

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN
MATERIA GINECO OBSTÉTRICA ¿AVANCE O
RETROCESO?**

Monografía presentada como requisito para optar al título de:

ABOGADOS

Doctor Juan Camilo Contreras

Director del Departamento de Derecho Privado

Estudiantes: Mariana Patiño Torres y Nicole Yamhure Kattah

Tutor: Santiago Botero Arango

Facultad de Ciencias Jurídicas

Pontificia Universidad Javeriana

Bogotá D.C.

MARZO DE 2023

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vean en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia” Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946”.

RESUMEN

La gineco obstétrica, es una subespecialidad de la medicina cuyo propósito es atender las necesidades de salud integral de la mujer a lo largo de su vida. No obstante, hoy en día, es la segunda especialidad más demandada en Colombia por pacientes que alegan haber sido víctimas de la mala *praxis* de los especialistas a su cargo. Esto ha puesto a los jueces, tanto en materia civil como contencioso administrativo, en la obligación de buscar la consolidación de reglas y parámetros que permitan la resolución de estos casos sin crear situaciones de inseguridad jurídica. No obstante, tal fin no ha sido alcanzado, pues cada vez son más los fallos contradictorios que ponen tanto a los médicos y entidades prestadoras del servicio de la salud, como a los pacientes, en situaciones de incertidumbre e indefensión, debido a que no se tiene claridad respecto a los derechos y los deberes con que cuenta cada uno de ellos. Además, los jueces carecen de herramientas necesarias para proferir fallos en derecho, basados en criterios de justicia, equidad y búsqueda de la verdad material, quedando sometidos a la necesidad de acudir a su criterio personal; que muchas veces se aparta de la finalidad de la responsabilidad médica. Es por ello, que la presente monografía, es el resultado de una investigación general que busca establecer si los parámetros actualmente adoptados por nuestros falladores alrededor de la materia, se ajustan a los fines perseguidos por la responsabilidad médica.

Palabras Claves: Responsabilidad civil, responsabilidad médica, falla del servicio, medicina, gineco obstétrica, responsabilidad subjetiva, responsabilidad objetiva, obligaciones de medio, obligaciones de resultado, *Lex Artis*, mala *Praxis*.

ABSTRACT

Obstetrics and gynecology are a subspecialty of medicine, whose purpose is to meet the comprehensive health needs of women throughout their lives. However, today, it is the second most sued specialty in Colombia by patients who claim that they have been victims of malpractice by the doctors in charge of them. This has placed judges, both in civil and administrative litigation matters, in the obligation to seek the consolidation of rules and parameters that allow the resolution of these cases without creating situations of legal uncertainty. However, this goal has not been achieved, since there are more and more contradictory rulings that place both doctors and health service providers, as well as patients, in situations of uncertainty and defenselessness, since there is no certainty as to the rights and duties of each one of them. In addition, judges lack the necessary means to make legal rulings based on criteria of justice, equity, and the search for the material truth, being subjected to the need to resort to their personal criteria, which often departs from the purpose of medical liability. That is why this monograph is the result of a general investigation that seeks to establish whether the parameters currently adopted by our judges on the matter are in line with the purposes pursued by medical liability.

Key Words: Liability, medical liability, failure with the service, medicine, obstetrics/gynecology, subjective liability, strict liability, obligations of means and obligations of results, *Lex Artis*, *bad Praxis*.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	9
1.1. Concepto.....	9
1.2. Elementos de la Responsabilidad	10
1.3. Factores eximentes de responsabilidad.....	12
2. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	14
2.1. Evolución historia de la responsabilidad del médico	14
2.2. Concepto.....	16
2.3. Obligaciones de medio y de resultado.....	18
2.4. Consentimiento informado	20
2.4.1. Escenario No. 1.....	23
2.4.2. Escenario No. 2.....	23
2.4.3. Escenario No. 3.....	23
3. RESPONSABILIDAD EN MATERIA GINECO-OBSTETRICA	26
3.1. Concepto.....	26
3.2. Obligaciones de los gineco obstetras.....	26
3.2.1. Asesoramiento	27
3.2.2. Control durante el embarazo.....	27
3.2.3. Mecanismos de prevención	27
3.2.4. Parto.....	28

3.2.5.	Postparto y puerperio.....	28
3.3.	Evolución histórica de la responsabilidad médica en materia gineco obstétrica.....	29
3.3.1.	Consejo de Estado	30
3.3.1.1.	Primera Etapa: Obligación de resultado	30
3.3.1.2.	Segunda Etapa: Responsabilidad objetiva.....	31
3.3.1.3.	Tercera Etapa: Responsabilidad subjetiva con indicio de falla de servicio.....	32
3.3.2.	Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:	34
4.	OTROS FACTORES A TENER EN CUENTA: LOS DISTINTOS MOMENTOS EN QUE EL MÉDICO TIENE CONTACTO CON EL PACIENTE Y SU RESPONSABILIDAD	35
4.1.	Sentencia del 18 de marzo de 2015 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente, Olga Mélida Valle de la Hoz: Caso de responsabilidad cuando la paciente no está en embarazo	36
4.2.	Sentencia SC 9193 del 28 de junio de 2017, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil; M.P. Ariel Salazar Ramírez: Análisis de responsabilidad médica por deficiencias en la atención durante el periodo de gestación:	39
4.3.	Sentencia de unificación SU-048 de 2022 de la Corte Constitucional; M.P. Cristina Pardo Schlesinger: Análisis de responsabilidad por daños durante la labor de parto y violencia obstétrica en contra de la mujer:	49
5.	CONCLUSIONES	55
6.	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*. En tal medida, surge en nuestro ordenamiento jurídico un deber de indemnización a cargo de toda persona que, con culpa o dolo, en principio, genere un daño a otro. Sin embargo, debido a que existen actividades y situaciones potencialmente más riesgosas que otras, dentro del ordenamiento colombiano, se cuenta con regímenes que, por decirlo de alguna manera, tienen un amplio desarrollo jurisprudencial, legal y doctrinario, como lo son la responsabilidad por actividades peligrosas, la responsabilidad en materia de transporte, la responsabilidad médica, entre muchas otras.

Sin embargo, cada vez son más las actividades o situaciones que llaman la atención del ordenamiento jurídico, haciéndose meritorias de ser analizadas a profundidad con el fin de evaluar si requieren el desarrollo de un subrégimen propio de responsabilidad. Ello, en la medida en la que el derecho es cambiante, y como tal debe acoplarse a las necesidades sociales que se vayan presentando. Por esta razón, es que la responsabilidad civil médica en materia gineco obstétrica, ha venido adquiriendo mayor relevancia dentro del ámbito de la responsabilidad civil y estatal. Y no ha de sorprendernos, si tenemos en cuenta que conforme a las estadísticas del FEPASDE, la gineco-obstetricia es la segunda especialidad más demandada en Colombia. Es así como para el periodo comprendido entre 1993 y 2003, de cada 100 ginecoobstetras que hacían parte del fondo, 29 se encontraban demandados (Agudelo, 2015).

Pero, al igual que lo que ocurre con el derecho, la medicina también es una ciencia que se encuentra en constante desarrollo debido a que los rápidos avances en materia tecnológica nos han brindado la posibilidad de acceder a nuevos conocimientos y métodos cada vez más exactos, eficaces y eficientes. Sin embargo,

“La Medicina no es una ciencia exacta, es una praxis fundamentada en la ciencia, pero a diferencia de ésta, que trata de encontrar leyes generales, la Medicina se enfrenta a

casos particulares, en los cuales participan numerosas variables que no es posible controlar y en los que el médico utilizando información imprecisa debe tomar decisiones precisas. La Medicina no puede reducirse a la aplicación del conocimiento y técnicas especializadas ni puede guiarse por parámetros fijos como pueden hacerlo las ciencias naturales” (Israel, 2002).

Debido a ello, es claro que al no existir procedimientos y/o tratamientos específicos con resultados garantizados, y al ejercerse sobre seres humanos con diferentes organismos y situaciones particulares, por regla general es imposible asegurar que en todos los casos se llegue al resultado deseado. Existiendo, claro está, casos muy excepcionales, como en materia de cirugías estéticas en las que ello sí es posible (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 de diciembre 2020).

Esto puede ser claramente evidenciado en la rama de la ginecoobstetricia, pues los médicos dedicados a esta especialidad, tienen a su cargo no solo de cuidado del estado físico de las madres y de los no nacidos, sino que también asumen el rol de ser cuidadores, asesores y consejeros de mujeres en temas relativos a los efectos psicológicos y sociales vinculados a la maternidad, mecanismos de anticoncepción y mecanismos de prevención y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual (Castillo, s.f.)

Es por ello, que la ginecobstetricia es una de las especialidades de la medicina con mayor expectativa y que requiere mayor cuidado, pues trae consigo un componente emocional bastante elevado alrededor del embarazo y el parto, el buen estado de salud de la madre y el feto, la posibilidad de dañar no solo a un paciente sino a dos, los embarazos no deseados y los mecanismos idóneos para evitar que ellos se den, entre muchas otras cosas.

Lo anterior implica también la exigencia de un alto grado de responsabilidad y diligencia por parte de los especialistas. No puede olvidarse que, de no cumplirse este estándar con rigurosidad, se pueden desencadenar efectos muy negativos en la vida de los pacientes, tanto a nivel físico como psicológico. Por lo anterior, en los últimos años el número de

demandas y quejas en contra de médicos dedicados a la ginecoobstetricia ha aumentado considerablemente como pudo evidenciarse. Ya que dichos errores y efectos negativos son susceptibles de ser alegados en procesos legales llevados en contra de los médicos, por aquellos pacientes que sostienen haber sido víctimas de la negligencia o mala praxis de éstos.

Pues bien, debido a la importancia que ha adquirido este tema bajo las luces de la responsabilidad civil, en este escrito buscaremos darle respuesta al interrogante de si las reglas y parámetros jurisprudenciales actualmente utilizados para el análisis de la responsabilidad médica gineco-obstétrica cumplen con los objetivos de la responsabilidad médica. Por ello, la ruta que se seguirá para cumplir con el propósito de la presente monografía será la siguiente.

En primer lugar, se hará un breve análisis de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, que permitirá el entendimiento general del presente escrito. Seguidamente, se aterrizará el tema a la responsabilidad civil en materia médica, con el fin de dar a conocer las reglas y parámetros aplicables para resolver este tipo de casos. Posteriormente, comenzaremos a desarrollar el tema principal de nuestro escrito, el cual es la responsabilidad médica en materia gineco obstétrica; para ello, se brindarán al lector algunas concepciones generales en torno al concepto y definición de esta rama de la medicina, y se expondrá la evolución jurisprudencial que la misma ha sufrido a través de los años. Luego, se traerán a colación algunos fallos trascendentales, que nos permitirán demostrar las diversas posturas y debates existentes en torno a la responsabilidad civil en materia gineco obstétrica. Finalmente, se expondrán las principales conclusiones y hallazgos en torno a la temática objeto de estudio.

1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Concepto

La responsabilidad civil es una rama del derecho privado que se encarga de resarcir a las personas por los daños padecidos con ocasión de un hecho ilícito que ha atentado contra su integridad o sus bienes. De acuerdo con López y López (2012) la responsabilidad civil:

“puede ser definida, de forma general, como el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque dicho hecho sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica previa entre ambos, bien porque el daño acaezca sin que exista ninguna relación jurídica previa entre agente y víctima”.

En tal medida, si bien la responsabilidad civil parte del mismo principio rector de que todo el que causa un daño debe repararlo, encuentra su génesis en fuentes diferentes. Por un lado, la responsabilidad contractual surge como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un deber jurídico singular y concreto, emergente de una situación jurídica determinada (Corte Constitucional, 9 de diciembre de 2010). Normalmente, nace de un incumplimiento contractual. Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual surge con independencia de un vínculo contractual, es decir, que no requiere de una relación jurídica precedente o fuente generadora de obligaciones para que la misma pueda configurarse (Corte Constitucional, Sala Plena, 24 de abril de 2018). Basta con que una persona le genere un daño injustificado a otra que no esté en deber de soportarlo, para que surja en cabeza de esta el deber de repararlo (Navarro & Veiga, 2013).

1.2. Elementos de la Responsabilidad

En línea con lo anterior, algo que sí tienen en común ambos regímenes, es que sus elementos de existencia son los mismos. Estos elementos son: (1) El daño, comprendido este como *“... el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”* (Zanonni, 2005). Que puede ser de carácter patrimonial, como el lucro cesante o el daño emergente, o de carácter extrapatrimonial como los perjuicios morales, el daño a la vida en relación, entre otros. (2) El factor de imputación, que exige que la persona causante del daño haya actuado de forma culposa para que surja el deber de indemnizar. Se aclara, claro está, que ello aplica para los casos de responsabilidad subjetiva, pues en el caso de la responsabilidad

objetiva, no será necesario que haya habido culpa del causante del daño para que se le exija el deber de indemnizarlo; es decir, bajo el régimen de responsabilidad objetiva, basta con que exista un daño, y un nexo causal entre dicho daño y el actuar del agente dañador. Y (3) Nexos de causalidad, el cual implica que exista un vínculo de causalidad entre un hecho y un daño. De hecho, el artículo 2341 del Código Civil, establece que “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...*”, con lo cual se manifiesta inequívocamente la relación de causa-efecto que debe presentarse entre el hecho y el daño.

