmente, frente al régimen de garantía y competencia del Estado por la prestación endosada a la ocupación de esta especialización, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha venido estableciendo el título de imputación de “falla presunta”, que exonera al actor de probar la *falla del servicio*, es decir, únicamente tendrá que probar el hecho generador del daño, la falla en el acto obstétrico y su relación con el mismo.

Y es que, teniendo en cuenta la progresiva judicialización de la actividad médica a causa del incremento alarmante del número de Reclamaciones Judiciales, es una preocupación constante entre los médicos en general, y entre los Ginecólogos en particular, confrontar las situaciones conflictivas en las que entran en juego diferentes aspectos que van a condicionar la actuación del profesional ante el cuidado de la mujer gestante y del neonato.

En ese orden, la responsabilidad que deben asumir tanto galenos como entidades de salud en Colombia, habrá de ajustarse a parámetros que permitan hacer eficiente, eficaz y responsable la atención de cada madre gestante, y de igual manera, optar por políticas y estrategias idóneas que permitan la prestación de un servicio de salud orientado bajo los postulados y principios rectores de la misma.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿A quién le corresponde la carga de la prueba en la responsabilidad médica, por procedimientos o servicios de ginecobstetricia adversos durante la gestación y el alumbramiento, según la línea jurisprudencial de lo contencioso administrativo?

En este contexto, el problema jurídico que hoy nos ocupa es la carga de la prueba en el cometido de atribuir la responsabilidad administrativa por falla en el servicio médico al atender el acto obstétrico. Ciertamente, el Consejo de Estado colombiano se ha ocupado en gran número de oportunidades de situaciones en las cuales se demanda la responsabilidad extracontractual del Estado a causa de la prestación del servicio hospitalario obstétrico, motivo por el cual, el eje de esta disertación será el de determinar cuáles son los principales aspectos que giran en torno a la carga de la prueba en la responsabilidad médica por el acto obstétrico según la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Evidentemente, en tratándose de la prueba, de su relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente, debo decir que ésta reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. Los aprietos a los que se enfrentan la afectada y/o sus familiares cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayados 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, al tenor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha dicho que se ha acudido a reglas como 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 la misma pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima. Cabe matizar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en normas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por el contencioso en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata.

La elección de esa teoría ha hecho considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual, basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin

importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

Huelga decir que la posición adoptada por el Consejo de Estado sobre la materia es una ventana abierta que nos permite interpretar desde la perspectiva de cada caso concreto y guardando las proporciones de la situación médico - paciente, qué elementos probatorios se hace impajaritable consolidar, qué extremo de la litis tiene el deber de aportarlos y cuál ha de ser el devenir ajustado a derecho de la reclamación judicial que se pretenda en el proceso del acto médico - obstetra.

4. ANTECEDENTES

4.1 MARCO CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Según la Doctrina, la **Responsabilidad** significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

Tal responsabilidad genérica se clasifica tradicionalmente en Contractual y Extracontractual.

La Responsabilidad Contractual.- Es el incumplimiento de una obligación, vale decir de un vínculo jurídico concreto, preexistente entre las partes, es decir por medio de un contrato.

La Responsabilidad Extracontractual.- Esta clase de responsabilidad, es tratada en el Título XXXIV, Libro 4º Artículos 2341- 2360 C. C., se consagra en el artículo citado los hechos ilícitos como fuente de obligación de reparar los daños que se producen. Ha entendido la Jurisprudencia y la doctrina que generalmente tres son los presupuestos que dan lugar a configurar dicha responsabilidad esto es, la culpa, el daño, y la relación de causalidad necesaria entre aquella y este.

La Culpa, como elemento configurante de la responsabilidad, se ha dicho que es la conducta contraria a la que debería haberse observado normalmente en el caso, ya por torpeza, ignorancia

o imprevisión. Son sujetos de esta tanto las personas naturales como jurídicas, y por ende, imputables de la correspondiente responsabilidad que su conducta pueda causar.

El Daño, en suma, es el perjuicio que ha resultado de la culpa, es el elemento determinante de la resarcibilidad a favor de la víctima el cual se compone de 4 elementos que lo configuran:

- ✓ El daño debe ser cierto
- ✓ Personal
- ✓ Determinado (daño emergente) o determinable (lucro cesante)
- ✓ anormal

El Nexo de Causalidad, también debe configurarse como factor de la responsabilidad, es decir, debe existir necesariamente relación entre la culpa y el daño lo cual debe ser probado.

En tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, tales elementos se recogen por la Constitución Política de 1991 que en su artículo 90 estableció que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Así, dos son los regímenes de responsabilidad estatal que se consideraban en nuestro ordenamiento jurídico como los de mayor importancia a saber: Un régimen de responsabilidad Subjetiva y otro de responsabilidad Objetiva. Siendo los dos sistemas de responsabilidad directa, siempre se encontró que el primero, caracterizado por la declaración de responsabilidad patrimonial requería que el hecho causante del daño configurase una falla del servicio imputable

al Estado, regla general de responsabilidad estatal, en tanto que los otros regímenes entre los cuales se encuentra el de responsabilidad objetiva era de carácter excepcional.

De esa manera, y como quiera que el presente escrito se perfila bajo el régimen subjetivo, la responsabilidad queda comprometida siempre que concurrieran los siguientes elementos:

- ✓ Un mal funcionamiento del Servicio que corresponde a la administración incluyendo dentro de este concepto el funcionamiento tardío, el deficiente y su no prestación.
- ✓ La causación de un daño.
- ✓ La relación de causalidad entre el mal funcionamiento y el perjuicio.

Y es que, la imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado el deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste. La imputación se produce una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido, la cual no puede realizarse en base a la mera causación material del daño. Por lo tanto, pese a la concurrencia de las exigencias señaladas, el Estado puede exonerarse de responsabilidad cuando se acredita la existencia de una circunstancia que pueda calificarse como Fuerza Mayor, Caso Fortuito, Hecho de un Tercero o Culpa Exclusiva de la Víctima. O también, por el actuar de un agente público en actos completamente desligados del servicio y sin conexión con éste.

4.2 CONCEPTO DE GINECOBSTETRICIA Y SU EVOLUCIÓN

La ginecobstetricia, como disciplina, está relacionada con los procesos normales y patológicos de los órganos reproductivos de la mujer y la primera referencia que se tiene acerca del ejercicio de esa actividad se encuentra a partir de la época histórica. No es fácil determinar exactamente dónde y cuándo acaba la medicina primitiva o imaginada, y dónde y cuándo empieza la moderna o documentada.

Obstetricia etimológicamente significa “*ponerse enfrente*”. Pues bien, dado que el parto en aquellas épocas prehistóricas ocurría de manera solitaria, sin acompañamiento, ha de considerarse que esa fue, asimismo, la época pre - obstétrica.

El siglo XVI es testigo del renacimiento de la obstetricia, o mejor, del advenimiento de la obstetricia moderna, y Francia es su cuna. Las mujeres seguían a cargo del oficio, pero los hombres -los cirujanos- eran los encargados de subsanar sus fracasos. Ambos, parteras y cirujanos, hacían que el proceso de alumbramiento sea el más idóneo dentro de sus posibilidades.

Aunque parece que en la actualidad los adelantos obtenidos en el control del embarazo, parto y puerperio están establecidos desde hace mucho tiempo, si consideramos la historia del ser humano desde que se tiene conocimiento, hasta nuestros días, podemos afirmar que realmente la revolución ocurrió ayer mismo. Si tenemos en cuenta que quizá el hito más importante en obstetricia fue la observación del cirujano *Ignacio Felipe Semmelweis* y su recomendación de

desinfección de manos tras practicar una autopsia, para acceder a un parto, vemos que esto ocurrió apenas hace ciento veinte años, descubrimiento de gran impacto, pues su reflexión fue un gran aporte en aras de generar los mayores grados de asepsia en esta clase de procedimientos y así evitar cuadros infecciosos que agraven las condiciones de salud de las gestantes.”

En ese sentido, la doctrina es enfática en señalar que, si observamos tratados de obstetricia de mitad de siglo XX, vemos como el porvenir de la madre ha cambiado de forma radical, paralelamente a cómo ha ido mejorando el enfoque de todas las enfermedades.

