

RESPONSABILIDAD del profesional de la salud

Exposición de riesgos jurídicos

Johanna Sofía Ospino Rivera

RESPONSABILIDAD
DEL PROFESIONAL DE LA SALUD
EXPOSICIÓN DE RIESGOS JURÍDICOS

Johanna Sofía Ospino Rivera

RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD EXPOSICIÓN DE RIESGOS JURÍDICOS

Johanna Sofía Ospino Rivera

Ospino Rivera, Johanna Sofía autor

Responsabilidad del profesional de la salud: exposición de riesgos jurídicos -- / autor Johanna Sofía Ospino Rivera. -- Bogotá: Fundación Universitaria del Área Andina, 2018.

ISBN (impreso): 978-958-5539-31-0

84 páginas gráficos, tablas; 25 cm.

Incluye índice

1. Servicios de salud para la comunidad. — 2. Responsabilidad civil. — 3. Responsabilidad médica. Catalogación en la fuente Biblioteca Fundación Universitaria del Área Andina (Bogotá)

344.041—scdd22

Responsabilidad del profesional de la salud.

Exposición de riesgos jurídicos

© Fundación Universitaria del Área Andina. Bogotá, diciembre de 2018

© Johanna Sofía Ospino Rivera

ISBN (digital): 978-958-5462-33-5

Fundación Universitaria del Área Andina

Calle 70 No. 12-55, Bogotá, Colombia

Tel: +57 (1) 7424218 Ext. 1231

Correo electrónico: publicaciones@areandina.edu.co

COLECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

Proceso de arbitraje doble ciego

Recepción: enero de 2018

Evaluación de contenidos: septiembre de 2018

Correcciones de autor: noviembre de 2018

Aprobación: diciembre de 2018

Proceso editorial

Director editorial: Eduardo Mora Bejarano

Coordinador editorial: Camilo Andrés Cuéllar Mejía

Concepto Gráfico

Corrección de estilo, diagramación e impresión:

Entrelibros e-book solutions

www.entrelibros.co

Laura García Tovar

Diseño de carátula: Sebastian García Sanabria
sebgs30@gmail.com

Impreso en Bogotá, Colombia.

Depósito legal según Decreto 460 de 1995.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Universitaria del Área Andina y sus autores.

BANDERA INSTITUCIONAL BOGOTÁ

Pablo Oliveros Marmolejo †
Gustavo Eastman Vélez

Miembros Fundadores

Diego Molano Vega

Presidente del Consejo Superior y Asamblea General

José Leonardo Valencia Molano

Rector Nacional

Representante Legal

Martha Patricia Castellanos Saavedra

Vicerrectora Nacional Académica

Jorge Andrés Rubio Peña

Vicerrector Nacional de Crecimiento y Desarrollo

Tatiana Guzmán Granados

Vicerrectora Nacional de Experiencia Areandina

Edgar Orlando Cote Rojas

Rector – Seccional Pereira

Gelca Patricia Gutiérrez Barranco

Rectora – Sede Valledupar

María Angélica Pacheco Chica

Secretaria General

Eduardo Mora Bejarano

Director Nacional de Investigación

Ricardo Humberto Escobar Gaviria

Decano Facultad de Ciencias de la Salud

Rafael Molina Béjar

Director Escuela de Posgrados en Salud

Camilo Andrés Cuéllar Mejía

Subdirector Nacional de Publicaciones

11 Prólogo

13 Introducción

17 Capítulo Primero

17 I. PROFESIONAL DE LA SALUD

18 A. Conceptualización y marco jurídico del talento humano en salud

19 B. Clasificación de los profesionales de la salud

21 Capítulo Segundo

21 II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL DE LA SALUD

22 A. Obligaciones especiales del profesional de la salud.

22 1. Obligación de medios

24 2. Obligación de resultados

28 B. Definición de Responsabilidad civil

30 C. Responsabilidad contractual y extracontractual

31 D. Elementos de la responsabilidad civil

32 1. Daño

34 2. Hecho

36 3. Relación de Causalidad

38 E. Tipología del perjuicio

- 38 1. Daño material
(Daño Emergente y Lucro Cesante)
- 40 2. Daño inmaterial (Daño Moral y Daño
a la Salud).
- 41 F. Historia Clínica y Consentimiento informado

45 Capítulo Tercero

- 45 **III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROFESIONAL
DE LA SALUD.**
- 46 A. Comportamiento jurídicamente significativo.
Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad
- 48 B. Delito culposo
- 49 C. Eximentes de responsabilidad penal

53 Capítulo Cuarto

- 53 **IV. EVENTO ADVERSO**
- 54 A. Generalidades y relación causa-efecto

57 Capítulo Quinto

- 54 **V. ANÁLISIS DE CASOS APLICADOS A
PROFESIONALES DE LA SALUD**
- 58 A. Planteamiento de casos por especialidad
- 59 B. Resultados

77 Abreviaturas

78 Referencias

Al lugar donde comenzó mi historia, mi familia,
y al amor que me alienta con su sonrisa cada día.