Ahora bien, aun cuando sí existan elementos comunes en ambos tipos de responsabilidad, los mismos tienen diferencias prácticas muy relevantes. En tal medida, en cuanto a la responsabilidad civil contractual, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico previo entre la persona que alega el daño y aquel a quien se le pretende imputar responsabilidad por la causación del mismo. Adicionalmente, es necesario que se haya producido la inexecución o ejecución defectuosa de la obligación pactada en el contrato inicial, generando un incumplimiento culposo. Y, por último, se requiere la existencia de un nexo de causalidad entre la obligación previa que se incumplió o cumplió defectuosamente y el daño generado (Corte Constitucional, Sala Plena, 9 de diciembre de 2010).

Descendiendo a la responsabilidad contractual, vale la pena resaltar que, en el caso de las obligaciones de medio, la víctima deberá probar que el incumplimiento contractual se debió a la culpa del demandado, debido a que este tipo de obligaciones no exigen que se obtenga un resultado, sino que se pongan todos los medios necesarios para lograrlo, aun cuando ello al final no sea posible. Por esta razón, a fin de que se le pueda imputar responsabilidad al deudor, se deberá probar que el mismo actuó de forma dolosa o culposa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de mayo de 2017). Por otro lado, en cuanto a las obligaciones de resultado, teniendo en cuenta que las mismas sí exigen por parte del deudor que se obtenga el fin buscado, en caso de ser incumplidas o cumplidas defectuosamente, se generará una presunción de hecho. Dicha presunción consistirá en suponer que el incumplimiento puede ser atribuido al actuar

doloso o culposo del deudor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de mayo de 2017). No obstante, la forma de desvirtuarla será acreditando que se configuró un eximente de responsabilidad como lo es el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, que como tal permita la ruptura del nexo de causalidad.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia ha determinado que los elementos necesarios para que se configure son: (i) que exista un daño que se le causó a una persona (pudiendo ser un daño corporal o un daño al patrimonio); (ii) que se evidencie un actuar culposo por parte del agente dañador y; (iii) que exista un nexo de causalidad entre ese actuar y el daño causado. En estos casos se ha determinado que existen unos regímenes específicos de los cuales dependerá si la culpa es probada o presunta como la responsabilidad por el hecho de las cosas, por el hecho propio, por el hecho ajeno o por responsabilidad objetiva (Equipo de redactores LEGIS, 2022).

1.3. Factores eximentes de responsabilidad

Por último, en este tema, vale la pena hacer algunos comentarios finales respecto a los factores eximentes o exonerativos de responsabilidad, los cuales, tienen alta relevancia dentro de algunas de las explicaciones que haremos más adelante. Estos factores, hacen referencia a aquellos eventos que rompen el vínculo causal que debe existir entre el hecho jurídico imputable a un sujeto y el daño que, como consecuencia del mismo, se causa a otro. En otras palabras, dichos eventos tienen la capacidad de romper el nexo causal entre el hecho imputable y el daño. A continuación, expondremos brevemente los tres eximentes de responsabilidad existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

El primero de ellos, hace referencia al caso fortuito o a la fuerza mayor, que, si bien en la teoría son conceptos distintos, para temas prácticos producen los mismos efectos. En tal sentido, el artículo 1 de la Ley 95 de 1890 dispone que “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público*”. De tal definición,

podemos entonces afirmar que, para que pueda alegarse caso fortuito o fuerza mayor, es necesario que tal evento esté revestido de características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

En segundo lugar, tenemos el factor eximente del hecho de un tercero que, al igual que la fuerza mayor o el caso fortuito, debe ser imprevisible e irresistible, y ajeno al actuar de aquel a quien se le imputa el daño. En tal medida, el tercero tiene que ser quien exclusivamente generó el daño. En palabras del Consejo de Estado,

“En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de marzo de 2008. Ver en mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de febrero de 2010).

Por último, tenemos el factor exonerativo de la culpa exclusiva de la víctima que, como se verá a continuación, tiene gran relevancia en este tema. Ello, debido a que, en virtud de este factor, de lograr probarse que el hecho de la víctima fue la única causa que generó el daño, se interrumpirá el vínculo causal, eximiendo así de responsabilidad a aquel a quien se le imputaba inicialmente. Por otro lado, se resalta también el fenómeno de la reducción de la indemnización, que halla su sustento en el artículo 2357 del Código de Civil, y que se configura cuando un juez considera que hay lugar a disminuir la indemnización que le corresponde a la víctima, bajo el entendido de que una parte de la causación del daño se debió a la conducta imprudente que la expuso a dicho riesgo, y la otra al agente dañador.

A este respecto, los hermanos Mazeaud sostienen en su libro “Lecciones de derecho civil parte segunda” que el hecho de la víctima sólo lleva

“[C]onsigo la absolución completa [cuando] el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el

daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima” (Mazeaud & Mazeaud, 1960).

2. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

2.1. Evolución historia de la responsabilidad del médico

Desde el análisis del derecho babilónico, egipcio, griego y romano, entre otros, se ha podido evidenciar el proceso evolutivo experimentado por la responsabilidad civil médica, cuyo desarrollo no ha culminado, pues sin duda las nuevas generaciones podrán vivir muchos más cambios. Lo anterior, por cuanto se está en presencia de una disciplina hiperdinámica, formada por múltiples transformaciones y ajustes (*Jaramillo, 2008*).

Un claro ejemplo de lo anterior es que hasta hace muy poco, preponderaba la tesis de la irresponsabilidad civil del médico, en virtud de la cual se entendía que, aun cuando la actividad médica suponía un riesgo considerable para el paciente, también era vista como servicio a su favor, impidiendo por tanto que un médico pudiese ser visto como responsable de algún daño. En otras palabras, esta tesis se estimaba racional bajo el pretexto de que el paciente debía asumir los riesgos y vicisitudes del acto médico, pues se argumentaba que el médico era una especie de salvador a la vez que un letrado en su arte (*Lemaire, Francois, & Imbert, 1985*).

Sin embargo, en la actualidad esta posición se ha revaluado por completo, pues se ha llegado a la conclusión de que el médico como profesional puede incurrir en responsabilidad por los daños que ocasione a causa de una transgresión de la ley de disciplina de su arte tal y como aplica en todas las demás profesiones (*Cardona, 1985*). Adicionalmente, la responsabilidad médica de ordinario es contractual y en muy pocas ocasiones se considera extracontractual; es de ahí la fuerza intrínseca de la responsabilidad emergente del contrato de prestación de servicios médicos.

Uno de los primeros fallos en los que se evidenció este cambio es la Sentencia del 5 de marzo de 1940, en la cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo

que,

“[...] la responsabilidad del médico es contractual no sólo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de marzo de 1940).

Además, su evolución no se detuvo allí, pues fallos más recientes han sido enfáticos en señalar que, la mera relación existente entre las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) y sus afiliados es contractual, de suerte que, en caso de que se cause un daño, el mismo debe ser analizado desde la óptica de la responsabilidad contractual. Lo anterior, halla su sustento en la sentencia SC13925 en la que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que,

“[...] Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios [...]” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de septiembre de 2016).

No obstante, como se dijo, también puede ser de naturaleza extracontractual, en aquellos eventos en los que el médico actúa de forma unilateral en casos de emergencia (numeral 2 del artículo 5 de la Ley 23 de 1981), sin que cuente con la posibilidad de hablar con el paciente o sus familiares. A modo de ejemplo, están los casos en los que llega un paciente en estado de inconsciencia a urgencias, y se le tiene que atender con la mayor premura posible sin que su condición permita comunicarse con él o esperar a que lleguen sus familiares.

2.2. Concepto

Ahora bien, ya teniendo nociones históricas del constante cambio que ha venido sufriendo la responsabilidad civil médica, se hace menester poner de presente que en la actualidad la misma es entendida como una herramienta que protege los derechos tanto de los pacientes como del personal médico. Toda vez que busca regular e identificar cuándo se está frente a un daño indemnizable y en qué casos se puede imputar responsabilidad. Lo anterior, se torna fundamental ya que, a diario, en la medicina, ocurren adversidades propias de su naturaleza tales como muertes, infecciones y contagios de paciente, entre otras; los cuales, pueden o no atribuirse al médico tratante (Acosta, 2010).

Teniendo en mente lo anterior el ordenamiento colombiano ha establecido una serie de normas tendientes a asegurar una correcta *praxis* del ejercicio de la medicina, cuyo incumplimiento puede derivar en el surgimiento de responsabilidad. Por esta razón, el médico a la hora de ejercer su profesión está obligado a acatar todos los deberes y obligaciones propias de la labor que desempeñan, y, en caso de que este se aproveche de sus conocimientos en detrimento de los intereses de sus pacientes o incumpla algunos de sus deberes y obligaciones, se entenderá que el mismo está atentando contra derechos ajenos. Dichos actos, entendidos como acciones u omisiones, de los profesionales de la salud, son los que dan lugar a que, de cumplirse los demás presupuestos de la figura, los obliga a asumir su responsabilidad civil y por ende que surja a su cargo la obligación indemnizatoria.

Bajo este entendido, los médicos deben someterse en su actuar a una serie de conductas y requisitos propios de su profesión, que se entienden esenciales y de obligatorio cumplimiento en el marco de la *buena praxis* médica. Bajo estas luces, “*Para realizar una buena práctica médica, se requiere que se haga con prudencia, pericia, diligencia, recta intención y recta conciencia médica, entendiendo estas actitudes y virtudes como las ha desarrollado Aristóteles*” (Anaya, et. al, 2013).

Contrario a lo anterior, la *mala praxis* médica, considerada como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, es aquella que se da en los casos en que el médico produce un resultado previsible y a todas luces evitable de haber desarrollado correctamente su labor. Adicionalmente, la imprudencia grave según la doctrina es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse durante el suceso de que se trate o por lo menos de las más esenciales (Cabarcas, 2002). No obstante, es importante tener presente que, en un gran porcentaje de los casos, quien debe definir si la acción médica puede o no ser considerada como errada es un experto, quien da su opinión calificada con base en su expertis, transmitiendo al juez a cargo del caso, sus conocimientos especializados y dotándolo de herramientas necesarias para que pueda fallar con un mayor grado de certeza. Por lo que, mal podría pensarse que basta con la mera opinión de un profano, bien sea el paciente o sus familiares, para catalogar una acción como *mala praxis*.

En tal virtud, puede afirmarse que, si bien hay casos en los que el juzgador cuenta con los elementos de juicio suficientes para fallar, sin necesidad de acudir a la opinión de un experto, muchos otros requieren de un nivel de conocimiento muy técnico. Pues en estos, el juzgador se encuentra imposibilitado para definir si la acción u omisión acusada puede ser considerada bajo la *lex artis* como mala práctica. Es en esos escenarios, su actuar se concentra en definir la culpabilidad de dicha práctica, la cual suele ser probada a través de la intervención de experto y el grado del resarcimiento que se le debe reconocer al perjudicado (Agrest, s.f.).

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia No. 6878 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual, se afirmó que,

“[...] un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la

ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de septiembre de 2002).

2.3.Obligaciones de medio y de resultado

Adicional a lo mencionado, es necesario desarrollar un tema muy relevante en materia médica, el cual se relaciona con el tipo de obligaciones que emanan de la relación médico paciente. Este asunto ha sido objeto de un amplio debate en nuestro ordenamiento jurídico. En tal medida, teniendo en cuenta que las obligaciones que pueden existir son de medio o de resultado, es fundamental comprender qué implica cada una de ellas y cómo se relacionan con el objeto de estudio de esta monografía. Al respecto, el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo definió las obligaciones de medio como aquellas en las que,

“[...] el deudor se compromete a realizar una actividad – lo que ha originado que igualmente se denominen “obligaciones de actividad” o en menor medida “obligaciones de simple comportamiento”, con total prescindencia de la consecución, a posteriori, de un terminado concreto y tangible logro, por anhelado- o esperado- que sea por parte de los contratantes, en especial por el paciente o enfermo. Su compromissum, como se anticipó, estriba en desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer, en lo posible el interés -primario- de su contratante (el

paciente) que dista de un resultado particular, en razón de que éste no integra o conforma el deber de prestación, lo que significa que no está en obligatrione, como lo revela un sector de la doctrina especializada [...]” (Jaramillo, 2008).

