



**La responsabilidad civil en el error médico, abarcando la anticoncepción fallida y
las esferas de la responsabilidad médica**

Susana Pérez López
Tomas Gómez Correa

Monografía presentada para optar al título de Abogado

Asesor
Carlos Andrés Gómez García
Magister en bioética y bioderecho

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2024

Este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Tabla de contenido

| | |
|--|----|
| Resumen | 4 |
| Abstract | 5 |
| Introducción | 6 |
| CAPITULO I - CASO ANTICONCEPCIÓN FALLIDA: APROXIMACIONES DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA. | 8 |
| CAPITULO II - EVALUACIÓN INTEGRAL DE LAS PRINCIPALES ESFERAS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL CASO ESPECÍFICOS: UN ANÁLISIS DETALLADO..... | 17 |
| CAPITULO III - ETAPAS DEL ACTO MEDICO Y EL ERROR | 25 |
| Conclusiones..... | 30 |
| Referencias..... | 32 |

Resumen

Este trabajo corresponde a un estudio que busca la aproximación a la responsabilidad civil en el error médico, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, específicamente en la indagación de un caso de anticoncepción fallida, donde se evidenciaran los presupuestos de la responsabilidad civil y las diferentes esferas que atañen a la responsabilidad médica, enfocado en una perspectiva objetiva propendiendo por el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas inmersas en la sociedad colombiana; por medio de métodos como la revisión de providencias de las altas cortes, los postulados doctrinales de juristas reconocidos en la materia y la observancia de textos académicos sobre el tema en cuestión. Es importante explorar las diversas perspectivas jurídicas sobre el error médico en Colombia, con el fin de obtener una comprensión más amplia y completa del tema, contrastándolo con la doctrina existente. En conclusión, el objetivo principal de este trabajo es analizar el fenómeno del error médico y su relación con la responsabilidad civil, utilizando un caso específico de anticoncepción fallida como punto de partida, a través de la revisión de documentos, trabajos académicos, jurisprudencia y otras fuentes relevantes, se ha buscado comprender en profundidad cómo se desarrolla el error médico dentro de las distintas esferas de responsabilidad médica. Además, se pretende construir una visión fundamentada sobre este tema, contribuyendo de esta forma al conocimiento y debate en el campo del derecho médico.

Palabras clave: responsabilidad civil, anticoncepción fallida, responsabilidad médica, error médico, derecho médico.

Abstract

This work corresponds to a study that seeks to approach civil liability in medical errors from a doctrinal and jurisprudential perspective, specifically in the investigation of a case of failed contraception. It aims to highlight the prerequisites of civil liability and the different spheres related to medical responsibility, focusing on an objective perspective aimed at recognizing the fundamental rights of individuals in Colombian society. This is achieved through methods such as reviewing rulings from higher courts, the doctrinal principles of recognized jurists in the field, and the examination of academic texts on the subject. Exploring diverse legal perspectives on medical errors in Colombia is important to gain a broader and more comprehensive understanding of the topic, contrasting it with existing doctrine. In conclusion, the main objective of this work is to analyze the phenomenon of medical errors and its relationship with civil liability, using a specific case of failed contraception as a starting point. Through the review of documents, academic papers, jurisprudence, and other relevant sources, the study aims to deeply understand how medical errors unfold within the different spheres of medical responsibility. Additionally, it aims to construct a well-founded view on this topic, thus contributing to knowledge and debate in the field of medical law.

Keywords: civil responsibility, failed contraception, medical responsibility, medical error, medical law.

Introducción

La responsabilidad civil es una institución del derecho que lleva inmersa al interior del ordenamiento jurídico colombiano desde la promulgación del Código Civil de Andrés Bello en el año 1887, teniendo como referencia la Lex Aquilia Romana. A través de este instrumento, se introduce la idea de que el daño es fuente de obligaciones, por medio de la cual las personas propugnan por la reparación que surge del agravio que otro sujeto comete en contra de ellas, sin importar que su relación tenga un origen contractual o extracontractual.

Históricamente la medicina ha sido una de las profesiones más importantes en el desarrollo del ser humano y de las sociedades. No obstante, no es posible que su ejercicio se exima de las cargas que poseen todos los profesionales que hacen parte de una determinada población, el actuar del médico se debe ajustar a lo que dicta la *lex artis*, los deberes que surgen con ocasión de la ley y de las demás fuentes por medio de las cuales nacen obligaciones dentro del ordenamiento jurídico.

Así pues, este trabajo investigativo responde a la observancia de problemas que diariamente aquejan a los nacionales del conglomerado social colombiano, como la reparación de los daños que surgen en la relación médico-paciente, donde quienes acuden al sistema de salud para resolver los problemas desfavorables o para mejorar su estilo de vida, sufren perjuicios imputables a los profesionales de la salud y a las entidades que tienen a cargo la prestación mencionada.

La tesis que se propondrá a partir de la realización de esta producción escrita se basará en diferentes temas que incluirán los presupuestos de la responsabilidad civil en el acto médico y el estudio de las demás esferas de la responsabilidad médica de la siguiente forma. En primer lugar, se analizará un caso de anticoncepción fallida donde el juez y el *ad quem* encuentran responsable al médico por una conducta culposa atribuible a él, donde se prueba durante todo el proceso que su actuar causó un daño a

los demandantes; posteriormente se contrastará con el desarrollo doctrinal que existe sobre esta materia en cuestión.

De igual forma, es relevante señalar que la responsabilidad médica se divide en dos partes para llegar a la conclusión de que comprende cinco esferas principalmente, la primera se basa en el patrimonio, comprendido por la responsabilidad civil y la contenciosa administrativa, donde se busca una reparación o compensación por el daño causado, creando la posibilidad de traducir esto en valores económicos; por otra parte, se encuentra la sancionatoria que tiene como fundamento la responsabilidad penal, ética y disciplinaria, allí se tiene como soporte el reproche personal al sujeto.

Asimismo, se buscará la aproximación de la responsabilidad civil, en el estudio de sus elementos como la culpa, el nexo causal y el daño, correlacionado con el concepto de error médico desde una perspectiva jurisprudencial, doctrinal y las diversas corrientes que se utilizan como base para dirimir conflictos de esta clase. Teniendo en cuenta la noción y la importancia de la *lex artis*, las obligaciones derivadas del ejercicio médico como el deber de información, la prudencia y la diligencia que deben estar inmersas en cada intervención que haya entre el médico y el paciente.

Materiales y métodos.

El método utilizado al interior del trabajo investigativo se basa en los datos cualitativos, donde se destaca principalmente la recolección documental de artículos de revista, tesis de grado, capítulos de libros y material jurisprudencial, a partir de indagación no experimental, es decir, de la simple interpretación y la observancia de los textos mencionados para llegar a las conclusiones oportunas sobre la materia estudiada. Las principales fuentes consultadas fueron Lexbase, Google Scholar y Vlex herramientas fundamentales para el desarrollo efectivo de esta investigación, además se destacan las providencias judiciales por medio de las cuales se pudo extraer el caso en el que se desarrolla gran parte del trabajo realizado.

CAPITULO I

CASO ANTICONCEPCIÓN FALLIDA: APROXIMACIONES DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA.