Nunca apaguemos la magia de hacer de
nuestra profesión una pasión.

PRÓLOGO

El ejercicio descuidado, omisivo o negligente de las actividades inherentes a la prestación del servicio de salud puede ocasionar daños a los usuarios del sistema de seguridad social. De estos puede derivarse responsabilidad civil, y aún penal, para los profesionales de la salud que participan en la atención del paciente, así como, ocasionalmente, responsabilidad directa o solidaria de las entidades del sistema de seguridad social en salud, prestadoras del servicio.

El presente libro, “Responsabilidad del Profesional de la Salud”, es producto del trabajo dedicado de la Dra. Johanna Sofía Ospino Rivera, abogada de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Internacional de la Rioja de España y docente de la Escuela de Posgrados en Salud de la Fundación Universitaria del Área Andina, adelantado con la colaboración de algunos estudiantes de Posgrados en Salud. En él se aborda de manera sencilla y didáctica, desde la perspectiva del ejercicio de las profesiones ligadas a la prestación de servicios de salud, el extenso y profundo tema de la responsabilidad civil y penal, para advertir, a partir de una exposición básica de los elementos constitutivos de una y otra, sobre los riesgos jurídicos a los que se exponen los profesionales de la salud, toda vez que su actuar no se ajuste a la *lex artis ad hoc*.

El tema se desarrolla en cinco capítulos, iniciando con la conceptualización del marco jurídico atinente a los profesionales de la salud, para luego pasar al análisis de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, de los elementos que la constituyen dando especial énfasis al daño, y de la responsabilidad penal. Todo esto, desde la óptica de las actividades que se despliegan en la prestación de servicios asociados a la salud.

La obra concluye con un breve análisis sobre el comportamiento asumido por profesionales de diversas áreas de la salud que, de manera voluntaria, aceptaron ex-

poner por medio de una entrevista, su posición frente a casos concretos que pudieran comportar riesgo jurídico. Así se evidencia cómo, en la práctica, las actuaciones de los profesionales de la salud están ligadas no solo a su formación y criterio, sino también a los recursos que las distintas entidades prestadoras del servicio de salud ponen a su disposición.

Sin lugar a dudas, la presente obra aporta a estudiantes, profesionales de la salud y abogados, los conocimientos básicos a partir de los cuales se puede abordar el estudio de una eventual responsabilidad por un actuar omisivo o negligente, en el ejercicio de las profesiones ligadas a la prestación de servicios de salud.

José Leonardo Valencia Molano
Rector Nacional
Fundación Universitaria del Área Andina

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud se ha establecido como una institución de origen constitucional, que, de acuerdo a lo contemplado por la carta política colombiana, “es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (Constitución Política de Colombia, 2017, pp. 37-38). Esto implica entonces que el Estado garantiza la prestación del servicio ya sea actuando por sí mismo o a través de terceras personas.

Ahora bien, durante la prestación de este servicio es posible que ocurra un quiebre que degrade el derecho a la salud, y lo convierta en un daño a la salud. Es aquí donde cobra trascendencia un estudio jurídico y humano para establecer tanto consecuencias jurídicas como generadores de error, y aún más importante, el valor de quienes desarrollan una profesión en el área de la salud.

El análisis del daño es necesario a lo largo de este trabajo, por considerarse una *conditio sine qua non* para la existencia de la responsabilidad, como lo expone el doctor Henao (1998):

El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla en el servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerse sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. (pp. 36-37)

El término *responsabilidad* es comúnmente usado en diferentes ámbitos de la cotidianidad; sin embargo, la responsabilidad jurídica comprende un fin determinado que va más allá del característico reproche social, “trasciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto

tiene repercusiones jurídicas” (Martínez, 1998, p. 11). Este tipo de consecuencias legales constituyen una preocupación para los profesionales de la salud; por ello, las organizaciones han desarrollado planes de acción y cualificación enfocados en prevenir reclamaciones relacionadas con el acto médico y la atención en clínicas y hospitales.