Del mismo modo, en su obra definió las obligaciones de resultado como aquellas en las que

“[...] el deudor no solo se compromete a desplegar – o desarrollar – una actividad básica – o neurológica – (instrumental, si se quiere), sino a cumplir, como su nombre gráficamente lo revela, un resultado (opus) que, un plano ontológico, se puede apreciar (ens real), de suerte que si no se obtiene (hacer calificado), no se extingue el deber de prestación a su cargo, por más diligencia que haya empleado [...]” (Jaramillo, 2008).

Es así, como en Colombia, se ha entendido que, *“la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría”* (Ruiz, 2004). Bajo estas luces, se entiende, en la mayoría de los casos que, si un profesional de la salud incurre en un comportamiento culposo o negligente, será responsable de los daños causados.

No obstante, se precisa, que excepcionalmente, del ejercicio de la actividad médica pueden surgir obligaciones de resultado. Tal es el caso de algunas cirugías estéticas, en donde los pacientes tienen un convencimiento de que se obtendrá un resultado en específico a causa del acuerdo pactado con el médico cirujano y la información que le ha sido brindada por éste. De esta forma, sólo se causa responsabilidad médica y surge el deber de indemnizar a la víctima cuando pueda llegar a concluirse que el contrato aseguró un determinado resultado que no se obtuvo, por una causa distinta a aquellas que puedan ser alegadas como causales de exoneración.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia,

“[...] contrario a lo aseverado por el juzgador de segundo grado, las obligaciones galénicas son por regla general de medios, incluso en materias estéticas, salvo que haya

factores objetivos que permitan inferir que el tratante asumió un compromiso de resultado, como precisamente sucedió en el sub lite, pues Víctor Hugo Carrillo García asintió en que frente a sus pacientes adquirió un deber de satisfacer las expectativas propias de este tipo de tratamientos, que no son otras que alcanzar un mejoramiento estético, a partir de lo cual su responsabilidad debía analizarse desde el punto de vista de la culpa presunta, tanto en el campo contractual o como extracontractual [...]” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 de diciembre 2020).

2.4. Consentimiento informado

Ahora bien, también se hace necesario resaltar que la actividad médica implica por regla general obligaciones de naturaleza contractual. Es así, como se entiende que la prestación del servicio se soporta en el consentimiento que brinda el paciente luego de ser informado de todo lo relevante a la atención. En otras palabras, es evidente que la relación médico-paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, el cual compromete al actuar médico a cumplir una determinada obligación o a poner todos los medios necesarios para la consecución de esta. Es por esta razón que las instituciones de salud deben cumplir de forma cautelosa y segura con todos los cuidados establecidos para sus actividades y prestar los servicios de la forma más diligente posible.

En virtud de lo anterior, se pone de presente que el consentimiento es uno de los principales elementos de la responsabilidad médica que impone a todo profesional un deber de información que, en caso de ser incumplido genera la obligación de indemnizar los daños que puedan causarse. A este respecto, la Ley 23 de 1981, conocida como Ley de Ética Médica, incorporó en el ordenamiento jurídico la primera consagración normativa que regula el tema; en esta Ley, se establece “*el principio general de que ningún médico intervendrá, ni clínica ni quirúrgicamente a un paciente, sin obtener su previa autorización*” (De Brigard, 2004). Así mismo, el artículo 15 de la mencionada ley, señala que,

“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

En línea con lo anterior, el artículo 10 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, encargado de reglamentar la ya citada Ley 23 de 1981, dispuso que,

“El médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”.

Por lo anterior, es posible afirmar que el consentimiento informado, más que un trámite burocrático, es la principal herramienta que tienen los pacientes para estar informados de las posibles consecuencias adversas de su intervención o tratamiento, asumiendo los riesgos previstos de cualquier decisión que tomen. En tal sentido, (de Brigard, 2004) señala que,

“El paciente es el verdadero protagonista de la relación médico-paciente. El consentimiento informado busca enfatizar en el derecho a la información del paciente, para que sea él quien asuma el riesgo previsto de cualquier decisión terapéutica o procedimiento. Todas las intervenciones profesionales de los médicos, salvo los casos de urgencia vital, deben estar precedidas por la autorización del paciente. La obtención del consentimiento informado es un proceso que va más allá de obtener una firma sobre un formulario estandarizado”. (Subrayado fuera de texto).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia definió el consentimiento informado como la herramienta que,

“[...] materializa el derecho fundamental de todo paciente a tomar decisiones preponderantes en torno a su salud física y mental, por lo tanto, de someterse libre y voluntariamente al diagnóstico o al procedimiento sugerido por el galeno, una vez ha recibido de éste la explicación suficiente, idónea y clara relacionada con el mismo.”

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de mayo de 2017).

Entendido lo anterior, y teniendo en cuenta que, como se expuso, la relación médico-paciente es por regla general de carácter contractual, el consentimiento debe contar con los mismos requisitos que los de un acto jurídico; a saber, partes, capacidad, consentimiento, objeto y causa. No obstante, se precisa que el mismo cuenta con algunas regulaciones especiales para aquellos casos en los que, quien requiere del tratamiento es un menor de edad, una persona en estado de inconsciencia o una persona mentalmente incapaz; al respecto, el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 dispone que *“El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”*. Es por ello,

“que el crecimiento de las demandas que ha puesto en tela de juicio el alcance de responsabilidad del médico, se origina por el objeto contractual establecido dentro del consentimiento informado que suscribe con el paciente”. (Franco, 2014)

En tal virtud, es que puede afirmarse que, al ser el contrato médico de carácter consensual en los términos del artículo 1500 del Código Civil, el mismo se perfecciona tan solo con la voluntad de ambas partes. Lo anterior, halla su sustento en el numeral primero del artículo 5 de la Ley 23 de 1981 en el cual se establece que la relación médico-paciente se cumple por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes. Adicionalmente, es importante señalar que, en los términos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, el médico está en la obligación de dejar constancia en la historia clínica de advertencia del riesgo previamente informado, o de la imposibilidad de llevar a cabo el tratamiento o intervención.

Habiendo comprendido la importancia del consentimiento informado, es necesario poner de presente los diferentes efectos que el mismo puede generar, dependiendo de si el médico lo otorga con el lleno de los requisitos legales, o si por el contrario incumple su obligación o la cumple defectuosamente. A continuación, se exponen los tres escenarios de susceptible ocurrencia y sus efectos:

2.4.1. Escenario No. 1

El médico cumple su deber a cabalidad, explicándole al paciente todos y cada uno de los riesgos concretos de posible materialización y en términos sencillos y comprensibles para que éste, cuente con las herramientas necesarias y suficientes para expresar su consentimiento libre de vicios de someterse al tratamiento, procedimiento o terapia ofrecida.

En este escenario, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que se configura un eximente de responsabilidad. Así, si se materializa un riesgo previsible, no imputable a la conducta del médico, éste no será considerado responsable (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, 12 de marzo de 2010).

2.4.2. Escenario No. 2

El galeno brinda información insuficiente y abstracta (*in genere*), en términos médico-científicos de compleja comprensión y sin tomar en cuenta la situación en concreto de su paciente (e.g. Antecedentes, comorbilidades, etc.).

A diferencia de lo que ocurre en el escenario No. 1, el incumplimiento parcial y/o defectuoso del deber de información impide que el médico pueda alegar que medió consentimiento informado como una causal de exoneración en responsabilidad médica (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 2011).

2.4.3. Escenario No. 3

El médico omite por completo su deber de información, impidiéndole al paciente la posibilidad de tomar una decisión informada y libre.

En este caso, según se ha visto de recientes fallos, los posibles efectos son los siguientes:

i) Que no se pueda alegar que medió consentimiento informado como causal de exoneración de responsabilidad médica; y ii) Que incluso pueda atribuírsele responsabilidad al médico y a la entidad por la sola ausencia de este requisito, tal y como en su momento lo señaló la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de noviembre de 2011. En palabras de esta entidad,

“[...] la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto” (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al “paciente a riesgos injustificados” (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.”

(Subrayado y negrilla fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de noviembre de 2011).

De lo hasta aquí mencionado, es posible afirmar que, cuando no se encuentran presentes la totalidad de los requisitos del consentimiento informado, no se configura un eximente de responsabilidad por los riesgos previsibles. Ello, en la medida en la que hay una omisión, total

o parcial, de la obligación del médico de brindar información clara, detallada y suficiente respecto del procedimiento médico, intervención quirúrgica o tratamiento a aplicar.

Lo anterior, encuentra su sustento en el hecho de que se entiende que la omisión del consentimiento informado genera como consecuencia el desconocimiento de los derechos fundamentales de los pacientes como lo son libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la libertad (Franco, 2014).

Por último, se pone de presente que, si bien obtener el consentimiento informado es fundamental en la relación entre el médico y su paciente, también es indispensable que el mismo sea incluido en la historia clínica de este último. Lo anterior, por cuanto este documento constituye el principal medio de prueba en un proceso de responsabilidad médica, al ser el que le permite al juzgador conocer los tratamientos o procedimientos médicos aplicados. En otras palabras, es la herramienta más idónea para definir si los servicios y atenciones prestados al paciente eran los necesarios de acuerdo con: i) los procedimientos médicos y la *lex artis* aplicables para la época, y ii) las necesidades del paciente, de acuerdo con sus antecedentes y comorbilidades, si las hubiera.

De hecho, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que son deberes tanto del médico como de la entidad hospitalaria la conservación y custodia integral de la historia clínica, pues en caso de incumplirse estos deberes, se configura no sólo una clara inobservancia de la ley, sino también un indicio de falla de servicio en contra del ente hospitalario, cuando, valga decir, el mismo tenga la connotación de ser una entidad pública.

Al respecto, la Sección Tercer del Consejo de Estado, señaló que, en el evento de incumplir estos deberes,

“[...] correspondería a la entidad demandada desvirtuar el indicio de falla –que se convierte en una presunción judicial o de hombre (presumptio hominis)– toda vez que la historia clínica constituye el eje central sobre el cual se estructura no sólo la atención integral médica y hospitalaria, sino que, en el derecho de daños por la actividad

sanitaria se erige como el principal instrumento de convicción e ilustración para el juez, circunstancia por la cual su ausencia genera una presunción judicial – estructurada en las reglas de la experiencia, la sana crítica y la evidencia. [...]”
(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia, 25 de abril de 2012).

3. RESPONSABILIDAD EN MATERIA GINECO-OBSTETRICA

3.1. Concepto

La ginecología es una subespecialidad de la medicina cuyo propósito es atender las necesidades de salud integral de la mujer a lo largo de su vida. No obstante, la misma puede subdividirse en dos ramas; la obstetricia y la ginecología. La obstetricia por su parte es la que ofrece a las mujeres servicios de atención integral durante su etapa de vida fértil, estado de embarazo, proceso de parto, posparto y puerperio, mientras que la ginecología es la encargada de tratar, y de ser posible curar, las enfermedades y padecimientos clínicos de los órganos del sistema reproductor de la mujer, dentro de los cuales encontramos como principales el útero, la vagina y los ovarios (Clínica Imbanaco, s.f.).

Es claro entonces que esta especialidad médica es de fundamental relevancia en la vida de toda mujer, pues le da la posibilidad no solo de ser atendida y tratada en caso de presentar algún padecimiento, sino que también implica mecanismos de control y prevención. De esta forma, su importancia radica en el hecho de que los gineco obstetras deben velar porque sus pacientes reciban no solo los cuidados pertinentes, sino también la asesoría y acompañamiento suficiente. De hecho, en los casos de embarazos, los médicos dedicados a esta especialidad están en la obligación de cuidar no solo la salud física de la madre y del no nacido, sino también en brindarles atención y acompañamiento en aspectos emocionales, psicológicos y sociales de la maternidad (Matos, 2020).

3.2. Obligaciones de los gineco obstetras

En esa medida, surgen diversas obligaciones para los especialistas de las cuales

resaltamos las siguientes, por considerarlas como las principales:

3.2.1. Asesoramiento

Los médicos gineco obstetras tienen a su cargo el rol de ser asesores de las mujeres no solo a lo largo de su embarazo, sino también previo y posterior a ello. Su tarea consiste en brindar recomendaciones generales de conformidad con las necesidades concretas de cada uno de sus pacientes. De hecho, una correcta asesoría por parte del especialista brinda herramientas suficientes a las mujeres para conocerse a sí mismas, crecer y madurar durante toda su vida; además, les permite conocer sobre su estado de salud y tomar las medidas de prevención que se hagan necesarias de conformidad con las recomendaciones que surjan de dichas asesorías (métodos de planificación, mecanismos de prevención de enfermedades de transmisión sexual, citas de control, entre otras cosas). Ello sin contar con el hecho de que en caso de que se presente algún padecimiento médico, un adecuado y confiable asesoramiento es lo que les permitirá a las mujeres decidir qué tratamiento deberán iniciar de acuerdo con sus síntomas y condición (Consulta Ginecología, n.d.).