El desarrollo de la actividad médica comprende diferentes esferas que van más allá de la simple observancia de la realización de un determinado procedimiento o tratamiento médico; el análisis de las conductas desplegadas por un profesional de la salud, en este caso un médico, se deben evaluar a partir del seguimiento de las diversas fases que se experimentan al interior de la relación médico-paciente, donde se destacan la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, allí se introducen los derechos y deberes que emanan del rol que tiene cada sujeto del vínculo mencionado anteriormente. De esta forma, se destacan deberes como el de información y el actuar conforme a la *lex artis* que asume el galeno al atender a un paciente que acude a él por un hecho negativo previo, con intención de mejorar su estilo de vida o un tratamiento con miras a evitar un determinado resultado. Entonces si el médico desconoce alguno de sus deberes a través de una conducta culposa atribuible a él, que le genere un daño a su paciente, incurrirá en responsabilidad civil médica.

Será pertinente exponer conceptos como el de *wrongful conception*, denominado de esta forma por la doctrina en el derecho comparado, o anticoncepción fallida como se traduce esta figura al español, para entender el caso que se analizará al interior del capítulo actual y en general a lo largo del trabajo. Partiendo de ello, la anticoncepción fallida se definirá como lo propone Bastidas:

“Cuando ha existido un tratamiento o intervención médica con un fin anticonceptivo y no se obtiene los resultados esperados, no por el margen normal de error del método, sino porque ha mediado la imprudencia, negligencia o impericia, es decir la culpa o la falla por parte del prestador del servicio de salud, quien ha omitido la observancia de la Lex artis, el deber de obtener un consentimiento informado, o por una indebida praxis médica en una operación anticonceptiva.” (2021, p. 199).

Partiendo de esta idea, se debe tener en cuenta que las obligaciones del médico, salvo algunas excepciones, son de medio y no de resultado, precisamente por el aleas que supone la práctica médica a partir del conocimiento que se ha adquirido a lo largo de los años por parte de la ciencia, donde existen factores que el galeno no puede prever teniendo como base lo que le indica la *lex artis*, ni su propia experiencia. Por consiguiente, como lo menciona la cita presentada anteriormente, los métodos anticonceptivos tienen ciertos márgenes de error previstos por la literatura y al médico no se le imputa la responsabilidad por estar inmerso en un caso donde el método falla, su señalamiento se hará por conductas donde desconozca o realice conductas que vayan en contra de lo que la *lex artis* indica y por su actuar frente al paciente, de manera previa o posterior, en lo relativo a su deber de información en los diferentes momentos en lo que se le impone la carga de explicar todo lo que concierne a su procedimiento o tratamiento.

Ahora bien, numerosos autores que exponen sus postulados sobre *wrongful conception*, señalan que es necesario distinguir en qué momento se observa la negligencia o el error con el que actúa el médico, en los escenarios por medio de los cuales incurre en faltas, que se derivan en situaciones donde adoptan la posición de sujetos pasivos de responsabilidad civil médica, con la obligación de indemnizar a los pacientes que sufren algún daño a partir de sus conductas. En el caso examinado estamos en presencia de lo que Medina expresa como:

Eventos de negligencia posterior:

- *Omisión de información frente al fracaso del procedimiento. Allí los profesionales de la salud desatienden el deber de informar al paciente sobre el fracaso de la vasectomía o la ligadura de trompas y omiten poner en su conocimiento el riesgo de un embarazo no deseado.*
- *La no realización o la ejecución defectuosa de exámenes respecto de fertilidad (espermogramas o histerosalpingografía), con posterioridad a la realización de un procedimiento anticonceptivo ligadura de trompas o vasectomía.*

Estos casos en la realización de pruebas posoperatorias también han sido llamados “falta negligente”, que abarcarían cuando el galeno tratante informa que las pruebas postoperatorias de infertilidad fueron exitosas y que el paciente estaba esterilizado, sin embargo, dicha pruebas al tomarse de manera errónea conllevan a la producción del embarazo que se trató de evitar. En tal virtud, lo que se pone en juego aquí, es la confianza que deposita el paciente en el médico que, si bien emite una opinión, esta debe tener como base unos resultados obtenidos en debida forma e interpretados en igual sentido, esto es, bajo la lex artis. (2021, p. 19).

De modo que no se rechaza o cuestiona el procedimiento como tal de una vasectomía que se le realiza a un paciente que acude al médico con la intención de ejercer su derecho fundamental a la libertad reproductiva, consagrado en la Constitución, en realidad se reprocha que el galeno no haya cumplido con lo presentado en la cita anterior, específicamente en los dos primeros apartados. En primer lugar, es fundamental que al paciente durante el espermograma se le indique que es necesario continuar con métodos anticonceptivos porque la vasectomía no fue efectiva y el recuento de espermatozoides indica que aún puede embarazar a una mujer. Además, es obligación del médico enviar otro examen para validar si el anterior se ejecutó de manera defectuosa o fue la vasectomía que no se hizo de forma correcta. Lo anterior se desarrollará a profundidad con el estudio de un caso concreto que sucedió en la ciudad de Medellín, donde se profirieron sentencias en primera y segunda instancia, condenando a un médico y a la entidad a la que se encontraba adscrito al momento del desarrollo factico del incidente que terminó en una demanda de responsabilidad civil médica.

Análisis sobre la sentencia con radicado 05001-31-03-007-2017-00287 00 proferida por el juzgado séptimo civil del circuito de oralidad

“Como regla general del derecho, quien ocasione un daño está obligado a

indemnizar al afectado, y el ejercicio profesional de la medicina no está exceptuado

de tal regla.”

(Juzgado séptimo civil del circuito de oralidad, Rad. 05001-31-03-007-2017-00287 00, 2022, p.1)

El juzgado séptimo civil del circuito de oralidad se pronunció inicialmente frente al tema de la anticoncepción fallida, donde también abarca temas relevantes como: la responsabilidad médica, los elementos estructurales de esa responsabilidad, el deber de información para con el paciente, las wrongful actions, pronunciamiento de jurisprudencia internacional sobre estos temas, etc...

En las consideraciones iniciales, se hace referencia a la opinión frecuente de la Corte Suprema de Justicia, que sostiene que la provisión de servicios de salud está vinculada al principio de benevolencia. Este principio establece que quienes participan en la prestación de servicios de salud tienen la responsabilidad de promover el bienestar de los usuarios. Así mismo, se afirma que la responsabilidad del médico solo se configura en el ámbito de la culpa, como lo asegura el alto tribunal en la sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430, entendida la responsabilidad del médico:

“no como una impericia en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la lex artis...” (Sentencia 2003, citado en Sentencia 05001-31-03-007-2017-00287 00, 2022, p.2)

A su vez, frente al deber de información para con el paciente, se menciona la importancia de la extensión de la misma en actividades posteriores con ocasión a la intervención realizada, es decir, dicha información debe darse tanto en el momento de una intervención médica, o al momento de dar un diagnóstico sobre una afección o enfermedad y también en lo que ocurra o pueda ocurrir después de esto.