Pero, si nos centramos en algunas que podemos clasificar como las típicas del embarazo, comprobamos cómo la mejoría de la estadística en cuanto a morbilidad materna está relacionada directamente con el control y conocimiento de la patología de las mismas. Se destaca principalmente la llamada toxemia del embarazo, que con frecuencia terminaba en la temida eclampsia, o en el abruptio, con resultados nefastos para la madre. La diabetes ha sido quizá el proceso endocrino que tras su control ha mejorado los resultados perinatales. Las infecciones que en la actualidad se tratan con facilidad, como sífilis, etc., así como las controladas por las vacunaciones masivas, también han desaparecido del mapa obstétrico aunque estamos asistiendo a nuevas afecciones no controladas como la infección por VIH que plantea paralelamente nuevo reto.

Según la revista “*Mortalidad materna otra cara de la violencia contra las mujeres,*” se trae a colación reglas que de manera especial deben cumplirse a cargo del médicos especializados, así

como las pacientes en estado de gravidez, que han sido definidas por la doctrina en los siguientes términos:

4.2.1 Deberes a cargo del médico obstetra

- ✓ Prestar asistencia personal
- ✓ Actuar con ciencia y prudencia, ajustados a los parámetros de la *lexartis*
- ✓ Respetar la voluntad del paciente.
- ✓ Obtener el consentimiento informado.
- ✓ Colaborar.
- ✓ Abstenerse de realizar ciertas actividades.
- ✓ Abstenerse de prometer un resultado.
- ✓ Permitir una segunda opción, cuando no exista claridad en la valoración y diagnóstico.
- ✓ Fiscalizar y controlar al personal auxiliar.
- ✓ Emplear técnicas aceptadas por la ciencia médica.
- ✓ Guardar el secreto profesional.
- ✓ Denunciar las irregularidades.

4.2.2 A cargo del paciente:

- ✓ Informar
- ✓ Colaborar.

La violación a los anteriores deberes a cargo del médico obstetra con función pública son los que, por regla general, desencadenan la responsabilidad patrimonial del Estado, como quiera que,

con su actuación han fallado aspectos esenciales en el actuar diligente y cuidadoso al que se encuentra sometido el médico y, específicamente, la administración sanitaria.

4.3 RELEVANCIA SOCIAL DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO GINECO-OBSTETRA.

Para abordar el presente acápite, encontramos la sentencia del 10 de febrero de 2000, proferida dentro del expediente No. 11.878, en la que el Consejo de Estado dijo: ...en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina la cual 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 presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles... podemos verificar que en estos casos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se obtenga como resultado un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica soporta, prevé y trata de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo natural o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer.

En ese orden de ideas dentro de este campo, la medicina reviste un alto grado de compromiso para evitar con ello la responsabilidad en el esquema de las posibles reclamaciones judiciales, donde las partes deberán acreditar los supuestos de hecho y de derecho para lograr la

efectividad de sus intereses. Amén de lo expresado, no es posible afirmar que la medicina gineco - obstetra sea una ciencia exacta en la cual no exista margen de error alguno, y así probablemente seguirá siendo en atención a su naturaleza.

Hoy en día, tanto galenos como entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud tienen como función garantizar la prestación de un servicio público, definido así por la propia Carta Política en el artículo 49, cuyo contenido y alcance ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 2000. Así las cosas, el Estado es garante de la prestación del servicio de salud y, si bien pueden intervenir los particulares en el mercado de suministro, lo cierto es que la organización Estatal debe ejercer un control y vigilancia estricto sobre cada una de las entidades públicas o privadas que integran el sistema de seguridad social en salud y que, por lo tanto, administran la prestación de la atención médica y sanitaria en el país.

En efecto, según cifras mundiales –extraídas de la página oficial de la OMS-, para el año 2009, en un número aproximado de 526.000 mueren al año a nivel global, a causa de complicaciones relacionadas con el embarazo o el parto. Las cifras establecidas en 1990 por la misma OMS, señalan que se ha reducido la mortalidad materna en 40.000 muertes por año, lo que constituye una disminución del 1% por anualidad. Lo anterior demuestra, claramente, que las políticas públicas no son suficientes para contrarrestar los peligros que supone el alumbramiento.

Lo que resulta difícil entender es que en esa cifra de 526.000 mujeres, los países desarrollados participan del 0.65%, mientras que el restante porcentaje, esto es, el 99.34% se distribuye en países en vía de desarrollo, especialmente, en el continente africano.