3.2.2. Control durante el embarazo

El médico tiene la obligación de velar por la salud de madre y el feto durante el periodo de embarazo, debiendo llevar a cabo los controles prenatales que sean necesarios bien sea para corroborar que el embarazo se está desarrollando con normalidad, o para descubrir que existen factores de riesgo que tienen la potencialidad de generar futuras complicaciones. Adicionalmente, están capacitados para intervenir a sus pacientes quirúrgicamente en caso de considerarlo necesario, hacer recomendaciones generales para garantizar que la normalidad del embarazo continúe, proponer tratamientos que disminuyan la probabilidad de que se materialicen los riesgos previstos, y ordenar exámenes y ecografías que le permitan conocer el estado de salud de la madre y el feto y el tiempo de gestación. (Matos, 2020).

3.2.3. Mecanismos de prevención

En línea con lo anterior, los médicos también deberán ahondar en la salud de la madre y tomar las medidas necesarias para identificar posibles problemas de salud y/o comorbilidades capaces de poner en riesgo su vida o salud. Lo anterior por cuanto la detección temprana de estas situaciones, aumentan la posibilidad que tienen los gineco obstetras de realizar los tratamientos o procedimientos que reduzcan los riesgos en el embarazo. (Matos, 2020).

3.2.4. Parto

Una vez culminado el proceso de gestación e iniciado el proceso de parto, los especialistas deberán cumplir cabalmente sus obligaciones de control (e.g. medición de signos vitales), que permitan salvaguardar la vida de la madre y el feto, y brindar su acompañamiento hasta que el bebé nazca. (Matos, 2020).

3.2.5. Postparto y puerperio

Finalizado el proceso de parto, el profesional y su equipo deberán brindarle a la madre las atenciones necesarias para su pronta recuperación. También estarán en la obligación de realizar chequeos constantes a la salud del menor, con el fin de lograr identificar si existen situaciones que puedan ponerlo en riesgo a corto, mediano o largo plazo. Todo ello, claro está, dentro de los límites racionales que los avances tecnológicos así lo permitan.

De lo anterior, se evidencia claramente, que la ginecoobstetricia al igual que las demás ramas de la medicina, no implica, por regla general, obligaciones de resultado en cabeza de los profesionales, sino obligaciones de medio. Un claro ejemplo de esto es que durante el embarazo y nacimiento de un bebé, no existe la posibilidad de garantizar que no se presenten complicaciones, sino que por el contrario la obligación del médico se limita a poner todos los medios necesarios para salvaguardar la vida de la madre gestantes y su hijo cumpliendo a cabalidad los procedimientos comúnmente utilizados, y sólo apartarse de estos si las circunstancias así lo ameritan (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 noviembre de 2011).

Es evidente entonces, para las autoras de este escrito, que si las obligaciones que se

configuran en cabeza de los especialistas son de medio el régimen de responsabilidad aplicable es el de responsabilidad subjetiva. Sin embargo, esto no es tan claro en la práctica, pues como puede evidenciarse en reiterados fallos de los últimos años, existen múltiples contradicciones que denotan el gran vacío legal que hay en el tema.

3.3. Evolución histórica de la responsabilidad médica en materia gineco obstétrica

Como reflejo de lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha adoptado diversas posturas jurídicas en sus fallos respecto de los criterios que deben ser aplicados para evaluar el comportamiento del médico y del hospital en los casos en donde se ha producido un daño. De hecho, se puede observar de la lectura de dichos fallos que además de ser diferentes, los mismos se caracterizan por ser manifiestamente contradictorios. Además, puede evidenciarse que a la fecha las altas cortes no se han ocupado de unificar los criterios de evaluación que deben ser aplicados a los casos de esta naturaleza, generando que los jueces no cuenten con una guía suficiente al momento de resolverlos. Por el contrario, se han adoptado distintas posturas que radican en el criterio y opinión exclusiva del juzgador, quien no cuenta con un precedente jurisprudencial definido.

Esto denota el gran vacío legal que existe y la evidente falta de seguridad jurídica que impera hoy en día, permitiendo que se ponga en tela de juicio si los elementos de la responsabilidad civil se aplican correctamente, o si por el contrario son manifiestamente desconocidos, impidiendo el adecuado entendimiento y ejercicio de los derechos y deberes de las partes, y poniéndolas en estado de incertidumbre e indefensión a lo largo de todo el proceso (Jiménez, 2012).

Es por ello, que en adelante nos ocuparemos de exponer la evolución histórica que ha sufrido la responsabilidad civil médica en materia gineco-obstétrica a lo largo de los años. Para tal efecto, se debe tener en cuenta que son tres (3) las principales posturas que han sido aplicadas por los juzgadores al momento de resolver este tipo de casos. En palabra de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No. 048/22 del 16 de febrero de 2022,

“[...] los casos referidos a daños por actos obstétricos han tenido una dinámica propia [...]:

- En un comienzo, la Sección Tercera se inclinó por considerar que cuando el embarazo había sido normal, pero no terminaba satisfactoriamente, **la obligación de la entidad demandada era de resultado.**
- Luego se insistió en que la imputación de **responsabilidad debía hacerse a título objetivo**, siempre y cuando el proceso de gestación fuera normal desde el inicio.
- Finalmente, existió un cambio de postura y se consideró que no es posible resolver asuntos sobre la prestación del servicio médico de obstetricia bajo un **régimen objetivo de responsabilidad.** En estos asuntos, le corresponde al demandante probar (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causa mediante cualquier medio probatorio, siendo **el indicio la prueba por excelencia** [...]” [Negrilla fuera del texto] (Corte Constitucional, Sección Tercera, 16 de febrero de 2022).

Bajo estas luces, se procederá a profundizar cada una de estas corrientes jurídicas con el fin de entender cómo fueron evolucionando en el tiempo tanto en el Consejo de Estado, como en la Corte Suprema de Justicia y finalmente plantear la opinión que nos merece la postura actualmente aplicable a los casos de esta naturaleza.

3.3.1. Consejo de Estado

3.3.1.1. Primera Etapa: Obligación de resultado

En un primer momento, el Consejo de Estado se inclinó por señalar que las obligaciones que surgían entre un médico y su paciente en materia gineco obstétrica eran de resultado. Ello, siempre y cuando el embarazo hubiera evolucionado con normalidad. El efecto de esta tesis era que si el embarazo no finalizaba satisfactoriamente y según lo que se esperaba, se configuraba una presunción de culpa en cabeza tanto del médico como de la entidad prestadora del servicio de salud, que en la realidad era prácticamente imposible de desvirtuar, causando, en la gran

mayoría de casos, que se condenara a los profesionales de la salud. Al respecto, el Consejo de Estado señaló que,

“[...] cuando se trataba de un embarazo normal, que no ha presentado complicación alguna durante todo el proceso de gestación, pero que se causa un daño durante el parto, la responsabilidad tiende a ser objetiva, por cuanto en ese evento surgía una obligación de resultados, bajo el entendido de que tiene que ver con un proceso normal y natural y no como una patología [...]” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000, citada por: Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de julio de 2011).

3.3.1.2. Segunda Etapa: Responsabilidad objetiva

La segunda etapa, muy al compás con la primera se caracterizó por una imputación objetiva de responsabilidad que partía del presupuesto de que el embarazo era un proceso natural que debía culminar en debida forma. En tal sentido, la labor de los médicos gineco obstetras era vista meramente como un apoyo encaminado a que dicho “proceso natural” finalizara de la mejor manera posible, generando en cabeza de estas obligaciones únicamente de resultado. Esto, siempre y cuando el proceso de gestación fuera normal desde el inicio (Corte Constitucional. Sección Tercera, 16 de febrero de 2022).

Bajo esta tesis, siempre que el proceso de embarazo evolucionara con normalidad, se entendía que el médico debía responder en caso de que se produjera un daño, pues,

“En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultados, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y

natural y no con una patología” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000).

Previo a seguir con la tercera y actual etapa de la responsabilidad médica en materia gineco obstétrica, se hace necesario hacer la observación de que las primeras dos tesis adoptadas, si bien reciben nombres diferentes, tenían el mismo efecto práctico. En la primera etapa, la responsabilidad terminaba siendo objetiva debido a que las obligaciones del médico eran de resultado, mientras que, en la segunda, al ser las obligaciones de resultado, la responsabilidad termina siendo objetiva. Es claro entonces que, si bien el Consejo de Estado buscó darle un giro a su precedente, el efecto de dicho propósito fue imperceptible, pues al final del día, las dos posturas conducían a un mismo resultado, aunque fuere por caminos diferentes; en otras palabras, el orden de los factores no alteraba el producto: la existencia de una presunción prácticamente imposible de desvirtuar.

3.3.1.3. **Tercera Etapa: Responsabilidad subjetiva con indicio de falla de servicio.**

No obstante, todo lo anterior se ha replanteado, llevándonos a la tesis actualmente vigente, según la cual,

“no es posible resolver asuntos sobre la prestación del servicio médico de obstetricia bajo un régimen objetivo de responsabilidad. En estos asuntos, le corresponde al demandante probar (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causa mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010).

Sin embargo, esta postura ha partido de una premisa fundamental: en caso de que se cause un daño durante el proceso de parto, se configura un indicio de falla de servicio

“[...] en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la

responsabilidad.

Por consiguiente, a la parte actora - en estos supuestos - , le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto [...] (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2011).

En virtud de esta postura, se entiende que, cuando un embarazo ha transcurrido con normalidad, es un indicio de falla de servicio el hecho de que se presente un daño al momento del parto. Así, la parte demandante tendrá a su cargo la labor de probar que el embarazo evolucionó de forma regular y que fue en el momento en el que se atendió el parto (y por ende intervino la actuación médica) que se configuró el daño. Y, por consiguiente, le corresponderá a la parte demandada desvirtuar el indicio que, como se infiere, se convierte en una presunción.

Es importante destacar, que esta postura encuentra su sustento en el hecho de que las obligaciones que emanan de la relación médico - paciente en materia gineco obstétrica son de medio y no de resultado. Además, como se ha expuesto, cuando del cuerpo humano se trata, la posibilidad de que surjan riesgos, y más aún se materialicen, incrementa más que en otro tipo de obligaciones. En esa medida, la medicina surge como un mecanismo de prevención, cuidado y asistencia en la atención de padecimientos clínicos, cuyo fin es mitigar y/o intentar curarlos, sin que sea posible garantizar un resultado cierto y favorable. Es entonces cuando podemos afirmar que el ejercicio de la medicina, implica la confluencia de múltiples factores aleatorios, que si bien pueden disminuirse en porcentajes casi absolutos, no pueden ser erradicados en su totalidad; ni siquiera acudiendo a profesionales con décadas de experiencia y ampliamente especializados en su área de expertis (Franco, Saavedra, Guzmán, 2004).

De lo anterior, es posible afirmar que, a la fecha, los principales criterios que ha acogido el Consejo de Estado para identificar si hay o no responsabilidad son los siguientes:

- Normalidad o anormalidad del embarazo como principal indicio del proceso.

- Nivel de atención de las IPS en Colombia.
- Circunstancias previas al parto.
- El acto médico como actividad compleja.

3.3.2. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

A diferencia de lo que ocurre en el Consejo de Estado, la responsabilidad médica en materia gineco-obstétrica no ha tenido avances significativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ello es así con todo y que en los últimos años ha incrementado el número de sentencias sobre esta materia. Así, por ejemplo, en la última década se profirieron, entre otras, las siguientes sentencias de casación: SC4124-2021, SC3344-2021, SC3728-2021, SC292-2021, SC-562-2020, SC-9193-2017, SC-16690-2016, SC-12947-2016, SC-11335-2015, sentencia del 28 de junio de 2013 exp- No. 1998-05970-01. Todas estas decisiones tienen en común que los daños reclamados provienen de la deficiente atención a la madre o al menor durante el parto o en los días inmediatamente siguientes.

Sin embargo, puede evidenciarse cómo, a pesar del incremento de litigios y controversias existentes en esta materia, no existe un marco jurisprudencial específico que posibilite la solución de estos conflictos bajo reglas y parámetros estándares que le sirvan de guía a los jueces de conocimiento, generando una evidente incertidumbre jurídica.

Es así, como los jueces se han visto en la necesidad de aplicar las reglas tradicionales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual para dar solución a este tipo de controversias, acudiendo en la gran mayoría de los casos a los principios y normas consagrados en el Código Civil Colombiano. Dicha aplicación los ha llevado a concluir que, en los procesos llevados en contra de médicos, instituciones prestadoras de servicios de salud, o entidades promotoras de salud,

“[...] la regla de principio es que al actor le corresponde probar que la parte demandada incurrió en culpa, esto es, tratándose de un acto médico, que el personal sanitario actuó por fuera de los dictados de la lex artis, postura que, dadas las

dificultades para el paciente de demostrar cuestiones de orden técnico científico, se ha venido, paulatinamente, morigerando con la introducción de figuras como la carga dinámica de la prueba, que permiten tanto hacer justicia a las víctimas del daño como garantizar el derecho a un debido proceso de los profesionales de la medicina, sin llegar a extremos de instituir, por fuera del marco de la ley, una responsabilidad objetiva (o estricta); o la culpa presunta como en la responsabilidad por actividades peligrosas; o un principio pro damnato o favor victimae, que a toda costa propenda por indemnizar a ese otro que ha recibido el daño, al que se refiere el artículo 2341 de la mencionada codificación [...]”(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de febrero de 2021).