Ahora bien, en el tema específico de la anticoncepción fallida o wrongful conception, existe cada vez más información de la misa, tanto por parte de la doctrina, como de la misma jurisprudencia. El daño derivado de la anticoncepción fallida, es decir, Cuando falla el método anticonceptivo y un niño no deseado nace sano, los padres pueden demandar por daños relacionados con el nacimiento. Esto implica buscar compensación por cualquier perjuicio que consideren que ha surgido debido a tener un hijo no planeado. Aunque es de gran importancia mencionar que se ha planteado que lo que puede ser compensado no es el simple hecho del nacimiento, sino los daños económicos o emocionales que resultan de él. Es decir, los problemas causados por el embarazo que la pareja intentó prevenir pero que, debido a un error médico, no pudieron evitar.

En el asunto sub examine, la parte que presenta la demanda señala principalmente dos errores en el tratamiento médico por parte de los acusados. Por un lado, argumentan que hubo un error al interpretar los resultados del espermograma durante la consulta del 6 de noviembre de 2012, por otro lado, afirman que no se obtuvo un consentimiento informado adecuado del paciente después de haber revisado el examen solicitado por el médico tratante.

En este caso, el daño ocurrió no debido a un riesgo mínimo inherente a los procedimientos médicos, sino a un error cometido por el médico que atendió al demandante. Independientemente de las discusiones morales, éticas o filosóficas, es importante reconocer que una concepción no deseada, resultado de un error médico, puede causar un daño a un bien protegido legalmente y, por lo tanto, merece compensación.

En resumen, al establecerse el daño y la violación a esta garantía constitucional, surge el derecho a reclamar una indemnización. Este daño resarcible está vinculado al menoscabo sufrido por un derecho constitucionalmente protegido.

En efecto, la conducta indebida lesionó principalmente el derecho reconocido por la ley de decidir tener o no tener un hijo, y este perjuicio también afectó otros aspectos

psíquicos de la persona, que pueden ser considerados como daño moral y en la vida en relación

Finalmente, la sentencia en primera instancia con radicado 05001-31-03-007-2017-00287 00, del juzgado séptimo civil de circuito de oralidad resolvió de la siguiente manera:

Primero: *declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por Estudios e Inversiones médicas S.A. –Esimed SA-*

Segundo: *Declara no probadas las demás excepciones planteadas por la parte demandada.*

Tercero: *Declarar civilmente responsable a Pablo Fernando Salgado Salgado y a la*

EPS Saludcoop –en liquidación-, de los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia del error médico cometido en las atenciones médicas recibidas

por Alcides de Jesús gallego Toro en la lectura del espermograma realizado fruto del procedimiento de vasectomía.

Cuarto: *condenar a la parte demandada y en favor de la demandante a pagar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, en las siguientes sumas:*

-40 SMLMV para cada uno de los demandantes por la afectación a un bien constitucionalmente protegido.

-20 SMLMV para casa uno de los demandantes por perjuicio moral.

-20 SMLMV para cada uno de los demandantes por daño a la vida.

-\$143.531.067 por daño emergente consolidado y futuro.

Quinto: *costas a cargo de la parte demandante y en favor de Estudios e Inversiones*

médicas S.A. –Esimed SA-. Por agencias en derecho se fija la suma de \$23.114.703.

Sexto: *Costas a cargo de la parte demandada y en favor de los demandantes. Como*

agencias en derecho se fija la suma de \$38.524.505. (2022, p. 27 – 28)

Análisis sobre la sentencia con radicado 05001 31 03 007 2017 00287 01 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en su Sala Cuarta de Decisión Civil.

El ad quem, frente a la condena en primera instancia que se estudió previamente, se pronunció acerca del recurso de apelación que interpusieron los demandados del proceso, llevándose a cabo el análisis en segunda instancia por parte de este cuerpo colegiado donde se observa su pronunciamiento sobre temas como las obligaciones que tiene el galeno, los derechos fundamentales que posee el paciente, el estudio de los daños que sufrió la pareja demandante, la responsabilidad de la institución a la que estaba adscrito el profesional, los riesgos inmersos en la práctica médica, entre otros conceptos y tópicos abordados en esta sentencia. Para abarcar lo presentado anteriormente, el Tribunal citó diferentes fuentes doctrinales y jurisprudenciales, además de su propio criterio para resolver el caso en cuestión, donde se evidenció la aplicación de diferentes conceptos como el de wrongful conception para solucionar el conflicto de responsabilidad civil médica suscitado entre las partes.

Inicialmente, el Tribunal en sus consideraciones empieza con el aspecto que incluye el análisis de la actividad que realiza el médico en general y la solidaridad que existe entre él y la institución a la que está adscrito. Frente al ejercicio de la medicina, se expone que no se debe tener en cuenta como una acción peligrosa por sí misma, debido a la constante aplicación y a la importancia que esta ciencia tiene en la vida de las personas, mencionando que la responsabilidad del galeno sólo podrá contemplarse a través del concepto de la culpa probada, donde se deben tener en cuenta las obligaciones que surgen de la relación médico-paciente, que consiste en utilizar todos los medios para curar al enfermo, sin que sea posible afirmar la presencia de una conducta imputable al profesional por la falta de sanación del mismo. Además, cita el artículo del Código Civil que habla sobre la responsabilidad solidaria y a los deberes in eligendo e in vigilando sustentados doctrinalmente, para aseverar que por estos conceptos la entidad

prestadora del servicio de salud es responsable así no realice, de forma material, la atención al paciente.

Ahora bien, frente al deber de información que tiene el médico, comprendido como el consentimiento informado, el Tribunal cita la sentencia SC 7110 – 2017. Rad. 005001 – 31 – 03 – 012 – 2006 – 00234 – 01 de la Corte Suprema de Justicia en su sala civil, para expresar que:

En consecuencia, deónticamente, el consentimiento informado en materia de responsabilidad médica, tiene la categoría de principio autónomo. Ello es relevante en tanto al elevar su naturaleza jurídica a la categoría de principio, su alcance normativo cobra efectos interpretativos diferentes en relación (ponderación) con otros principios constitucionales y en la garantía de ciertos derechos fundamentales... (2017, p. 42)

Cabe señalar, desde lo referido, que la relevancia que toma la figura del consentimiento informado es tan superior que alcanza el nivel de un principio autónomo, encontrando el argumento para que al paciente se le reconozca en cualquiera de las fases de su tratamiento o del servicio que le brinda el galeno. En este caso, lo que precisamente le es imputable a Salgado Salgado es que falló en el período de seguimiento y control de la vasectomía al no informar lo que el espermograma señalaba, desconociendo la literatura e informando indebidamente al señor Alcides, codemandante en el proceso, sobre la deficiencia de su procedimiento y las recomendaciones a seguir.

Igualmente, el cuerpo colegiado hace referencia a la afectación moral que sufrieron los demandantes por el desconocimiento de su derecho, constitucionalmente amparado, a la autodeterminación reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad.