Así pues, estudiar la responsabilidad y el daño no se limita al operador del derecho (abogados, jueces y compañías aseguradoras), sino que incumbe primordialmente al profesional de la salud, quien durante su praxis o ante un evento adverso puede o no generar daño. La Ley del Talento Humano indica que el daño es el elemento crucial para la determinación de una responsabilidad civil y/o responsabilidad penal, al conceptualizar la responsabilidad así: “se debe analizar, dar razón y asumir las consecuencias de las propias acciones u omisiones en lo referente al ejercicio de la profesión u ocupación” (Congreso de la República, 2007).

Para clasificar los temas abordados a partir de la responsabilidad legal, es posible identificar dos tipos marcados de responsabilidad: responsabilidad civil y responsabilidad penal. Cada una tiene aspectos jurídicos, interpretaciones y consecuencias que en ocasiones pueden resultar diferentes para un mismo caso, toda vez que la doctrina y la jurisprudencia han realizado diferentes exposiciones sobre la responsabilidad según la rama de derecho, por lo que el demandante encontrará diversas posibilidades dependiendo de la vía elegida.

La experiencia del profesional de la salud con el sistema general de seguridad social puede ser aún más compleja que la del paciente mismo, en el entendido que es el profesional quien a diario vive y convive con las falencias en la cobertura prestacional del sistema. Esta situación demuestra de forma clara y fidedigna la carencia causada por el subdesarrollo económico y político, rasgo principal del problema del sistema de salud. El paciente utiliza el servicio cada vez que lo requiere, empero, el profesional lo padece entre la constante encrucijada de mantener su trabajo versus cumplir con su trabajo, salvar vidas.

Esta obra es el desarrollo de un estudio de investigación jurídico auxiliado por y para profesionales de la salud, para dar claridad a conceptos y tipologías que parecían solo quedar en la esfera interpretativa de abogados pero que trascienden a la práctica de la atención en salud.

El libro parte de una conceptualización de lo que es ser un profesional de la salud desde una perspectiva epistemológica y jurídica, para pasar inmediatamente al núcleo temático del proyecto, la responsabilidad vista desde el área civil. Consecuentemente, presenta un desarrollo del aspecto penal que puede llegar a afectar la profesión, para así llegar al cuarto capítulo donde se describe el evento adverso, clave en la atención en salud. Finalmente, presenta un estudio cualitativo descriptivo que fue adelantado con

profesionales de la salud por medio de entrevistas sobre la manera como se abordaría un caso en atención en salud.

El último capítulo abordado, a diferencia de los textos tradicionales, no ofrece un cierre del telón; por el contrario, abre un interesante escenario de discusión acerca del contexto en el que se da respuesta a estos casos. Sin embargo, existe una clara limitante tanto para el proyecto como para el profesional, y es que en la situación real de la atención en salud el ambiente es menos benevolente para responder a los interrogantes que fueron planteados en el estudio de caso.

En cada uno de los capítulos hay un elemento en común, el análisis jurisprudencial. Siguiendo el método de análisis jurisprudencial de la Universidad Externado de Colombia, se implementó una guía que permite el adecuado estudio en formato corto y largo de las sentencias proferidas por altas cortes frente a la responsabilidad.

Aprovecho este espacio para realizar una invitación al gobierno de turno, a las instituciones de salud y entidades públicas y privadas a aproximarse a la realidad de los profesionales. También extendiendo esta invitación a las instituciones de educación superior y a los futuros profesionales de la salud, pues un riesgo jurídico nunca se ve tan aminorado como cuando se actúa por vocación y no por obligación.

En este producto de investigación, se hace especial reconocimiento a los estudiantes de la Escuela de Posgrados en Salud de la Fundación Universitaria del Área Andina, quienes aportaron al crecimiento del proyecto como desarrollo de su opción de grado.

Capítulo 1

PROFESIONAL DE LA SALUD

A. Conceptualización y marco jurídico del talento humano en salud

Durante la atención en salud, no solo la actuación del médico resulta determinante, sino también se catalogan como protagonistas todos y cada uno de los profesionales intervinientes en la misma. Según el profesor Le Tourneau (2014) “cuando varios profesionales intervienen en un asunto, bajo títulos diferentes, la responsabilidad de uno no borra ni oculta la del otro: no existe ninguna jerarquía entre ellos”. Este concepto se enmarca en todos los procesos que conllevan a un fin común (el cuidado de la salud), sin que ninguno resulte superior o irrelevante, y respetando las facultades correspondientes de acuerdo a la profesión.