4. OTROS FACTORES A TENER EN CUENTA: LOS DISTINTOS MOMENTOS EN QUE EL MÉDICO TIENE CONTACTO CON EL PACIENTE Y SU RESPONSABILIDAD

Agotado lo anterior, el tema que nos ocupará de aquí en adelante consiste en hacer un análisis casuístico de los distintos momentos en los que un médico gineco obstetra tiene contacto con sus pacientes. Para cumplir con dicho objetivo, acudiremos a diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en los cuales se han desarrollados casos en contra de médicos y/o entidades prestadoras de salud a las que se les ha intentado atribuir responsabilidad por daños que sus pacientes han sufrido. Esto con el fin de observar las distintas posturas y tesis que se han adoptado en relación con la salud reproductiva de las mujeres.

De esta forma, se analizarán tres sentencias relevantes a la materia que nos permitan diferenciar tres momentos en particular; a saber: i) Cuando la paciente no está en embarazo; ii) Cuando la paciente está en estado de embarazo; y ii) Cuando la paciente está en trabajo de parto. Permitiéndonos entender las reglas, parámetros y criterios adoptados por estas corporaciones al momento de dictar su fallo.

4.1.Sentencia del 18 de marzo de 2015 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente, Olga Mélida Valle de la Hoz: Caso de responsabilidad cuando la paciente no está en embarazo

La Sala decide en esta providencia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (mujer XX) contra la sentencia del 13 de agosto de 2004, la cual fue proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, en la que se decidió declarar administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales, entidad demandada en el proceso.

La demanda pretendía que se declarara al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), al Seccional Antioquia y a la Nación Colombia (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social) patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a la mujer XX por una deficiente prestación del servicio médico el día 11 de mayo de 1995. Por esta razón, se solicitó el pago de perjuicios morales y daños fisiológicos, tanto para la víctima como para sus padres.

El sustento de la demanda presentada se basa en los hechos ocurridos el 11 de mayo de 1995, cuando la mujer XX acudió al ISS, Sección Antioquia, CAB del municipio de Bello, en su condición de afiliada, para que le practicaran una citología ordenada por el Doctor Argiro Berrio. La médica que la atendió fue la Doctora Patricia Chaverra, quien en su afán de realizar el examen ocasionó dos desgarros vaginales, que fueron calificados por el médico legista como una desfloración reciente y anticipada. XX era una mujer que para la fecha de los hechos tenía 27 años y que debido a los desgarros se le causó la “pérdida de su virginidad”, generándole un cuadro de ansiedad fóbica.

La sentencia de primera instancia del 13 de agosto de 2004 declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva interpuesta por el ministerio demandado y condenó al ISS a la reparación del daño antijurídico invocado, por lo cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, la parte actora y la entidad demandada ISS, no estuvieron conformes con la decisión de primera instancia y radicaron recurso en contra de dicha providencia. La parte actora argumentó que los perjuicios morales de los padres de la víctima sí estaban establecidos y que se debió condenar en costas a la entidad demandada pues al negar la existencia del daño antijurídico, se causó un desgaste innecesario para la administración de justicia. Por otro lado, la ISS argumentó que la experticia que sirvió de base para sustentar el fallo fue el dictamen practicado por Medicina Legal, el cual no cumplía con los requisitos establecidos en la ley y que en el proceso no quedó en ningún momento demostrado el daño antijurídico, toda vez que no se trata de una lesión resarcible.

En el caso concreto, la Sala considera que asociar la virginidad con la pérdida del himen, causa que se discrimine a la mujer y la pone en una situación desigual frente al hombre. Hace especial énfasis en la doctrina médica la cual sostiene que,

“un himen intacto no es prueba de la virginidad; una ruptura de himen no es indicativo de que un encuentro sexual haya ocurrido... Es generalmente imposible decir con total exactitud si una mujer es virgen o no. Sin embargo, la existencia del himen es un vestigio embriológico, que demuestra la importancia psicológica, sociológica y cultural del significado que rodea a esta membrana.” (Sloane, 1985 como se citó en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 18 de marzo de 2015).

Por esta razón, llegó a la conclusión de que en el caso concreto no se produjo una pérdida de la virginidad de XX, pues el desgarró de su himen no provino de una relación sexual, pero que sí es cierto que padeció una alteración psicofísica, pues la entidad demandada le perforó dicha membrana en un procedimiento en el que dicho riesgo era inexistente.

Debido a esto, la Sala estuvo de acuerdo con lo mencionado en primera instancia, pues en razón a la importancia que se le ha dado al himen a nivel tanto cultural como social, a la mujer XX sí se le causó un daño que no estaba en deber de soportar. Proyectándole, además, la errada idea de que había perdido la virginidad y por consiguiente causándole un cuadro

psicológico probado dentro del proceso. Además, la Sala consideró que se trataba de una lesión que no se puede catalogar como tolerable en términos de riesgo previsible, pues la realización de la citología no conlleva la desfloración de la mujer. Tanto es así que se han profirido cadenas penales en contra de los galenos o paramédicos que en procedimientos de citología han perforado el himen de sus pacientes, pues los jueces deben garantizar la protección de la mujer dentro de la órbita de su libertad sexual y reproductiva para que se les respeten sus creencias religiosas y sociales.

Por otro lado, la Sala abordó el análisis de imputación concluyendo que se **presentaron una serie de indicios que permitían establecer la imputación fáctica y jurídica en el caso concreto**, pues el ISS aceptó la práctica del examen de laboratorio en la contestación de la demanda y nunca cuestionó la configuración del suceso a lo largo del proceso. Por lo cual, el desgarró del himen constituía un indicio claro del daño, que le permitió a la Sala asumir la configuración de un actuar negligente en el caso concreto. En otras palabras, la Sala infirió la falla del servicio con la sola presencia del daño, basándose en un análisis probabilístico de la posibilidad de ocurrencia de un desgarró en la práctica de una citología.

Es por esto, que la Sala confirmó la decisión apelada, al dar por probada la responsabilidad del demandado. Ello, toda vez que el daño antijurídico se encontró establecido, siéndole imputable a la administración pública, como causante material del mismo y **habiendo sido generado de manera negligente por la inobservancia del deber de cuidado y de la *lex artis ad hoc***. Lo anterior teniendo en cuenta que dentro de los riesgos de la citología no se encuentra en ningún momento la lesión del himen ni mucho menos su desgarró.

Finalmente, confirmó parcialmente la decisión tomada en sentencia del 13 de agosto de 2004 por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, al estar de acuerdo con la responsabilidad atribuida al ISS. Sin embargo, modificó los perjuicios establecidos en dicha sentencia pues consideró que los padres de XX sí

tenían derecho a recibir perjuicios morales por el daño causado a su hija en razón al procedimiento médico que le desgarró su himen.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, es evidente que el Consejo de Estado en este caso, se guió por el indicio como prueba reina en el proceso. También tomó en consideración la confesión de la entidad demandada al confirmar que el desgarro del himen sí fue producto de un procedimiento realizado en sus instalaciones.

Es claro entonces que la teoría tomada en este caso fue la responsabilidad subjetiva con indicio de falla de servicio. En virtud de esta teoría, se buscó dar protección no solo a las creencias de los pacientes sino también obligar a las entidades prestadoras de salud a responder patrimonialmente por los yerros cometidos por culpa o negligencia en la atención a sus pacientes.

4.2.Sentencia SC 9193 del 28 de junio de 2017, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil; M.P. Ariel Salazar Ramírez: Análisis de responsabilidad médica por deficiencias en la atención durante el periodo de gestación:

En este proceso, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ocupó de resolver el recurso de casación interpuesto por los señores Luz Mery Zambrano Acevedo, Richard Mauricio Sanabria Bello, Betty María Acevedo de Zambrano, Josué Gabriel Zambrano Ruiz y Juan Sebastián Sanabria contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, dentro del proceso ordinario que se promovió contra E.P.S. Sanitas S.A.

La parte demandante pretendía que se declarara la responsabilidad civil de E.P.S. Sanitas S.A., bajo el argumento de que la señora Luz Mery Zambrano había recibido atención tardía y deficiente por parte de la entidad accionada durante su trabajo de parto, lo cual causó el menoscabo a la salud de su hijo Juan Sebastián Sanabria, y múltiples perjuicios sobre la totalidad de los demandantes. Debido a ello, solicitaban ser indemnizados por los siguientes perjuicios: i) En el caso de la madre, daño moral; ii) en el caso de los abuelos del menor, daño

moral; y iii) en el caso del menor, perjuicio fisiológico o a la vida en relación, daño moral, y lucro cesante equivalente a las sumas de dinero que éste hubiera podido devengar en su vida adulta como producto de una actividad económica productiva y lícita.

Sus pretensiones se sustentaron en los siguientes hechos. Luego de que la señora Luz Mery Zambrano quedara en estado de embarazo, comenzó a asistir regularmente a controles prenatales en la Clínica Colombia, en calidad de afiliada a la E.P.S. Sanitas S.A. En uno de dichos controles, y luego de que el embarazo ya estuviera bastante avanzado (39 semanas), se le diagnosticó actividad uterina irregular, la cual es señal de un proceso de embarazo anormal; se le solicitó regresar al cabo de una semana para practicar un nuevo examen. No obstante, al día siguiente del diagnóstico, la demandante acudió a urgencia del mismo centro hospitalario luego de padecer “*un dolor punzante en la región lumbar irradiado a la pierna derecha y dolor abdominal*” que podían indicar el inicio de la labor de parto. A pesar de ello, en la historia clínica no se dejó constancia ni de la actividad uterina ni de tacto vaginal requerido, ni indicación alguna de monitoreo para el control del bienestar fetal; limitándose a indicar en este documento que había frecuencia fetal positiva, sin que existirá evidencia real y objetiva que diera respaldo a dicho diagnóstico. Además, se le aplicaron algunos medicamentos para el dolor a la paciente y la devolvieron a la casa. Nunca remitieron a la paciente con un especialista.

Ese mismo día, en horas de la tarde, la paciente acudió al hospital por tercera vez ante el notorio incremento del dolor, manifestando que estaba presentado un intenso dolor periumbilical y varios episodios de vómito; así mismo, hizo énfasis en que no sentía movimiento fetal. Ante estos síntomas, se llevaron a cabo múltiples exámenes en los cuales se pudo evidenciar que la paciente efectivamente había entrado en labor de parto desde hace algunas horas. Además, la ausencia de movimientos fetales indicó que había pérdida del bienestar del *nasciturus*, pues “*sugerían un grado de sufrimiento fetal agudo*”. A pesar de ello, las indicaciones médicas fueron continuar con una labor de parto natural.

Durante el proceso de parto, se ordenó llevar a cabo un proceso de monitoreo fetal, lo cual fue incluido en la historia clínica de la paciente, sin que el mismo se hubiese practicado, como también consta en la historia clínica. Se recalca que, según indicaban los exámenes practicados por el médico tratante, se debió proceder a la extracción inmediata del menor a través de un proceso de cesárea.

Luego de varias horas de parto, finalmente nació el menor Juan Sebastián Sanabria “*flácido, sin patrón respiratorio, cianótico y poco reactivo a estímulos externos*”. Vale la pena precisar que los tratamientos que se le practicaron para mejorar su condición fueron inútiles o muy poco efectivos. El diagnóstico del menor al nacer, consignado en la historia clínica fue el siguiente: “*Síndrome de dificultad respiratoria neonatal, necrosis tubular aguda (hematuria) , falla cardiaca y disfunción orgánica múltiple*”.

Por esta razón, el menor quedó con parálisis cerebral y minusvalía, causadas aparentemente por el sufrimiento fetal agudo que presentó *in útero*, debido a que el parto no se atendió en el tiempo debido. Además, salió del hospital en muy malas condiciones de salud. Se precisa que a la madre nunca le fue informada la situación, y solo se enteró de ella un año y medio después, luego de solicitar la historia clínica del menor.

Los hechos relatados, fueron puestos en conocimiento del juez de primera instancia quien consideró que no existían elementos de juicio para tener por demostrada la culpa de la entidad demandada en la atención brindada a la paciente antes y durante el trabajo de parto. En este fallo, se omitió la opinión de un experto quien indicó que sí existió un signo de sufrimiento fetal. En tal virtud, consideró que el personal médico actuó de conformidad con la *lex artis*, por lo que no podía afirmarse que hubiese mediado culpa del personal médico.