Adicionalmente, se incluye el concepto del perjuicio a la vida en relación para culminar con los daños inmateriales que tuvieron que soportar a raíz del actuar culposo del médico demandado y de la EPS subsidiariamente. No obstante, lo expuesto en la

sentencia de primera instancia sobre la afectación a un bien constitucionalmente protegido fue subsumido por los perjuicios morales mencionados al principio de este apartado, para evitar una doble indemnización producto de una misma causa jurídica. Finalmente, el Tribunal Superior, sala cuarta decisión civil, decide revocar los valores reconocidos por el ad quo sobre el daño emergente consolidado y futuro acerca de los alimentos a los que tiene derecho la menor Luciana, que ahora deberán asumir los demandantes, bajo el argumento de que:

Es claro que en los eventos de anticoncepción fallida, no es posible cargar a los agentes, en razón de la trasgresión al deber de información médico y el derecho a la autodeterminación reproductiva del paciente, con los gastos de crianza de quien no se esperaba concebir, como quiera que en el estado actual de la ciencia y, particularmente, en la utilización de métodos anticonceptivos como el analizado, no es posible garantizar en forma plena la efectividad de un determinado método anticonceptivo. Por lo que, adoptar posición jurídica contraria, para atribuir a los demandados el daño emergente deprecado, equivaldría a ubicar las obligaciones del galeno Salgado Salgado y a la solidariamente responsable Eps Saludcoop en liquidación, en las denominadas como de resultado, amén de desconocer el fundamento legal de la obligación alimentaria. (2023, p. 46).

En conclusión, a través del análisis de las providencias expuestas a lo largo de este capítulo fue posible el acercamiento a los presupuestos que abarcan la responsabilidad civil médica, donde no es posible aseverar que los deberes u obligaciones del galeno culminan con la práctica de determinado procedimiento o que en fases previas no existen tales, se evidencia que el ejercicio de la medicina es integral y comprendida desde el primer acercamiento que tiene el paciente a la institución que le brinda el servicio de salud, hasta las últimas recomendaciones y controles que se realizan de forma posterior a cualquier tipo de actuación que surge con ocasión del vínculo médico-paciente. Asimismo, se logró la observancia de las diferentes obligaciones y de la asimetría que se ostenta en la relación sobre la cual versa todo el capítulo, el galeno

debe seguir al pie de la letra lo que expresa la literatura, la *lex artis* y la ley en el ejercicio de su profesión, sin que sea válido expresar que la actividad que lleva a cabo sea por sí misma tomada como peligrosa. El desarrollo de conceptos como *wrongful conception* o anticoncepción fallida cada día tiene más evolución en ámbitos doctrinales y jurisprudenciales, lo que permite que a las personas se les reconozca sus derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos de manera correcta, íntegra y ajustada al ordenamiento jurídico propio de un Estado social de derecho.

CAPITULO II

EVALUACIÓN INTEGRAL DE LAS PRINCIPALES ESFERAS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL CASO ESPECÍFICOS: UN ANÁLISIS DETALLADO.

El concepto de responsabilidad médica comprende diferentes esferas del derecho, a pesar de que normalmente se utiliza su concepto de forma restrictiva para hablar de la responsabilidad civil médica o de la misma en lo concerniente al derecho penal. Luego de lo expuesto, es preciso anotar que este fenómeno no es abarcado únicamente por las dos esferas mencionadas, ni son las únicas ramas que se encargan de dirimir los conflictos que surgen con ocasión de la profesión que ejercen los galenos, allí también es posible denotar tres ámbitos del derecho donde se incurre en algún tipo de responsabilidad o donde el médico, la entidad a la que se encuentra adscrita y demás profesionales de la salud pueden acarrear diferentes sanciones que dispone el ordenamiento jurídico en materia ética, disciplinaria y administrativa. Es así como nace la importancia de incluir este capítulo al interior del trabajo investigativo que se ha desarrollado de conformidad con el análisis del caso en concreto presentado en el acápite anterior y con el estudio que se planteará a continuación sobre las esferas de la responsabilidad médica con sus implicaciones en el acto médico.

No obstante, todas las personas debemos ser consideradas como iguales, principio consagrado a partir de disposiciones constitucionales y legales, existen casos donde no es posible aplicar este axioma del derecho. En la relación médico-paciente se encuentra un desbalance que permite observar que el galeno se encuentra en una

posición de superioridad frente al individuo que no ostenta dicha calidad, basándose en dos aspectos fundamentalmente; el primero hace referencia al conocimiento que adquiere el profesional de la salud a lo largo de su vida profesional, teniendo en cuenta desde el momento en el que inicia sus estudios, hasta el último nivel académico logrado, además, señalando que debe estar en constante actualización para no caer en la obsolescencia dentro del ejercicio de sus labores y que sus años de práctica también deben ser tenidos en cuenta a la hora de hablar de este elemento cognoscitivo. En segundo lugar, se encuentra la vulnerabilidad que detenta el paciente por la enfermedad o la necesidad de acudir al centro de salud donde espera curarse, superar o incluso mejorar su vida a través de las conductas que debe desplegar el galeno en su beneficio, generalmente la práctica de la medicina es reactiva, por lo que es posible explicar el argumento presentado desde la perspectiva de que el paciente tiene una afectación que muestra el desequilibrio que hay entre ambos sujetos, el galeno se encuentra en óptimas condiciones para desplegar las conductas propias de su deber y el individuo está inmerso en un panorama negativo que evita el desarrollo adecuado de su cotidianidad.

La responsabilidad médica en materia civil

El derecho civil continúa siendo una de las áreas más importantes del ámbito jurídico. Además de ser considerado a lo largo de los años el derecho común.

Este derecho se ocupa de las interacciones jurídicas. Por lo tanto, si queremos rastrear los orígenes del Derecho Civil, debemos remontarnos a los momentos en que los seres humanos, como seres sociales, se integraron a la vida comunitaria y comenzaron a organizarse en sociedades. Es en ese contexto cuando empezaron a definir y reconocer los derechos individuales y colectivos.

Ahora bien, abarcando el tema de medicina, esta se destaca por ser la única ciencia encargada de la salud humana y todo lo que esto abarca. El trabajo profesional de la medicina requiere mucha atención y se dirige especialmente a hacerle el mayor de los bienes a su paciente, por ende, hacer la beneficencia para y por el paciente es de los objetos principales de esta ciencia. En palabras del tratadista francés Savatier, "La

naturaleza del arte del médico le impone también el papel de consejero, de un protector del enfermo, que recurre, o cuya familia recurre, a sus cuidados. De una parte, el enfermo es por definición un ser débil, incapaz de protegerse completamente él mismo, y que se dirige precisamente al médico para esta protección. De otra parte, la naturaleza de la prestación médica es tal que el enfermo, ser humano, se abandona por entero, en gran número de casos, a la merced del médico". (pp. 44)

Así mismo, es importante enfatizar en el tratamiento jurídico que se le da a este ejercicio profesional, aseverando que se trata de una responsabilidad civil contractual, según lo expresado por la corte suprema *"La responsabilidad civil y por lo tanto la profesional puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro"*

En cuanto al ejercicio profesional, la norma general es aplicar la responsabilidad civil contractual, ya que la mayoría de los servicios médicos profesionales están precedidos por un contrato.

Teniendo esto claro desde el punto de vista de la responsabilidad médica, el interés del acreedor es el que determina el grado de diligencia a cargo del profesional, teniendo en cuenta todas las obligaciones que acarrea tener esta profesión y cumplir con la *lex artis* de la misma. El incumplimiento de las obligaciones que se le exigen al profesional sería simplemente una falta disciplinaria. Para resolver un caso de responsabilidad civil médica, un juez debe analizar la conducta del médico involucrado para determinar su grado de culpa y responsabilidad. Para ello, comparará su comportamiento con el de un médico prudente y diligente que siempre cumple con sus obligaciones profesionales, especialmente las exigidas por la ley.