El compromiso internacional es, pues, lograr disminuir en el periodo comprendido entre 1990 y 2015, la tasa de mortalidad materna en unas tres cuartas partes, pero, como se desprende de las cifras oficiales, los resultados se alejan considerablemente de los objetivos definidos.

Según la revista electrónica *Rev.cienc.biomed.2012*, para el año 2011, se presentaron 3.889 nacimientos con 230 casos de mujeres con condiciones potencialmente fatales, para una razón de 59.1 por 1.000 nacimientos. Las mujeres tenían una edad promedio de 26.8 años. 61 mujeres cumplieron criterios de MME (Morbilidad Máxima Extrema). 56% de las pacientes que cursaron con el evento pertenecían al régimen contributivo de seguridad social. 88.1% de las pacientes cumplieron criterios de intervención siendo el ingreso a UCI el más frecuente (68.5%). Las adolescentes presentaron 3.3% más MME que las adultas. La causa más frecuente de morbilidad fue la hemorragia asociada al embarazo. Trastornos hipertensivos en segundo lugar y sepsis en tercero. Se presentó una mortalidad materna en cada grupo de patología. Se estableció relación criterio/ caso de MME de 3.1, con una razón de mortalidad materna de 76.7/100.000 nacidos vivos, así como una razón de MME de 15.6/1000 nacidos vivos.

En conclusión, se obtuvo una tasa alta de mortalidad materna, por encima del promedio nacional. La hemorragia obstétrica fue el principal evento generador de MME, Colombia ocupa un deshonroso cuarto puesto después de Bolivia, Perú y Paraguay

Como se observa, la mortalidad materna constituye, en los países en desarrollo, la segunda causa de muerte, puesto que la primera corresponde al VIH/SIDA

Es así como, el área de la obstetricia requiere un especial interés desde la perspectiva de la responsabilidad médico sanitaria, por cuanto, tal y como se ha puntualizado, “...*el análisis de la jurisprudencia nacional y extranjera nos permite afirmar, sin temor a equivocarnos, que estas dos especialidades la Cirugía Plástica y la Obstetricia son las que más se ven involucradas en juicios de mala praxis*”.

5. CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL POR LA ATENCIÓN GINECOBSTETRA SEGÙN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

El Consejo de Estado enseña que, en tratándose de la falla del servicio médico en los procesos administrativos, los jueces deberán decidir si lo indicado es que el paciente demuestre o el Estado refute la falla.

Bajo el anterior entendimiento, los accionantes que pretendan reclamar los perjuicios ocasionados, por la mala prestación del servicio médico en especial por actos de ginecobstetricia, bien sea la paciente o sus familiares, impajaritiblemente, se deberá hacer la respectiva demostración que configura la falla presunta.

En esa línea, la carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación, con el fin de que se acredite de manera verás y eficiente el acervo probatorio con que cuentan los extremos de la litis, con el único propósito y fin de constituir a su favor las pretensiones que se pretenden dentro de dicha reclamación judicial.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que hubo un daño, que hubo una falla en el acto obstétrico y la relación de causalidad con los anteriores en cuanto al quehacer médico para el caso, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados. En los procesos administrativos encontramos que el tema de la carga de la prueba no ha sido estático, a

tal punto que durante el transcurso del tiempo se ha ido avanzando de manera significativa con respecto al tema de la prueba y cómo y en quien recae la misma al momento de iniciar una reclamación ante la respectiva jurisdicción.

Descendiendo al caso en concreto, pueden existir eventos en los cuales tanto galenos como madres gestantes y/o sus familiares no estén en la obligación de asumir como tal la carga de probar, como por ejemplo, la existencia de parálisis de actividades por circunstancias ajenas a la entidad, remodelación de infraestructura, que en muchos de los casos dilata la prestación del servicio y termina siendo obstáculo para la atención oportuna e idónea de la gestante y que en ocasiones concluye en situaciones funestas. Por ello, será el juez quien determine en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar la falla; el traslado de la carga probatoria será no ya una regla de derecho común, sino un episodio eventual. En aras de la justicia y de abogar por que los médicos y demás profesionales de la salud no se vean obligados a ejercer su profesión a la defensiva, se espera que este sea el criterio que empiece a predominar en la valoración de las pruebas que se haga en los procesos de responsabilidad médica estatal.