Frente a lo anterior, los demandantes recurrieron el fallo, pero el juez de segunda instancia refrendó la decisión, por considerar que no había pruebas de la culpa de la entidad demandada ni de su relación con los daños sufridos por el menor. En este fallo se concluyó que

no quedó demostrada la tardanza, negligencia o imprudencia de la demandada en la atención brindada a la actora, por lo que no se comprometió su responsabilidad patrimonial.

En razón de los argumentos expuestos, la parte demandante acudió al recurso de casación, el cual fue resuelto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien optó por casar el fallo de segunda instancia y proferir una sentencia sustitutiva.

En casación, la Corte concluyó que existió una indebida valoración de las pruebas por parte del tribunal, quien no corroboró los testimonios practicados con normas técnicas aplicables a la materia. También recalcó que, en segunda instancia, el juez no se detuvo a analizar elementos fácticos que permitían comprobar que el embarazo fue riesgoso y que la entidad demandada procedió de manera negligente, poniendo en riesgo y afectando la salud del menor. Con base en la valoración probatoria efectuada por la Corte, se llegó a la conclusión de que el parto debía efectuarse por medio de cesárea, considerando la situación de riesgo en la que se encontraba el menor.

En relación con el nexo causal, la Corte fue clara en señalar que el tribunal había incurrido en un error al considerar que no era claro el nexo causal entre los perjuicios del menor y el desarrollo de la actividad médica. Pues, finalmente se dio por probado que una de las complicaciones del tratamiento tardío fue que el menor inhalara sangre materna generando problemas respiratorios e hipoxia, lo cual, a criterio de la Corte implica el claro nexo causal entre el perjuicio sufrido por el menor y la mala práctica médica.

A continuación, se pone de presente el principal argumento de fondo que tuvo en cuenta la Corte al momento de dictar su fallo: “El derecho fundamental a la salud de calidad y su incidencia en la responsabilidad civil”.

Para esta entidad, la salud tiene que ser entendida no sólo como un servicio público a cargo del Estado, sino como un derecho fundamental que implica la obligación en cabeza de las EPS e IPS de velar por la prestación de una atención en salud oportuna y de calidad, sustentada en criterios científicos, a partir de un enfoque sistémico e integral. Lo anterior, por

cuanto son las EPS quienes tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio de salud.

En tal virtud, se hace menester que los servicios sean prestados con los más altos estándares de calidad, entendidos como el conjunto de políticas, reglas, instrucciones y procedimientos establecidos por las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social y el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud para todas las operaciones principales, tanto administrativas como asistenciales. Es así, como la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud, son circunstancias constitutivas de **responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio**. Siempre y cuando lesionen con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

De esta forma, la inobservancia de los criterios establecidos por el conocimiento científico afianzado u objetivo constituye un **indicio de la culpa directa de la organización o de sus agentes particulares** cuando tales violaciones están descritas por la evidencia médica como factores de riesgo desencadenantes de los daños sufridos por el usuario. Pues, **es claro que la violación de los reglamentos administrativos expedidos por las entidades que conforman el sistema de salud, lleva implícita la culpa**, en aquellos casos en los que, según la Corte, se logre atribuir a la infracción el resultado adverso por violación de los deberes objetivos de cuidado o prudencia en cada caso específico.

Se recalca en el análisis de la Corte, que no es posible seguir analizando la tesis de “obligaciones de medio” desde la óptica de la época de los noventa en la que cada persona tenía a su “médico de confianza”. Pues, para esta entidad, dicha *lex artis* se caracterizaba por ser difusa, insuficiente y poco objetiva frente a los avances médicos existentes hoy en día. Para esta corporación, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de

Salud del SGSSS, la *lex artis ad hoc* “es un concepto concreto, medible, transparente y constatable a la luz de los dictados de la medicina evidencial, que no solo es bien intencionada, sino que además está bien orientada, documentada y experimentada” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 2017).

Bajo este entendido, es necesario que los juzgadores acudan a parámetros objetivos para valorar las pruebas de conductas tanto activas como omisivas de los agentes prestadores de los servicios de la salud, a fin de lograr establecer si se configuran o no los requisitos mínimos para poder atribuir responsabilidad.

Se recalca también la importancia de que los profesionales de la salud adopten en sus conductas protocolos estandarizados basados en evidencia científica, como aquellos que se hagan necesarios de conformidad con la experiencia y las circunstancias. De hecho, bajo este supuesto, el fallo establece que,

“En materia gineco obstetricia específicamente, la práctica de la medicina basada en la evidencia, exige que el ginecobstetra comprenda y aplique principios de epidemiología clínica, que realice búsquedas bibliográficas eficientes y que lleve a cabo una apreciación crítica de esa información para resolver los problemas clínicos y tomar las mejores decisiones posibles” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 2017).

Con base en lo anterior, la Corte se ocupó de hacer un análisis del material fáctico y probatorio, dando por acreditado el manifiesto daño en la salud del menor, y entrando a analizar el juicio de reproche culpabilístico a cargo de la entidad accionada. En su análisis pudo concluir que, debido a las condiciones físicas que presentaba la gestante, y tomando en consideración las normas y protocolos aplicables para tales circunstancias, era necesario que se efectuara una cesárea inmediata, la cual no se llevó a cabo. Señaló también que en la historia clínica no había evidencia de que se hubieran efectuado los controles prenatales requeridos o en general los exámenes necesarios para identificar factores de riesgos y así poder mitigarlos.

Por último, la Sala precisó que, el análisis individual y en conjunto de las pruebas aportadas al proceso de conformidad con las reglas de la sana crítica, bastaban para demostrar la presencia de todos los supuestos de hecho exigidos en la norma sustancial para que se declarase responsabilidad civil. Al respecto, trajo a colación que, es necesario diferenciar el concepto de “carga de la prueba” con el de “aportar pruebas” en el sentido de que el primer término no cuenta con regulación legal propia, sino que tiene un origen histórico-conceptual que implica una regla general de que el juez debe motivar sus conclusiones sobre el fondo del litigio, según encuentre probados o no los supuestos de hecho previstos en la consagración normativa aplicable. En otras palabras, a través de la carga de la prueba, el juez queda posibilitado para aplicar un silogismo lógico en virtud del cual logre concluir que los supuestos fácticos, cumplen los requisitos de la norma general y abstracta y, por ende, hay lugar a aplicar la consecuencia jurídica allí enunciada.

Por su parte, el deber de aportar pruebas hace referencia a la orden que da el juez a una u otra parte de recopilar y suministrar al proceso el acervo probatorio que permita demostrar las hipótesis fácticas alegadas. En otras palabras, el deber de suministrar pruebas es diferente a la carga de la prueba, ya que no es un mandato dirigido al juez que le impida aplicar la consecuencia jurídica que la ley prevé si no se demostraron los supuestos de hecho que ella consagra, sino que está orientado a regular la actividad probatoria de las partes bajo criterios y principios generales de derecho (justicia, equidad, lealtad procesal, buena fe, cooperación, solidaridad y consecución de la verdad material).

Es así, como concluye diciendo que, ocurre con mucha frecuencia que una de las partes pretenda invocar una distribución o dinamización de la carga de la prueba, en aquellos casos en los que simplemente se trata de demostrar los enunciados fácticos a través del uso de pruebas indiciarias, como ocurrió en el caso en cuestión. Al respecto señala que,

“La construcción, valoración y contradicción de pruebas circunstanciales indirectas o inferenciales se rige por las reglas específicas que para esos medios probatorios

consagra el estatuto procesal, sin que sea admisible confundir tales operaciones del entendimiento con una especie de flexibilización o atenuación del principio de la necesidad de la prueba, pues siempre que existan hechos probados a partir de los cuales se pueda inferir la presencia de una presunción de hombre o de un indicio para demostrar la existencia de otros hechos que no pueden probarse directamente, las partes podrán sugerir o postular las hipótesis circunstanciales en sus alegaciones finales, y el juez tendrá que elaborar en la sentencia el respectivo razonamiento indiciario o presuntivo, según el caso, para evitar incurrir en un vicio de motivación por deficiencias en la valoración material de las evidencias” (Subrayado fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 2017).

En virtud de lo anterior, la Corte condenó a E.P.S. Sanitas S.A. a pagar perjuicios tanto patrimoniales como extrapatrimoniales a los demandados.

Ahora bien, una vez analizada esta sentencia, creemos pertinente poner de presente que este es un claro ejemplo de la incertidumbre jurídica que existe en relación con la responsabilidad médica en materia gineco obstétrica. Los motivos para hacer esta afirmación se exponen a continuación.

En primera medida, es interesante analizar cómo en primera y en segunda instancia se absolvió a la entidad accionada por considerar que no existían pruebas suficientes que demostraran el nexo de causalidad entre el accionar de la EPS y el daño sufrido por el menor. Luego, en casación se le condenó mediante la valoración de hechos y pruebas que daban lugar a la configuración de presunciones e indicios de culpa y negligencia en cabeza de la demanda. Sin embargo, lo más interesante a criterio de las autoras, es que ni siquiera en la Corte se logró llegar a un acuerdo, pues, en esta sentencia medió una aclaración de voto y un salvamento de voto que demuestran el debate interno que se generó en torno a este caso.

En cuanto a la aclaración de voto, si bien pretendía desde un inicio hacer algunas aclaraciones jurídico-teóricas sin buscar contradecir a la Corte, sí terminó planteando algunas

consideraciones de fondo que creemos, denotan en cierta medida la incertidumbre existente en este campo del derecho. Un claro ejemplo de ello puede analizarse cuando el magistrado sostiene que,

“Para finalizar este acápite, con todo respeto, califico de inconveniente que la Corte se arrogue la facultad de definir el tratamiento médico que debió dispensarse a la gestante -desembarazo por cesárea-, soportado únicamente en la valoración de la historia clínica y algunos artículos académicos, en contravención de la conclusión a la cual arribaron los obstetras que manejaron la situación. En especial, por ignorarse que una cesárea es un tratamiento que «tiene indicaciones precisas... [y] sólo se debe indicar cuando un parto vaginal sea riesgoso... El parto vaginal debe, entonces, intentarse siempre y solamente por razones de salud se debe optar por otra vía». De hecho, estudios recientes asocian la cesárea con una mayor probabilidad de síndrome de dificultad respiratoria neonatal, por lo que su realización debe ser excepcional y sólo frente a situaciones de riesgo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 2017).

A pesar de ello, el magistrado no se opuso al fallo en este caso, pues en su parecer, la entidad prestadora de salud sí incurrió en errores que daban lugar al deber indemnizatorio, sin que ellos fueran los mismos detectados por la Sala en pleno.

En lo que respecta al salvamento de voto, el mismo se presentó por cuanto el magistrado no estaba de acuerdo con que se hubiera condenado a la entidad. Para él, no se probaron ni las pretensiones indemnizatorias ni el nexo causal entre los problemas de salud del menor y la supuesta actuación culposa o negligente de la entidad prestadora de salud. Sostiene en su salvamento que,

“La decisión de la construcción condenatoria de la que decido, no solo rompe la estructura del recurso de casación, también sumerge la doctrina de la responsabilidad civil de la Corte en la inseguridad jurídica y cimenta su decisión en pruebas inexistentes

*para condenar, tras alterar el principio de la carga de la prueba, aún, a costa de afectar el debido proceso de la parte demandada. Finalmente, **resulta inadmisibile, que toda la actividad médica acá vista desde el marco de la responsabilidad objetiva, todo lo cual quiebra los cánones de la razonabilidad jurídica y de la doctrina de esta Corte sobre las obligaciones de medios y de resultados, pero también desconoce la misma ley colombiana** [...]*” (Subrayado y negrilla fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 2017).

Su afirmación se centra en el hecho de que el problema jurídico en cuestión era de tan alta complejidad, que mal obró la Sala al tomar una decisión con fundamento en: i) Suposiciones valorativas de la prueba; y ii) la contrastación de una eventual o presunta “literatura científica médica” apartada de la realidad del acto médico juzgado. Sostiene además que la Sala cometió un error al darle la condición de medio probatorio adicional a la literatura médica como sustento para su decisión, al margen de las pruebas efectivamente allegadas al proceso. Alega que dichos “medios probatorios adicionales”, erigidos como bastión para edificar la condena, fueron incluidos en el proceso sin haber sido, y debiendo serlo, objeto de contradicción probatoria por parte de la accionada. Y sin ello ser suficiente, se omitió llevar a cabo un real y suficiente análisis crítico de las pruebas técnicas de rigor, generando que no se pueda saber si dicho acervo conceptual adoptado por la Sala es realmente aparente o fundado, y si verdaderamente son válidos los criterios que “con pretensión científica” fueron expuestos al interior de las Sala.

En síntesis, la postura del magistrado se reduce a afirmar que las pruebas que soportaron el fallo no debían ser tenidas en cuentas pues primero, no fueron ni solicitada ni contradichas por las partes, y segundo, porque eran meras ilustraciones de “*presunta lex artis*” que se limitan a traducir un “*planteamiento teórico conjetural hipotético*”, que no necesariamente era aplicables a los hechos en cuestión. Es así, como concluye este punto diciendo que,

“Un hecho dañoso puede ser doloroso y gravísimo, pero la prudencia, la Constitución y la ley, imponen al juez decidir objetivamente, signado en un todo, a las estrictas reglas del proceso y de la prueba. Un proceso y una condena no se pueden fundar en una lex artis que dista de la verdadera realidad fáctica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 2017).