Por último, es importante ahondar en el tema de la carga de la prueba y cómo ha evolucionado a lo largo del tiempo en materia civil, según Philippe le Tourneau, citado por Tamayo Jaramillo, afirma que *"En ciertos contratos el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia y diligencia. El*

contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendiente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta determinada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento" (pp. 19)

Con base a lo anterior, podemos aseverar que la obligación medica es de medio, es decir, en estas obligaciones el deudor, en este caso, el médico, se obliga a poner unos medios tendientes a que con ellos se produzca un resultado. La jurisprudencia y la ley han venido ahondando en el tema y a través del artículo 167 del Código General del Proceso, se llega la conclusión de que el que debe probar, es aquel que se considera en mejor posición para probar "... *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...*" (ley 1564/2012)

La responsabilidad médica en materia penal

El derecho penal tiene diferentes funciones y cumple determinados fines en la sociedad, tal y como lo expresa Carnevali (2008)¹ haciendo referencia al concepto de ultima ratio, donde señala que

El Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas —formales e informales—. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

Cómo se indicó, este instrumento sólo deberá ser utilizado en una determinada situación en la cual sea necesario que el Estado intervenga y haga uso del ius puniendi, que detenta de manera definitiva, para que la sociedad no sufra ciertas consecuencias nocivas para el tejido mismo, por el que deben velar las instituciones encargadas de la protección de los bienes jurídicos de los individuos al interior de un territorio. En consecuencia, en cada caso en concreto, será necesario evaluar la obligatoriedad de utilizar este mecanismo, donde se introducen las sanciones más graves que puede sufrir una persona, denominada sujeto activo de un tipo penal, para prevenir la comisión de un delito, reparar a las víctimas y velar por la solución del agravio que padece todo el conglomerado social.

De modo que, al sumergirse al terreno de la responsabilidad médica, resulta fundamental determinar la existencia de los diferentes mecanismos introducidos en el ordenamiento jurídico, cuando por la conducta del galeno haya lugar a un daño o agravio atribuible al profesional, será menester colocar en funcionamiento los instrumentos que posee el paciente para que haya una reparación por el hecho que sufrió. La aplicación del derecho penal deberá ser de carácter subsidiario y excepcional, además de que tiene requisitos muy específicos para indicar que la conducta de un individuo se encuadra en un tipo penal, debido a que por regla general instituciones como la responsabilidad civil y las sanciones en materia disciplinaria para el galeno, en principio, serán suficientes para cumplir con la reparación mencionada anteriormente. Asimismo, se debe analizar la importancia que tiene la medicina al interior de la sociedad, teniendo en cuenta que esto es lo que legitima al derecho para velar por la protección de los hechos lesivos que surgen con ocasión del ejercicio de los profesionales de la salud, es pertinente señalar que la ciencia de la salud es uno de los pilares que tiene un determinado conglomerado social; a lo largo de la historia se ha observado que gracias a la misma, el ser humano tiene mejores condiciones y calidad de vida para hacer parte de su colectividad, cumpliendo de esta forma determinadas funciones y roles que tiene cada individuo.

Por consiguiente, se encuentra que el derecho penal es el medio para alcanzar el fin mismo de la protección de los bienes jurídicos más importantes de los que son titulares los seres humanos. Al médico se le hace un reproche personal principalmente por la

afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos como la vida y la integridad física, teniendo en cuenta que su conducta normalmente se puede encuadrar en tipo penales como el homicidio o las lesiones personales, sabiendo que el ejercicio de la medicina se basa en curar o tratar enfermedades que normalmente afectan la esfera física del ser humano y excepcionalmente la psíquica, que también se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico penal al introducirse en los bienes tutelados mencionados.

Para incurrir en responsabilidad penal es menester reconocer los elementos de la conducta punible que son la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, el adecuar una acción a lo señalado parte de la idea de que esté consagrado como delito en el código penal, cumpliendo con el principio de legalidad y demás requisitos para estar en presencia de un injusto reprochable a un sujeto activo. El hecho por el cual surgió este trabajo de investigación tiene como fundamento un proceso en contra de un urólogo como se observó en apartados anteriores, una vez hecha esta precisión y en consecuencia de lo señalado en este acápite, no es posible indicar que el médico declarado responsable civilmente haya incurrido, al mismo tiempo y por la conducta desplegada, en un delito; se comprende que en el supuesto de hecho analizado no se está en presencia de ningún tipo penal, la conducta del urólogo no se adecua a los preceptos del Código Penal ni se cumple con aspectos como el de ultima ratio presentado en la fase preliminar de la subdivisión propuesta para las diferentes materias que atañen a la responsabilidad médica en este capítulo, la responsabilidad civil era el mecanismo idóneo para reparar a la pareja que sufrió los perjuicios en sus derechos personales, sexuales y familiares.

La responsabilidad médica en materia ética

El médico tiene diferentes cargas a la hora de prestar el servicio de salud, algunas de ellas se pueden observar de manera interdisciplinaria, porque el ejercicio de cualquier profesión hace que el sujeto se vea inmerso en obligaciones encaminadas a proteger a las personas que esperan que su prestación se lleve a cabo de la mejor manera posible, en este apartado se hablará de la ética en el acto médico, cómo se observa al interior de la sociedad, cuál es su regulación más relevante y el procedimiento por

medio del cual se le imponen sanciones a los galenos que no cumplen los deberes que tienen proscritos.

Alrededor del concepto de acto médico se encuentran diferentes nociones que se deben estudiar para comprender los ámbitos de la ética que posee el médico en su ejercicio profesional y en los momentos que no es posible aseverar que se encuentra en el marco de sus funciones, justo como lo expresa Vera (2013)² al señalar que

El acto médico se refiere a los que realiza el profesional de la medicina en el desempeño de su profesión frente al paciente (Ética Médica Individual) y a la sociedad (Ética Médica Social). Los actos que lleve a cabo en función de su vida privada, no profesional, caerán en el campo de la Ética General, la misma que permite juzgar los actos de cualquier persona. Es toda acción o disposición que el médico realiza en el ejercicio de su profesión en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico, así como los que se deriven directamente de éstos.

Se comprende de esta forma, que debe haber una distinción en la ética médica individual y la ética médica social, exponiendo que el galeno deberá propender por el respeto y el reconocimiento de ambas en su actuar, sabiendo que la práctica de la medicina comprende situaciones preventivas y reactivas en el tratamiento de enfermedades o el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, asimismo, debe tener límites desde diferentes regulaciones e instituciones del derecho para evitar que se desborde su ejercicio, realizando acciones en contra de lo dictado por la literatura donde se encuentra todo el estudio de la medicina, la experiencia, las sanas costumbres y la práctica médica.

Actualmente, la regulación más importante en materia de ética médica se encuentra en la Ley 23 de 1981, a pesar de que ha sido sometida a diferentes modificaciones, su tenor se mantiene firme y es la base de los procedimientos que se realizan en contra de los galenos que van en contra de los postulados que allí reposan como mandatos o prohibiciones en el acto médico. La ley introduce aspectos fundamentales como la relación médico-paciente, el vínculo que atañe al galeno con sus respectivos colegas, la historia clínica, el secreto profesional, la unión del profesional de la salud con las instituciones, la sociedad y el Estado, los órganos de control y el régimen disciplinario que los atañe, incluyendo el proceso y las sanciones en las que pueden incurrir. De

esta forma, es pertinente introducir uno de los principios que habla sobre el ejercicio de la medicina, presentados por el Congreso de la República (1981)³ en el primer artículo, de la siguiente forma:

La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

Reconociendo que la medicina tiene una trascendencia superlativa en la sociedad, que llevó a que el derecho la regulara a través de los diferentes mecanismos legislativos, para propender por la protección del individuo que hace parte del sistema de salud en cualquiera de sus calidades.