Aunado a lo anterior, se insiste, las actuales políticas adoptadas tanto por organismos internacionales como el Fondo de Población de la Naciones Unidas y la Rama Judicial en nuestro país, vienen abogando en el quehacer judicial la adopción de la llamada jurisprudencia con perspectiva de género, que no es más que el reconocimiento tácito a la naturaleza femenina como sujeto especial de protección, en tanto cuanto sus derechos han sido conculcados y restringidos considerablemente a lo largo de la historia, y que hoy por hoy, lamentablemente se

siguen quebrantando a través de la atención inoportuna que se brinda a las mujeres gestantes a lo largo y ancho del país.

En ese orden, la carga dinámica de la prueba establece que en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos estará a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes; sin embargo los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado atienden el sistema de la falla presunta.

En otra arista, se hace necesario valorar cada caso de manera acuciosa, si los hechos alegados tienen carácter técnico o científico, y así evaluar si es el paciente o si es el médico quien está en mejor posición de probar o desvirtuar la falla del servicio médico.

Pero, como se dijo, la actual posición jurisprudencial del Consejo de Estado, está adoptando la tesis de presunción de la falla del servicio, aunque en otros pronunciamientos, por su naturaleza, se decide bajo la tesis de la falla probada del servicio.

En ese orden de ideas, puedo afirmar que la aplicación de la carga dinámica de la prueba, debe ser considerada por el operador judicial como un equilibrio y/o ponderación de cargas probatorias entre las partes a la hora de allegar las mismas, en tanto y cuanto, su filosofía decanta que fue instituida como una forma de acceso a los principios de equidad y ecuanimidad e imparcialidad en el contexto judicial; por ello, si bien es cierto que algunos procesos se ventilarán a la luz de la aplicación de esta figura, lo es también y en gracia de discusión que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo viene pronunciándose a través de la

presunción de la falla como eje central de la reclamaciones por actos médicos de ginecobstetricia, cuando no han existido eventos adversos durante el periodo gestacional.

En consecuencia, a la demandante o demandantes, no tiene por qué exigírseles comprobar o no la culpa de la administración, pues ante el hecho causal y su relación con el servicio, ésta se presumirá, y corresponderá al Estado demostrar su inexistencia o la presencia de causales exonerativas de responsabilidad.

Bajo el anterior entendimiento, y teniendo en cuenta que el tema que nos convoca es la responsabilidad médica por actos de ginecobstetricia, rama de la medicina que decanta uno de los mayores índices de reclamaciones judiciales, es necesario establecer que con referencia a la carga de la prueba el Consejo de Estado está acogiendo una posición dominante como ya se ha dicho de falla del servicio presunta, y ello lo viene concibiendo a través de diversos fallos como son: Sentencia de 24 de Octubre de 1990, Proceso N° 5902; Sentencia de 30 de Junio de 1992, M.P. Daniel Suarez Hernández; Sentencia de 26 de Marzo de 2008 exp. 16085 M.P. Ruth Stella Correa Palacio, en donde se declara la Responsabilidad de CPRECOM; y Sentencia de 7 de abril de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; en ellas, se evidencia que la *ratio – decidendi* está basada en la falla presunta del servicio, toda vez que al Estado como ente regulador de la actividad social en general y actor de primer orden destinado a satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, ha de exigírsele garantizar el derecho a la salud.

De ahí que en esta tesis se basa o se fundamenta la responsabilidad del Estado cuando exista mala prestación del servicio y falta de atención médica que consecuentemente corresponde a la entidad desvirtuar lo censurado en el libelo de demanda.

En sentido estricto, mi posición gravita en exaltar que en los anteriores pronunciamientos la jurisdicción deja en evidencia la posición de perspectiva de género como instrumento vanguardista, en tanto cuanto la mujer en estado de gestación, parto, post - parto y bajo los cuidados que ello amerita, coloca en riesgo su existencia, altera el sosiego familiar, afronta las afujías económicas y, sobre todo, afecta su estado anímico ajado en las perspectivas de un nuevo ser, por lo que no es dable atribuirle una posición incierta, desventajosa o menos favorable en la tarea de acreditar la falla del servicio como tal, sino que, por el contrario, es el médico a quien le correspondería refutar el hecho causante del daño, la falla en el acto obstétrico y su relación con el mismo, para que el juez de la causa determine la real verdad del actuar de la entidad y sus galenos en aras de garantizar el eficiente, idóneo y responsable servicios de salud en Colombia como cometido Estatal.