Finalmente, el magistrado acusa a la sentencia de alejarse de la doctrina probable decantada por la Corte, sin dar a conocer *“cuál es la razón para dar un giro absurdo en la concepción de responsabilidad”*. Lo anterior, por cuanto, en opinión del magistrado disidente, en esta sentencia se acoge la tesis de que la responsabilidad médica es objetiva, eliminando de tajo la naturaleza de obligación de medio que se le otorga a la actividad galénica.

4.3.Sentencia de unificación SU-048 de 2022 de la Corte Constitucional; M.P. Cristina Pardo Schlesinger: Análisis de responsabilidad por daños durante la labor de parto y violencia obstétrica en contra de la mujer:

La Sala Plena de la Corte Constitucional entró a revisar los fallos proferidos el 1 de febrero de 2021 por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera instancia, y el 28 de mayo de 2021 por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Diana Isabel Bolaños Sarria y otros en contra de la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, pues de acuerdo con los accionantes se vulneraron sus derechos al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, al negar las pretensiones de la demanda de reparación directa que presentaron contra el Hospital Susana López de Valencia.

En la demanda, la accionante alegó que la Empresa Social del Estado Hospital Susana López de Valencia había incurrido en una falla en la prestación del servicio médico durante el trabajo de parto que derivó en la muerte de su hijo. Debido a ello, solicitó que el Hospital fuera

declarado administrativamente responsable por los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados a los demandantes. Adicionalmente, alegó que el personal médico y de enfermería incumplió el numeral 6.2 de la Norma Técnica de Atención del Parto expedida por el Ministerio de Salud que recomienda tomar la frecuencia cardiaca fetal por un minuto completo, por lo menos cada 30 minutos en la etapa de trabajo de parto. Lo anterior, ya que este acto se omitió, causando que fuera imposible percatarse de la disminución en la frecuencia cardiaca del feto y por ende imposibilitó que se pudiera descubrir a tiempo la asfixia que éste estaba presentado, y que terminó por acabar con su vida.

Los hechos relevantes por los cuales se generó la controversia del caso se resumen en que, en la madrugada del 9 de abril de 2010, la señora Diana Isabel Bolaños quien se encontraba en estado de embarazo, presentó sangrado y contracciones, por lo cual debió asistir a las 5:30 am al Hospital Susana López de Valencia de la ciudad de Popayán. Allí, se realizó un monitoreo fetal, así como tacto vaginal y se encontró que tanto ella como el feto estaban en buen estado de salud. Se le indicó, además, que debía regresar en las horas de la tarde. Por esa razón, la señora Bolaños se acercó al Hospital Susana López de Valencia a las 6:50 pm donde presentó un incremento en la actividad uterina que suponía el inicio del parto, razón por la cual fue hospitalizada.

Debido a esta situación, en la historia clínica se registró que se le realizaron diversos controles en el trabajo de parto hasta las 2:57 am, dejando un periodo de tiempo sin ningún reporte hasta las 7:34 am en donde se dejó constancia del nacimiento del hijo de la señora Bolaños mediante parto vaginal instrumentado. Lastimosamente, el recién nacido sufrió un paro cardiorrespiratorio durante la extracción, causando que naciera sin signos vitales y con un triple circular del cordón umbilical tensado en el cuello que le generó una asfixia perinatal severa, por lo cual, fue necesario practicar reanimación cardiopulmonar y, además el menor fue diagnosticado con una cardiopatía congénita. Este hecho requirió que fuera trasladado a la Clínica la Estancia de la ciudad de Popayán el 10 de abril de 2010, donde permaneció en

condiciones críticas hasta el 20 de abril de 2010, momento en el que falleció tras sufrir un nuevo paro cardiorrespiratorio fulminante.

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia de primera instancia del 19 de enero de 2017, declaró administrativa y patrimonialmente responsable al Hospital Susana López de Valencia por los perjuicios causados a los demandantes con la muerte del recién nacido, indicando que,

*“[...] de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando un embarazo ha transcurrido con normalidad, **los daños que puedan llegar a ocurrir durante el trabajo de parto constituyen un indicio de falla del servicio médico.** Advirtió que el embarazo de la señora Diana Isabel Bolaños Sarria transcurrió normalmente, como evidenciaron los controles prenatales a los que acudió, como se registró al momento de ingresar al hospital demandado y como lo registraron los diagnósticos efectuados durante el trabajo de parto.”* (Subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013).

De esta forma, concluyó que, si bien no era posible determinar la causa de la patología del recién nacido, si era viable: *“**derivar responsabilidad del centro hospitalario** que tuvo a su cargo el cuidado de la etapa de parto, **acudiendo para ello al indicio de falla del servicio médico aplicable en los eventos de atención gineco-obstetra**”* (Subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013).

Sin embargo, la Subsección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de sentencia de segunda instancia del 03 de julio de 2020, revocó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones de la demanda por no haberse demostrado la falla del servicio. Toda vez que la frecuencia fetal debe tomarse al menos una vez cada 30 minutos como recomendación, más no como un mandato, tal y como como lo quería hacer ver la parte actora. Además, hace énfasis en que nunca se probó que en el lapso entre los dos últimos monitoreos se hubiera producido la asfixia perinatal.

Debido a la decisión de segunda instancia, la parte actora presentó acción de tutela argumentando que la autoridad judicial vulneró sus derechos al debido proceso, a la igualdad, entre otros, al incurrir en: i) Defectos sustantivos por desconocimiento del precedente judicial; ii) defectos procedimentales por exceso ritual manifiesto; y iii) defectos fácticos. Por esta razón solicitaron que se dejara sin efecto la sentencia cuestionada y que se ordenara a la autoridad judicial que profiera un nuevo fallo en procura de sus derechos.

Aunado a ese argumento, la actora trajo a colación una figura novedosa en el ámbito de la responsabilidad civil, la cual se denomina “Violencia Obstétrica”. Pues en su parecer era compatible con el trato que había recibido en el Hospital, donde consideró que habían vulnerado sus derechos como mujer y como materna. Es necesario entender, que esta figura es catalogada como una forma violencia de género, definida por el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como

“[...] el abuso de mujeres como usuarias de los servicios sanitarios se torna en una importante forma de violencia de género, que incluso en algunas situaciones puede constituir en sí misma una tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Corte Constitucional. Sección Tercera, 16 de febrero de 2022).

Teniendo en cuenta lo anterior, en sentencia de primera instancia del 01 de febrero de 2021, la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que resolvió la acción de tutela, negó el amparo solicitado, bajo los argumentos de que: i) El indicio de exceso ritual manifiesto se subestimó, ii) no se configuró un defecto fáctico toda vez que se valoraron los dictámenes parciales y las normas técnicas, y iii) Que el hecho de que el embarazo hubiera transcurrido con normalidad hasta el parto, *“sería un **‘indicio’ que debe ser valorado de manera conjunta con los demás elementos probatorios obrantes en el expediente,** y será de ese análisis probatorio integral que el Juez natural del asunto determinen la existencia o no de la responsabilidad”* (Subrayado fuera del texto).

Sin embargo, dicha decisión fue impugnada y en sentencia de segunda instancia del 28 de mayo de 2021, la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se confirmó la sentencia de tutela de primera instancia, pues en su criterio la providencia judicial cuestionada no incurrió en un defecto fáctico, toda vez que no fue irracional o arbitrario ya que se ajustó a los presupuestos fácticos y se fundamentó en las pruebas debidamente aportadas dentro del proceso. Razón por la cual, el fallo fue enviado a revisión mediante auto del 19 de octubre de 2021.

El punto más relevante en la revisión es el análisis de la violencia obstétrica como una forma de violencia contra la mujer. Esta es vista como “una forma de violencia contra la mujer que envuelve todos los maltratos y abusos de los que son víctimas en los servicios de salud reproductiva”. (Naciones Unidas, 2019) Así mismo, la Organización Mundial de la Salud, publicó la declaración prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud, para recordar el derecho de las mujeres de recibir una atención a la salud digna y respetuosa durante el embarazo y el parto.

Por otro lado, la CIDH señaló que este tipo de violencia incluye un trato deshumanizado o discriminatorio que puede presentarse en cualquier momento en la prestación del servicio de salud, tanto por acciones como por omisiones. Dentro de los informes de Las Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas y Violencia y Discriminación contra Mujeres, Niñas y Adolescentes, se enuncian algunas circunstancias en las que se manifiesta la violencia obstétrica como lo son: (i) Trato deshumanizado, (ii) Abuso de medicalización y patologización de los procesos fisiológicos, (iii) Maltrato psicológico, (iv) Procedimientos no urgentes realizados de manera forzosa, coaccionada o sin el consentimiento de la mujer (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

De igual forma, la violencia obstétrica es un asunto que apenas está siendo examinado, pues hasta hace poco las mujeres hablan sobre las burlas, reproches, insultos y gritos que sufren en centros de salud y es por esto que resulta necesario la protección del embarazo, el parto y la

lactancia en el marco normativo, como por ejemplo el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia, el cual consagra que “*durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado*”.

En Colombia el desarrollo sobre este tema es incipiente, ya que, si bien se han presentado algunos proyectos de ley al respecto, los mismos fueron archivados. Solo con promulgación de la Ley 2244 de 2002 “*Por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones*” o “*Ley de Parto Digno, Respetado y Humanizado*” se empezaron a regular algunos aspectos asociados a la especial atención que merecen el embarazo y el parto. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que la jurisprudencia, tanto en asuntos administrativos como civiles, ya venía analizando el tema en detalle. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional, “*se debe dar acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia*” (Corte Constitucional, Sala Plena, 17 de octubre de 2018). Lo anterior, puede ser evidenciado en la sentencia T-357 de 2021, en la que, revisando una tutela contra sentencia proferida en un proceso de responsabilidad civil extracontractual, la Corte puso especial cuidado en este asunto. En este fallo, no solo se limitó a pronunciarse sobre la posible configuración de un defecto fáctico, sino que también abordó el caso desde un enfoque basado en la perspectiva de género y analizó las posibles prácticas que constituyen violencia obstétrica.

Con esto en mente, en el caso concreto la violencia obstétrica fue el pilar a la hora de la toma de decisión por parte del magistrado Antonio José Lizarazo, que finalmente resolvió que se debía revocar la sentencia de tutela proferida el 28 de mayo de 2021 y tutelar el derecho fundamental al debido proceso invocado por los accionantes. Así mismo, ordenó dejar sin efectos la sentencia del 03 de julio de 2020 y **le ordenó a la autoridad judicial proferir una nueva decisión en la que analice si existieron posibles prácticas constitutivas de violencia obstétrica**, teniendo en cuenta la *lex artis* vigente que no depende de una obligación ni valores de anotación en la historia clínica.

Finalmente, esto deja un precedente de que la violencia obstétrica será un elemento fundamental a la hora de analizar la responsabilidad en la que puedan llegar a incurrir las instituciones de salud y/o los médicos, sin importar las distintas pruebas que desliguen o controviertan el indicio de falla del servicio. Esto, tal y como se observaba en el caso en cuestión.

Esto, a criterio de las autoras, más que servir como una herramienta de protección para las mujeres, sólo va a generar el exponencial aumento de la inseguridad jurídica que hoy en día impera en nuestro ordenamiento jurídico cuando de responsabilidad médica en materia gineco obstétrica se trata. Lo anterior, por cuanto los jueces no solo tendrán que analizar si se configuraron o no los requisitos esenciales de la responsabilidad, sino que además deberán entrar a analizar si en la atención brindada a los pacientes medió cualquier tipo de actuar que pueda catalogarse como “violencia obstétrica”. El cual, como se señaló, es un nuevo elemento traído a colación por la jurisprudencia, cuyo efecto, aun no es muy claro. No obstante, puede intuirse del fallo en comento que, en caso de darse por probado, generará la configuración de responsabilidad médica y por ende la obligación en cabeza del médico tratante y/o la entidad prestadora del servicio de responder patrimonialmente.

5. CONCLUSIONES

Puede concluirse entonces que, si bien el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han puestos sus mayores esfuerzos en la unificación de una línea jurisprudencial en torno a la responsabilidad civil médica en materia gineco obstétrica, sus fallos se han limitado a desarrollar para cada caso temas como el título de imputación aplicable y los elementos estructurantes de la misma (Salazar, et. al, s.f.). No obstante, dichos esfuerzos han sido insuficientes, pues, en Colombia, la mayoría de las investigaciones sobre responsabilidad civil médica se han centrado en el análisis de las reglas generales aplicables a la profesión. Pero, no es usual encontrar publicaciones dedicadas al estudio de las reglas aplicables a las especialidades médicas.