El caso en concreto que ha sido el pilar fundamental del trabajo de investigación desarrollado se basó principalmente en juzgar el actuar del médico desde la responsabilidad civil y todas las implicaciones que se observaron tanto en este capítulo como en el precedente. Sin embargo, el urólogo que llevó a cabo la lectura errada del espermograma pudo haber sido llevado ante el Tribunal de Ética Médica de Antioquia, sin que ello resultara como una violación al principio de non bis in ídem, al respecto la Corte Constitucional (1995)⁴ en su providencia C-259 de 1995, al analizar la constitucionalidad de algunos preceptos introducidos en la Ley 23 de 1981, expresó que

No se da una violación al precepto citado, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello nada impide que de la

falta disciplinaria en que eventualmente incurra un profesional de la medicina por sus actos u omisiones en ejercicio de su actividad profesional, que acarrea las sanciones correspondientes a la violación al régimen disciplinario ético médico, pueda así mismo, al quebrantar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia, ser responsable penal, civil o administrativamente, de hechos u omisiones que infrinjan los respectivos estatutos, que lo hacen acreedor de las sanciones correspondientes, diferentes a la disciplinaria.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, el urólogo pudo haber estado inmerso en dos procesos diferentes por la conducta desplegada en contra de la familia que sufrió las consecuencias de su actuar, sin que se afectara su derecho fundamental al debido proceso. Por el momento, no se inició un juzgamiento por parte del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, el médico que desplegó la conducta estudiada en momentos precedentes del trabajo en cuestión sólo fue hallado responsable civilmente de los perjuicios causados a la pareja y a sus derechos reproductivos, sociales y familiares. El análisis presentado hace parte del estudio académico e investigativo que se llevó a cabo de las sentencias de primera y segunda instancia señaladas a lo largo del escrito.

CAPITULO III

ETAPAS DEL ACTO MEDICO Y EL ERROR

El error es una situación inherente a todos los seres humanos, independiente de su profesión, rol u oficio desempeñado al interior de la sociedad. Sin embargo, existen errores que se pueden prevenir al cumplir con los requisitos propios de las funciones que se desempeñan con ocasión de su ejercicio profesional, este será uno de los criterios al momento de determinar la imputabilidad de un error al médico que vaya en contra de lo que se prescribe como correcto o válido a partir de las diferentes fuentes de conocimiento adquiridas a lo largo de su carrera. A continuación, se tratarán aspectos como las diferentes fases del acto médico, los tipos de mala práctica desde la culpa y la relación con el caso en concreto que se ha estudiado durante todos los apartados del trabajo.

El acto médico tiene fases por medio de las cuales se desarrolla todo el vínculo de la relación médico-paciente que se lleva a cabo con ocasión de curar, tratar, mejorar o superar una afectación del individuo que acude al profesional capacitado; las etapas se deben individualizar desde el primer acercamiento que se lleva a cabo entre los dos, hasta la rehabilitación y cura del padecimiento que sufre la persona, teniendo en cuenta que hay situaciones donde no es posible hablar de una solución permanente o definitiva de la condición desfavorable del sujeto, sin que sea atribuible al galeno. Cada caso tendrá sus especificaciones y por ende, sus formas de analizar lo que se busca proponer en este último capítulo.

Las etapas que están inmersas en toda la actuación que realiza el médico con miras a curar al paciente se pueden agrupar en tres grandes fases, el diagnóstico, el tratamiento y los resultados. En primer lugar, se desarrollará todo lo concerniente al diagnóstico, en este momento del acto médico se debe analizar todas las acciones que ejecutan ambas partes, sujetos de derechos y obligaciones correlativas, desde que el paciente llega al consultorio por primera vez hasta que se toma la decisión del tratamiento que va a tener su determinada enfermedad; teniendo en cuenta la consulta, la inspección corporal, el análisis de los antecedentes, los posibles exámenes a practicar necesarios junto con el resultado de los mismos, ventajas y desventajas de cada procedimiento a seguir y cualquier otro elemento que informe, plantee, instruya, muestre y se le recomiende al paciente para cumplir el fin de su acercamiento al consultorio del galeno. Desde esta fase y hasta el último contacto que tiene el paciente con el médico en la etapa de los resultados, con su respectiva rehabilitación y recomendaciones, surge un documento llamado historia clínica, sin duda alguna es el elemento más importante, haciendo referencia a la recopilación de información del paciente, cada actuación del médico y demás situaciones que acontecen en el tratamiento respectivo del padecimiento de la persona, dependiendo de su condición, deberán reposar en dicho instrumento. Además, es el medio por el cual los demás profesionales de la salud conocerán sus antecedentes y condiciones generales para posteriores procedimientos. Igualmente, Vera (2013) habla de otros aspectos donde se destaca la importancia de la historia clínica, al indicar que dentro del contexto médico

legal y deontológico del ejercicio de las profesiones sanitarias, la historia clínica adquiere su máxima dimensión en el mundo jurídico, porque es el documento donde se refleja no sólo la práctica médica o acto médico, sino también el cumplimiento de algunos de los principales deberes del personal sanitario respecto al paciente: deber de asistencia, deber de informar, etc., convirtiéndose en la prueba documental que evalúa el nivel de la calidad asistencial en circunstancias de reclamaciones de responsabilidad a los profesionales sanitarios y/o a las instituciones públicas. La historia clínica tiene como finalidad primordial recoger datos del estado de salud del paciente con el objeto de facilitar la Atención médica.

Continuando con el tema, se encuentra la segunda gran etapa del acto médico denominada tratamiento, allí se lleva a cabo todo lo que se planteó en el diagnóstico, teniendo en cuenta principalmente los resultados de los exámenes y el camino más conveniente para el paciente, materializando todo el procedimiento al que se someterá la persona luego del consenso que surge a partir de las conclusiones a las que deben llegar ambos sujetos, posterior a la debida información que suministra el galeno, el entendimiento del sujeto que padece la enfermedad y su consentimiento expresado por cualquiera de las formas posibles, dependiendo de su capacidad para emitirlo. El deber de información por parte del médico y el derecho correlativo que tiene el paciente receptor del mismo, ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, en la providencia SC7110-2017 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil (2017) expuso en ese orden de ideas, la información dada debe ser: i) veraz, en cuanto el médico no puede omitirla o negarla, pues carece de la facultad de decidir lo mejor para el enfermo, si éste goza de capacidad de disposición de sus derechos; ii) de buena calidad, mediante una comunicación sencilla y clara, con el fin de que el interlocutor comprenda la patología padecida y el procedimiento a seguir; y iii) de un lenguaje comprensible, entendible, pues en muchas ocasiones lo técnico resulta ininteligible, confuso e incomprensible.