Huelga decir, que en algunos fallos emitidos por Consejo de Estado como el del 14 de Julio de 2005, exp. 15276, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, vino a morigerando el tema de la carga dinámica de la prueba, dependiendo de la naturaleza de los hechos; en ese sentido, se debe tener certeza por parte del operador jurídico de las circunstancias de modo tiempo y lugar que dieron origen a la reclamación judicial para endilgar a la parte que esté en mejor posición de probar los hechos generadores del daño en aras de garantizar los principios de ecuanimidad e imparcialidad en la confrontación de los hechos que originaron el funcionamiento del aparato jurisdiccional y

que por tanto, la parte demandante no quedaba exonerada de probar la existencia de los elementos configurantes de la responsabilidad.

En gracia de discusión, la atención obstetra será de resultado cuando el proceso del embarazo se haya desarrollado dentro de las circunstancias normales, contrario sensu, si en él han existido circunstancias desfavorables o eventos de gravidez, ya la falla o título de imputación ha de considerarse y/o adecuarse en cualquiera de los otros dos, es decir falla probada o carga dinámica, situación que a mi juicio es consecuente, toda vez, que a la administración no se le puede juzgar o prejuzgar por hechos ajenos a su voluntad, los cuales a la luz y el tamiz de la sana crítica, el hecho generador del daño ha de ser extraño a su proceder.

Al respecto, vale decir que, según el Maestro y Tratadista, EDUARDO COUTURE, “la carga de la prueba no supone pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de las partes; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de demostrar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea evidentemente un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo aforismo, es lo mismo no probar que no existir”.

En suma los pronunciamientos del Consejo de Estado, la *falla presunta* como título de imputación en el servicio obstétrico es la constante y así lo prescribe un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de 7 de abril de 2011 a través de la Sección Tercera

Subsección B, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio, numero de radicado: 17001-23-31-000-1995-02036-01(19801), donde reitera la jurisprudencia que cuando durante el periodo gestacional, es decir el periodo de embarazo, éste se desarrolló de manera normal, y sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado; así las cosas, la *ratio decidendi* de este pronunciamiento esta matizado por las premisas ya enunciadas en el trazado de este escrito, que en mi sentir justifican las razones o fundamentos del por qué la administración - entidades prestadoras de salud está llamada a responder cuando durante la prestación del servicio se produce un daño antijurídico, entendido como la lesión a un bien jurídico tutelado, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no tiene el deber jurídico de soportarlo; así las cosas, el derecho a la salud, como derecho de protección especial para la madre gestante dado su rango constitucional, adquiere especial relevancia y no puede ser quebrantado por dichas entidades.

En ese entendido, el Estado a través de sus organismos y éstas por medio de sus profesionales de la salud, son quienes deberán demostrar que su actuar fue prudente e idóneo, toda vez que el estado de post parto si la madre sobrevive, puede considerarse un estado de “debilidad manifiesta”, y por ello no sería coherente y justo que después de haber sido víctima de un *malpraxis*, se le encime a ella o a sus familiares la carga de probar todos y cada uno de los elementos que determinan la responsabilidad por la falla del servicio gineco - obstetra y así su reclamación pueda salir adelante y prosperar.

En realidad de verdad, la responsabilidad que se demanda por parte de las víctimas de esta clase de procedimientos es significativa, en tanto que los índices de mortalidad ya sea de madres como

del que está por nacer son considerables, si se tiene en cuenta que los avances de la medicina y la tecnología propiamente dicha, no pueden tolerar que estos indicadores tengan permanencia negativa y preocupantes en la sociedad colombiana.

De lo anterior, se colige que uno de los deberes del cuerpo médico y paramédico consiste en actualizar permanentemente su conocimiento, para evitar error en el diagnóstico, tratamiento o acto obstétrico, con miras a que la praxis sea oportuna e idónea, a efectos de salvaguardar la integridad de la paciente y del que está por nacer.

A este tenor, la actividad del Estado no se encuentra únicamente encaminada al logro de los derechos y a la salvaguardia de las libertades individuales, sino también a la búsqueda de mecanismos de protección de la familia, de la mujer y del menor, que en su conjunto determina la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho.