Es por ello, que, con carácter muy desafortunado, el tema de la responsabilidad en la actividad gineco obstétrica en Colombia no ha logrado un estudio, desarrollo y consolidación suficiente como pudo evidenciarse en lo hasta aquí expuesto. Ello ha impedido el establecimiento de un verdadero compendio de reglas que unifique los estándares aplicables a este tipo de casos, buscando no solo el resarcimiento del daño, sino la restitución de derechos de las víctimas y sus familias. Tampoco se cuenta con un componente jurídico concreto que establezca el nivel de participación y responsabilidad de quienes, en el caso de la actividad gineco obstetra, cumplen funciones específicas. Por esta razón, existe un enorme vacío regulatorio en los criterios para definir la posible imputación del médico o entidad prestadora del servicio de salud gineco obstétrica y los daños que se pueden llegar a producir a la víctima (Sánchez, 2017).

En otras palabras, hoy en día no es claro cuándo hay lugar a la responsabilidad patrimonial por el desarrollo de la actividad de ginecobstetricia y cuándo no. Esta situación deja en total desprotección tanto a los médicos y hospitales, quienes muchas veces se ven en la obligación de pagar indemnizaciones muy altas de forma injusta, como a sus pacientes, quienes con mucha frecuencia son puestos en situación de indefensión y revictimización, pues no existe certeza respecto de los derechos con los que cuentan cada uno. Tampoco les permite a los jueces contar con herramientas y marcos guía suficientes para decidir los casos que llegan a su conocimiento, propiciando que estos tengan que fallar con base a su mera discrecionalidad, y generando en la mayoría de los casos una gran incertidumbre jurídica y la existencia de fallos manifiestamente contradictorios.

Como sustento de esta afirmación, pudo evidenciarse que incluso al interior de estas entidades surgen discrepancias entre sus miembros en relación con la decisión que tienen que tomar frente a los casos que llegan a su conocimiento. Basta analizar sentencias como la SC 9193 del 28 de junio de 2017 de la Corte Suprema de Justicia para darse cuenta de que hubo

magistrados que, mediante salvamento de voto, acusaron el fallo de apartarse del precedente judicial y generar más incertidumbre jurídica de la que ya existe.

Y sin ser esto suficiente, organismos como la Corte Constitucional comienzan a desarrollar figuras como la violencia obstétrica, que más que ayudar a definir reglas y parámetros unánimes, causan más confusión para los juzgadores, los profesionales en materia de salud y los pacientes. En otras palabras, no solo no se ha logrado la consolidación de una solución para una discusión lo suficientemente compleja, sino que ahora se traen a colación nuevos elementos que difuminan cada vez más los límites en materia de derechos y deberes de todos los sujetos involucrados en este tipo de eventos.

En tal virtud, nos es posible afirmar que las reglas y parámetros jurisprudenciales actualmente utilizados para el análisis de la responsabilidad médica gineco-obstétrica no cumplen con los objetivos de la responsabilidad médica general. Debido a que esta última, busca obligar a aquellos profesionales de la salud a responder patrimonialmente única y exclusivamente en aquellos eventos en los que causen un daño a través de la transgresión de la *lex artis* (ley de la disciplina de su arte) bien sea con culpa o dolo.

Por otro lado, pudimos evidenciar que en los fallos estudiados no se tuvo en cuenta la existencia de un consentimiento informado, el cual, como se explicó, es un elemento de fundamental importancia en la práctica médica, en razón de que permite a los pacientes aceptar los riesgos explicados de forma clara y expresa previo a someterse a un tratamiento o procedimiento médico. Adicionalmente, como se expuso, este elemento, sirve, de acuerdo con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, como una causal de exoneración en aquellos eventos en los que cumple con los requisitos mínimos de conformidad con la *lex artis* y la normatividad aplicable, siempre y cuando el riesgo que se materialice haya sido previsible, informado y no imputable a la conducta del médico.

Lo anterior implica que, una de las principales herramientas que sirve para resolver este tipo de eventos y lograr determinar si el médico debe responder o si puede ser exonerado de

responsabilidad, no está siendo tomado en consideración. Por el contrario, están siendo omitidos elementos básicos de la responsabilidad médica, como lo es la aceptación de riesgos por parte del paciente que ha sufrido un daño, limitándose el sentenciador a guiarse por una serie de indicios que son insuficientes, en un área como lo es la médica.

Es decir, partir del supuesto de que un embarazo que se ha desarrollado con “normalidad” no puede presentar complicaciones a la hora del parto, es un argumento falaz. Máxime si tenemos en cuenta que el término “normal” en materia médica es un concepto manifiestamente ambiguo, que puede presentarse para diversas interpretaciones. Además, se considera inadecuado atribuirle la facultad a un juez especializado en temas exclusivamente legales, de fallar con base en simples especulaciones en un tema tan complejo y debatible como lo es la médica. Lo cual, se evidencia en la reciente emisión de fallos injustos y contradictorios, que no reflejan la intención real de la figura de la responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano.

6. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, C.D. (2010, junio). *RESPONSABILIDAD MÉDICA: ELEMENTOS, NATURALEZA Y CARGA DE LA PRUEBA*. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>
- Agrest, A. (n.d.). *Malapaxis médica*. Fundación Ciencias Médicas de Rosario. Retrieved enero 8, 2023, from <https://www.fucimed.org/actividades-ampliada.php?id=434>
- Agudelo, M. (octubre de 2015). *TENDENCIA DE LAS DEMANDAS A ESPECIALISTAS EN GINECOOBSTETRICIA, PERTENECIENTES AL FONDO ESPECIAL PARA AUXILIO SOLIDARIO DE DEMANDAS (FEPASDE) 2011-2014*. Obtenido de https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2585/Tendencia_demandas_especialistas.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Anaya. R, Aguilasocho. C, Schadegg. D, Arreola. A, Pérez. C, Medina. J. (2013). *Praxis médica*. medigraphic. Retrieved enero 8, 2023, from <https://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2013/cgs132o.pdf>
- Cabarcas, G. H. (2002). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EN NUESTRA LEGISLACION COLOMBIANA*. Obtenido de <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/1223/La%20responsabilidad%20civil%20medica%20en%20nuestra%20legislaci%C3%B3n%20colombiana.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=El%20m%C3%A9dico%20dentro%20del%20ejercicio, en%20raz%C3%B3n%20de%20sus%20deb>
- Cardona, A. (1985). La responsabilidad médica ante la ley. En A. Cardona Hernández, *La responsabilidad médica ante la ley* (pág. 314). Medellín: COPIYEPES.
- Castillo, L. (s.f.). Bupa Clínica Santiago. Obtenido de La importancia de la obstetricia en la salud de la mujer: https://www.clinicabupasantiago.cl/clinica_santiago/sala-de-prensa/noticias/la-importancia-de-la-obstetricia-en-la-salud-de-la-mujer#:~:text=Los%20obstetras%20se%20encargan%20no,sociales%20vinculados%20a%20la%20maternidad.

Clinica Imbanaco. (s.f.). *Ginecología y Obstetricia*. Obtenido de <https://www.imbanaco.com/especialidad/ginecologia-y-obstetricia/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019, noviembre 14). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes* (Issue Pag. 92). Retrieved febrero 12, 2023, from <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>

Congreso de la República. (1981, febrero 18). *LEY 23 DE 1981* [por lo cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica]. Retrieved enero 22, 2023, from https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf

Congreso de la República. (2 de diciembre de 1890). Artículo 1. Sobre Reformas Civiles. [Ley 95 de 1890]. DO: 8.264

Congreso de la República. (26 de mayo de 1873). Artículo 2357 [Título XXXIV]. Código Civil Colombiano. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867

Congreso de la República. (26 de mayo de 1873). Código Civil Colombiano. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000, exp.12.123.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 17512.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de abril de 2012, exp: 2186.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 19.760.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530. Ver en mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2015, exp. 050012331000199799343.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27743.

Consulta ginecología. (n.d.). Oriéntame. Retrieved February 23, 2023, from <https://orientame.org.co/consulta-ginecologia/>

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia del 17 de octubre de 2018, exp. SU-096/18.

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia del 24 de abril de 2018, exp. T-6.469.946.

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia del 9 de diciembre de 2010, exp. D-8146.

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia del 9 de diciembre de 2010, exp. D-8146.

Corte Constitucional. Sala Septima de Revisión de Tutelas, Sentencia del 19 de octubre de 2021, exp.T-357 de 2021.

Corte Constitucional. Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2022, exp. T-8303929.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de febrero de 2021, exp. SC 292-2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 7600.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de mayo de 2017, exp. SC 7110-2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2016, exp. SC13925.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de septiembre de 2002, exp.6878.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 2020, exp. SC 4786-2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de mayo de 2017, exp. SC7110-2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp No. 11001-3103-018-1999-00533-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017, exp. SC 9193.

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia del 12 de marzo de 2010, exp No.

0500131030092002-00111-01.

De Brigard, A. M. (2004, diciembre). *Consentimiento informado del paciente*. scielo. Retrieved
enero 22, 2023, from

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-99572004000400009

Equipo de redactores LEGIS. (2022, febrero 17). Responsabilidad civil contractual y
extracontractual. Legis. <https://blog.legis.com.co/juridico/responsabilidad-civil-contractual-y-extracontractual>

Franco, E., Saavedra, E., Guzmán, F. (2004). La obstetricia como obligación de medio y no de
resultado - Elementos Básicos (Pág. 1208).

Franco, R. A. (2014, junio). CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO EXIMENTE DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL. *Universidad Militar*.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12627/ARTICULO%20CONSENTIMIENTO%20INFORMADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones
Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1960, pp. 332-333.

Israel, L. G. (2002, agosto). *Medicina: Ciencia y Humanismo. Cuestionamientos y reflexiones
de la práctica médica*. Imbiomed: Revista de investigación clínica. Obtenido de
<https://www.imbiomed.com.mx/articulo.php?id=121#:~:text=La%20Medicina%20no%20es%20una,que%20el%20m%C3%A9dico%20utilizando%20informaci%C3%B3n>

Jaramillo, C. I. (2008). Responsabilidad Civil Médica. La relación médico paciente: análisis
doctrinal y jurisprudencial . En C. I. Jaramillo, *Responsabilidad Civil Médica. La
relación médico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial* (págs. 42-44). Bogotá

Jaramillo, C. I. Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente. Análisis doctrinal
y jurisprudencial. Bogotá D.C Ed. Pontificia Universitaria Javeriana. 2008 Pág. 302-
303.

Jiménez, N. (2012). *CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL EN LA PRÁCTICA DE LA GINECO-OBSTETRICIA EN COLOMBIA*. Obtenido de

https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/72929/1/criterios_configuracion.pdf

Lemaire, V., François, J., & Imbert, J. L. (1985). La Responsabilité Médicale. En V. Lemaire, J. François, & J. L. Imbert, *La Responsabilité Médicale* (pág. 18). Francia: Presses Universitaires de France.

López, A M. Fundamento de Derecho Civil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 406.

Matos, J. (2020, septiembre 24). *Importancia del Obstetra en el Embarazo*. Clinica San Judas Tadeo. Retrieved enero 29, 2020, from

<https://www.clinicasanjudastadeo.com.pe/consejos-de-salud/importancia-del-obstetra-en-el-embarazo#:~:text=La%20importancia%20del%20obstetra%20radica,y%20sociales%20de%20la%20maternidad>

Naciones Unidas (Ed.). (2019). *Informe temático presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer* (Issue pág. 2).

Navarro, I. A., & Veiga, A. B. (2013). *Derecho de Daños*. Thomson Reuters Aranzis S.A., Pág. 26.

Presidente de la República de Colombia. (1981, noviembre 30). *Decreto Reglamentario 3380 de 1981*.

https://www.redjurista.com/Documents/decreto_3380_de_1981_presidencia_de_la_republica.aspx#/

Ruiz, W. (s.f.). *LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA*. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/52201831.pdf>

Sala de Casación Civil. (n.d.). *SC del 5 de marzo de 1940* [Ponencia Magistrado Liborio

Escallon].

Salazar, J. J., Beltrán, R. P., Rodríguez, G. S., Nova, L. M., & Rodríguez, G. A. (s.f.). LA RESPONSABILIDAD MÉDICA OBSTÉTRICA POR PARTE DEL ESTADO: EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN. Obtenido de https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11648/200812_Revista_Estrado_Vol_2_no-2_101-125.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Se%20configura%20la%20responsabilidad%20m%C3%A9dica,no%20as%C3%AD%2C%20la%20situaci%C3%B3n%20riesgosa.

Sánchez, H. (2017). LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD GINECOBSTETRA EN COLOMBIA. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/29268/4/2017hildebrandos%C3%A1nchez.pdf>

Sloane, E. (1985). *Biology of Women* (Vol. pág. 23 y 33). Wiley, New York.

Zannoni, E. (2005). *El Daño en la Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Astrea.