Finalmente, luego de la consecución de las dos fases anteriores, se llega a la denominada etapa de resultados, donde se deben analizar los diferentes momentos

que surgen luego del tratamiento, proceso, intervención quirúrgica y demás posibilidades que se encuentran en el espectro del acto médico cómo tal. Siempre que se termina el tratamiento, se deberá estudiar cómo fueron los efectos del mismo, saber si funcionó o no, las posibles secuelas, las respuestas del cuerpo frente al procedimiento recibido y sobre todo, aparece un acápite de gran valor como lo son las recomendaciones que recaen en la esfera de obligaciones del médico, señalando la forma en la que la persona deberá llevar su vida a partir del proceso en el que estuvo inmerso, teniendo en cuenta que pueden desmejorar sus condiciones de vida o que existe la posibilidad de que el paciente se rehabilite completamente y pueda seguir con su vida de la manera en la que la llevaba antes de acudir a la consulta o mejor, siendo esto último el fin mismo de la actuación médica. Es importante señalar que la evaluación que se realiza en este punto de las conductas desplegadas por el galeno, no se da a partir de la crítica o reproche en caso de estar en un evento donde el tratamiento no funcionó, la vida del paciente desmejoro o hubo algún efecto adverso; la regla general es que hay factores de riesgo inmersos en cualquier intervención médica, que pueden desencadenar un daño en el paciente o que el procedimiento no sea efectivo, desde el más sencillo y común, hasta el más complejo se encuentra con estos supuestos. La concreción del riesgo por sí mismo no será el único requisito para estar en presencia de un caso de error médico imputable, se deberán cumplir requisitos que se introdujeron en capítulos anteriores como el nexo de causalidad entre el daño y la conducta, el desconocimiento de la *lex artis ad hoc*, entre otros.

En el caso analizado al interior del trabajo investigativo y académico realizado, se encuentra que el urólogo falló en esta última etapa, luego de que finalizara el proceso de vasectomía del señor Alcides, demandante en el proceso, el médico realizó una lectura errada del examen que prueba la efectividad del procedimiento, brindando unas recomendaciones que van en contra de la literatura de la medicina y de todo lo aprendido a lo largo de su carrera, al no mencionarle que el resultado del procedimiento fue negativo y que debía seguir evitando el desenlace no deseado, es decir, el embarazo de la codemandante, con métodos anticonceptivos de barrera u hormonales para el caso de su cónyuge. Evidentemente hubo un caso de negligencia, debido a que,

inicialmente se está ante una lesión de un rango constitucional alto, lo que en este caso es la libertad de procrear. De este modo, se argumenta que lo indemnizable no es el hecho de nacer, sino los daños, tanto materiales como inmateriales, que resultan de ese nacimiento; es decir, los perjuicios causados por una concepción que la pareja intentó prevenir, pero que, debido al descuido médico a la hora de hacer la lectura del resultado, no se pudo evitar.

Es de gran importancia abarcar el tema de los 3 tipos de mala práctica médica, para entender a fondo por qué en este caso concreto podemos llegar a concluir que estamos en presencia de una falta negligente por parte del profesional. Según la revista Médica la Paz, del Dr. Oscar Vera Carrasco, los tipos de mala práctica médica se definen así:

Negligencia médica: incumplimiento de los principios de la profesión. Lo que se debe hacer

no se hace o sabiendo lo que no se debe hacer lo hace.

Impericia: falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad.

Ineptitud para el desempeño profesional. Ej. cirujano que hace una cirugía compleja que no es de su especialidad.

Imprudencia: el daño causado se produjo porque el acto médico se realizó sin las debidas precauciones ni medir las consecuencias. Ej. el director del centro quirúrgico tolera que los anestesiólogos abandonen el quirófano durante una intervención para ir a otros quirófanos; técnica de enfermería que lesiona el nervio ciático de un niño por no tomar las precauciones debidas; abandono de la guardia o la emergencia.

Ahora bien, en el caso en concreto, esta falta es negligente, debido a que, el Galeano tratante informa que las pruebas de infertilidad fueron exitosas y que el paciente estaba esterilizado. Sin embargo, estas pruebas, al ser realizadas incorrectamente, llevaron a un embarazo que se buscaba evitar. Por lo tanto, lo que también entra a analizarse es la confianza del paciente en el médico, quien, aunque emite una opinión, debe basarla en resultados obtenidos e interpretados correctamente, lo que quiere decir, bajo la *lex artis*.

Además, no sobra resaltar que en varias ocasiones se dice que la negligencia y la imprudencia van de la mano, debido a que, por ejemplo, en este caso, se dio un

resultado (imprudencia) sin analizar a fondo previamente el mismo (negligencia), así pues, la negligencia entra a operar cuando hay incumplimiento de la profesión. El descuido y la carencia de atención durante el ejercicio médico, es lo que hace responsable al profesional.

CONCLUSIONES

Luego del análisis exhaustivo de las dos providencias por medio de las cuales surge este trabajo investigativo, se logra observar que efectivamente, al estudiar los diferentes elementos de la responsabilidad civil, el concepto de wrongful conception adoptado por la doctrina, la noción de obligaciones de medio y la importancia de la medicina al interior de la sociedad, el ad quo, es decir, el juzgado séptimo civil del circuito de oralidad y ad quem, quien resolvió el recurso de apelación que interpusieron los demandados, encontraron fundamentos para declarar que el urólogo Pablo Salgado Salgado era culpable y debía responder a título de responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados a la pareja demandante del proceso, desde la perspectiva de la culpa probada. Lo anterior por el reconocimiento de la obligación que tiene el galeno de seguir la lex artis ad hoc, las diferentes etapas del acto médico y la protección de derechos constitucionalmente protegidos como la autodeterminación reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad y a la vida en relación. La medicina no es una actividad peligrosa por sí misma, no se debe tratar como tal ni desconocer el aleas y que las obligaciones que surgen para el médico son en su mayoría de medio, lo que sí se debe entender es la relación asimétrica entre el galeno tratante y la persona que acude a él; los procedimientos, la lectura de los resultados, cada etapa del acto médico y demás situaciones que surgen, deben tener parámetros establecidos que sean seguidos por todo el personal médico, actuando de forma prudente y diligente, teniendo como referencia la literatura, la experiencia profesional, los reglamentos institucionales y la regulación normativa que los atañe, para evitar ser sujetos activos en casos de responsabilidad civil médica.

Finalmente, se realizó un recorrido por las diferentes esferas de la responsabilidad médica, encontrando que el caso analizado podía evaluarse desde la óptica de la

responsabilidad civil, cómo se expuso en el primer capítulo y por lo que en realidad fue condenado el médico en primera y segunda instancia, luego de que se probaran todos los elementos necesarios para estar establecer la culpa y su imputabilidad. A su vez, se llevó a cabo la evaluación desde el ámbito ético, teniendo en cuenta que fue meramente investigativo y académico, se concluyó que el galeno pudo haber incurrido en faltas éticas que representaran otro proceso diferente al mencionado, sin violar el principio del non bis in ídem como desarrollo del derecho fundamental al debido proceso. Su actuar fue en contra de preceptos de la Ley de Ética Médica y el Tribunal de Ética Médica le pudo haber iniciado un proceso por ello, situación que no ha ocurrido hasta la fecha de realización de la tesis propuesta. Por último, se analizó el caso en materia penal para atribuir la responsabilidad del galeno por este medio, encontrando que no era posible adecuar su conducta a un tipo penal de forma estricta y restrictiva como lo señalan las normas penales, reconociendo que no se afecta un bien jurídico penalmente protegido ni se cumple con el carácter de ultima ratio que exige la intervención del derecho penal, debido a que el caso fue totalmente solucionado a través de la esfera civil como modo de protección menos invasivo, reconociendo los perjuicios causados a los codemandantes.