Como es sabido, la responsabilidad patrimonial del Estado se erige de manera formal en la órbita de la *malpraxis* de galenos en la actividad medica materno – infantil, que en oportunidades abandonan su compromiso, generando con ello existencia de indicios graves; así las cosas, bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición del contencioso en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños antijurídicos sufridos en el acto obstétrico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha confirmado la existencia de un indicio de falla, la cual debe ser desvirtuada por la entidad demandada, a través de cualquiera de los medios probatorios contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.

6. CONCLUSIONES

Como resultado de la exposición, de manera clara y objetiva, propongo en consideración que se ha sopesado la importancia de la prueba en el acto médico- infantil, permitiendo conocer y establecer que las políticas de Estado en materia de salud son insuficientes en sentido teórico práctico, lo cual ha forjado múltiples reclamaciones por parte de la comunidad especialmente de madres gestantes y/o sus familiares frente a sucesos adversos y a veces irreparables.

Así, queda claro que la reducción de la mortalidad materna es una tarea ardua y difícil que requiere del trabajo mancomunado de todos los órganos y poderes públicos, al igual que la colaboración de las organizaciones de la sociedad civil, en especial, las conformadas por los profesionales de la salud, los cuales comparten la responsabilidad social de asegurar que el proceso biológico del embarazo, a través de todas sus etapas, tenga un desarrollo digno para las mujeres.

La carga de la prueba en la prestación del servicio de ginecobstetricia, radica en uno de los dos extremos de la litis, o también puede ser dinámica. Según la posición adoptada en el transcurso de este trabajo, donde se proyectó la investigación en fuentes diversas como: jurisprudencia, doctrina, estadísticas, el Consejo de Estado viene avalando la existencia fundamental de un indicio de falla presunta en materia de la ginecobstetricia, que a cita de ejemplo más reciente se tiene la sentencia del Consejo de Estado del 7 de Abril de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 10 de febrero de 2000 exp. 11878, donde el sujeto procesal que debe desvirtuar el indicio de la culpa es la entidad accionada a través de cualquier medio probatorio.

En observancia de los pronunciamientos del Consejo de Estado, se ha transformado lo que hace algún tiempo venía manejando por medio de la falla probada del servicio, a la falla presunta, toda vez que la formulación de las reclamaciones se tornaban infranqueables al momento de aportar pruebas, en razón a la técnica y conocimientos de carácter científico que debía tener la víctima para demostrar que el proceder del galeno en la prestación del servicio fue contraria a sus aspiraciones y que causó un daño; así, la teoría de la falla presunta ha de ser a todas luces la más favorable en aras de proteger a la mujer y al que está por nacer como sujeto especial, y la que más se compadece con el cometido de que las entidades de salud en concurso con los organismos de salud brinden servicios de maternidad sin riesgos, con idoneidad, responsabilidad y oportunidad a la luz de los cánones 49 y 2º Constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Breve diccionario etimológico de la lengua castellana. (1999) Madrid: Editorial Gredos, S.A., 420 p.

Bustamente Alsina, J. (s.f) Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bogotá: s.n. 400 p.

Castañeda F. J. De la Responsabilidad médica. Revista Derecho & Medicina. Bogotá: s.n. s.f.

Colombia. Constitución Política de 1991.

Gherzi, Carlos A. Wingarten, Celia; Iglesias, Ana; Ferrari, Gloria y Waisman Beatriz. (1998). La Relación Médico-Paciente en la Responsabilidad Civil. Medellín: Ágora impresores, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Maestro - Doctrinante Eduardo Couture.

Mortalidad Materna: Otra cara de la violencia contra las mujeres – Consejo Superior de la Judicatura – UNFPA.

Ley 23 de 1981 Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

Sentencia 10 de febrero de 2000, exp. 11878. M.P. Dr. Ariel Hernández Enríquez

Sentencia 24 de octubre de 1990, proceso N° 5902

Sentencia 30 de Junio de 1992 Consejero Daniel Suarez Hernández: Falla Presunta del Servicio.

Sentencia C- 665 de 2000.

Sentencia 26 de Marzo de 2008 C.E. exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia 7 de Abril de 2011 C.E. exp. 17001-23-31-000-1995-02036-01 (19801) M.P. Ruth Stella Correa Palacio.