Por consiguiente, es posible aseverar que el acto médico, al igual que los diferentes procesos que ejercen los actores de la sociedad, cumpliendo los roles y las funciones que cada profesión u oficio tienen con las personas que hacen parte de una determinada comunidad, poseen ciertas prerrogativas que incluyen obligaciones y fases progresivas para llevar a cabo su actividad de forma efectiva. De esta forma, la medicina es una actividad compleja que comprende etapas en las que se tienen cargas específicas por parte del galeno y del paciente, como se evidenciaron a lo largo de este trabajo, cada conducta que despliega el médico en ejercicio de sus competencias y dentro de los fines que tiene el acto con las personas que acuden a él, debe observarse la diligencia, prudencia y el cuidado necesario para no incurrir en casos donde un error médico, analizado desde el concepto de la culpa como fuente de obligaciones, pueda generar daños atribuibles al galeno y como consecuencia se deban reparar los perjuicios causados al paciente afectado.

Referencias

Álvarez, S. (2002). Libro Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones del derecho civil. Limusa

Amaya, J. (2017). Responsabilidad penal por el ejercicio de la profesión médica en Colombia. (Tesis de grado, Universidad Católica de Colombia).

Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia.

<https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/fd31b4c1-619c-4c3b-8fad-375d3bb7121d/content>

Andrade, M. Cárdenas, A. Gordillo, C. Quiroz, I. (2023). Implicaciones Bioéticas Y Biojurídicas Presentes En Los Casos De Anticoncepción Fallida En Colombia. (Tesis de Maestría, Universidad del Rosario). Repositorio Institucional Universidad del Rosario.

<https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/fc7fb07f-8f18-4e25-b9a8-fb0c4bbaa9e5/content>

Artículo 174 y 187, Decreto 1400 (Código de Procedimiento Civil 1970).

Buere, J. Zaffaroni, E. (2009). Marco General Para Delimitar La Responsabilidad Medica: Sinopsis De La Teoría Del Delito. Libro: Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales. (pp. 141 - 145). Hammurabi s.r.l.

Carnevali, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. Revista Ius et Praxis. (13 – 48).

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002

Carrascal, Y. (2020). La anticoncepción fallida como fuente de responsabilidad estatal en Colombia. (Tesis de grado, Universidad Francisco De Paula Santander). Repositorio Institucional Universidad Francisco De Paula Santander.

<https://repositorio.ufps.edu.co/bitstream/handle/ufps/3889/1350349.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Código general del proceso. (código). (2012).

Colombia. Congreso de la República. (2000). Ley 599 de 2000.

Corte Suprema de Justicia y Sala de Casación Civil. (2017). SC – 7110. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia y Sala de Casación Civil. (24 de mayo de 2017) SC7110-2017 (MP. Luis Armado Tolosa Villabona).

Finkielsztejn, J. (2003). La responsabilidad civil médica. (investigación profesional, Universidad de la Sabana). Repositorio Institucional Universidad de la Sabana.

<https://core.ac.uk/download/pdf/47069428.pdf>

Galán, V. (2019). Análisis de la evolución legal del ejercicio médico en Colombia. revista Dixi, 1-34. <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/3337/2944>

Gomez-Garcia, C. A. (2019). Perspectiva biojurídica de las infecciones asociadas al cuidado en salud. Una visión a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En C. Molina- Saldarriaga , & V. Cadavid -Gonzalez, Estudios en investigación jurídica y sociojurídica (págs. 117-134). Medellín: Editorial UPB.

Gómez-García, C. A., & Muñoz-Cortina, S. H. (2020) El problema de la conexidad contractual en las prestaciones médicas¹. Dirección editorial, 159.

Guzmán, F. Franco, E. Morales, M. Mendoza, J. (1994). RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO. Revista Cirugía (9), 207 – 214.

<https://www.revistacirugia.org/index.php/cirugia/article/view/2106/1711>

Jaramillo, J. T. (2013). Sobre la Prueba de la Culpa Medica. Medellín: DIKE.

Juzgado séptimo civil del circuito de oralidad. (2022). S – 39. JUEZ. Diego Naranjo Úsuga.

Medina, E. (2021). La anticoncepción fallida (wrongful conception) y la autodeterminación reproductiva, propuestas en materia del daño y perjuicios a

reconocerse, a partir del caso de helena y la necesaria perspectiva de género aplicable a estos casos. (Artículo de investigación, Universidad Libre). Repositorio Universidad Libre Seccional Bogotá.

Ministerio de educación Nacional. (18 de febrero de 1981), Ley 23. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68760>

Obando Obando, B. S. (2016). Bioderecho, derecho médico y responsabilidad médica. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, librería Sánchez

Ocampo Olarte, J. G., & Gómez García, C. A. (2020). EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: Orígenes, desarrollo, evolución, elementos en el derecho colombiano y en la responsabilidad médica La conciencia del acto médico. En C. S. Escobar, Realidades y tendencias del derecho privado. (págs. 135 - 178). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Pulido, N. (2017). La Carga Probatoria En La Responsabilidad Médica Colombiana. (Tesis de grado, Universidad Cooperativa de Colombia). Repositorio Institucional Universidad Cooperativa de Colombia.

<https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/bcf4e78f-4573-4e80-929a-ecec08518993/content>

Ríos, G. (2021). Antecedentes Fácticos De La Responsabilidad Legal En La Praxis Médica. Revista al derecho y al revés, 25 - 34.

<http://138.117.111.22/index.php/revistaalderechoyalreves/article/view/364/383>

Romero, J. (2014). Apuntes Sobre La Mala Praxis Médica. Revista de Ciencias Jurídicas (135), 107 – 122.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21540/21790>

Santos Ballesteros, J. (2006). Instituciones de responsabilidad Civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Secretaria del senado. (20 de abril de 2024) Sentencia No. C-259/95 (MP. Ciro Angarita Barón). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-259_1995.html

Tribunal superior de Medellin. (2023). S – 059. MP. Piedad Cecilia Vélez Gaviria.

Universidad Andes. (2010). Responsabilidad médica, Elementos, Naturaleza y carga de la prueba. Derecho Privado Edic 43, P 6.

Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. Revista Med La Paz. 19 (2). 73 – 82. http://scielo.org.bo/pdf/rmcmlp/v19n2/v19n2_a10.pdf

Vidal, F. (2014). La importancia del derecho y de su codificación en la sociedad. Revista de derecho (19 – 24). <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaImportanciaDelDerechoCivilYDeSuCodificacionEnLaS-5081175.pdf>

William Andrés Ordóñez Bastidas. La responsabilidad por anticoncepción fallida en Colombia: wrongful conception. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez; 2021. 199 p.

Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. Revista Criminalidad (57), 61 – 74. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-31082015000100005&script=sci_arttext