En el contexto colombiano, donde al alrededor de la salud rige el Sistema General de Seguridad Social, que es un sistema jurídico, financiero y humano, la actuación del profesional se halla concatenada a las exigencias del caso y las competencias requeridas. En este proceso influyen la realidad social del profesional, sus capacidades y destrezas, en especial lo que la Academia Nacional de Medicina denomina como competencias:

Actuaciones idóneas de un profesional de la salud en su desempeño en un contexto social determinado. Esas capacidades se configuran mediante la conjunción sistémica de conocimientos, destrezas, aptitudes y actitudes, que expresan valores personales y sociales. Así, las competencias profesionales representan la capacidad para la actuación o el desempeño en escenarios reales de salud. (pp. 1-2)

Así pues, es posible entender que la labor que desempeñan los profesionales de la salud no se limita simplemente a la curación del paciente, sino que también le incumbe la prevención y paliación de la enfermedad. Así lo explica la Ley 1164 de 2007 sobre el talento humano en salud:

Por Talento Humano en Salud se entiende todo el personal que interviene en la promoción, educación, información de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad de todos los habitantes del territorio nacional dentro de la estructura organizacional de la prestación de los servicios de salud.

En este sentido, el talento humano en salud permite la materialización del derecho a la salud al interior del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, el sujeto analizado en esta investigación se limita únicamente al profesional de la salud sin incluir a los trabajadores de disciplinas tales como las tecnologías en radiología, auxiliar de enfermería, regencia farmacéutica, entre otras, que coadyuvan la atención en salud. De acuerdo al Decreto 4192 de 2010, se denominan **profesionales de la salud a:**

Aquellas acreditadas a través de título profesional otorgado por una Institución de Educación Superior reconocida por el Estado, con un perfil orientado a hacer parte integral de la atención de la salud, en los procesos de promoción, educación, información de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, a través de actos caracterizados por la autonomía del profesional y su relación con el usuario.

Conforme con lo anterior, únicamente las personas con título expedido por instituciones de educación superior reconocidas por el Estado son catalogadas como profesionales de la salud. Esto debe ir acompañado del cumplimiento de otros requisitos establecidos por el Ministerio de la Salud, como el Registro Nacional del Talento Humano (ReTHUS), cuya finalidad es la inscripción del talento humano en el área de la salud.

B. Clasificación de los profesionales de la salud

En la Ley del Talento Humano, tanto en la concepción como en la obligación para el registro en el ReThus, se señalan las diferentes profesiones y ocupaciones del área de la salud, las cuales se relacionan a continuación:

Ante la multiplicidad de profesiones, todas trascendentales dentro de un sistema de salud, un futuro estudiante solo verá apasionante aquello que le permita resaltar sobre los demás, no solo para obtener un título o facilitar su ingreso a la vida laboral, sino también para llevar su carrera profesional de manera intachable. El uso adecuado de sus talentos y competencias será su mejor arma de defensa ante cualquier señalamiento de responsabilidad.

FIGURA 1.
Denominación del programa. Basado en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud (ReTHUS)



Fuente: elaboración propia.

Capítulo 2

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL
PROFESIONAL DE LA SALUD

A. Obligaciones del profesional de la salud

Para hablar inicialmente de la responsabilidad civil del profesional de la salud, es necesario analizarla desde una perspectiva global. En el profesional contemporáneo recaen unos compromisos ligados a su práctica habitual, dentro de las obligaciones que se le exigen a nivel laboral, ético y, por supuesto, jurídico. Este último aspecto es recurrente en discusiones sobre la responsabilidad.

La obligación de seguridad también resulta ser una garantía para el cliente, consumidor, contratante o paciente de que obtendrá un resultado, pero más importante aún, de que no se le causará daño.

1. Obligación de medios

Es notable la evolución jurídica que han tenido las obligaciones de medio y resultado, distinción asumida por la jurisprudencia colombiana en varias sentencias sobre responsabilidad del profesional de la salud.

La obligación de medios puede ser analizada desde una perspectiva dual. Por un lado, se encuentra el ámbito material referido a herramientas, instrumentos, recursos económicos, de infraestructura o tecnológicos, puestos a favor del paciente. Por otra parte, se encuentra el ámbito inmaterial o intangible, relacionado al recurso humano, a las competencias, estudios, experiencia y eficiencia de los profesionales puestas a favor de la atención en salud.

El compromiso de utilizar todos los medios disponibles (materiales e inmateriales) genera una obligación de tipo contractual con relación a los medios, más no respecto al resultado, así pues como enseña Le Tourneau (2014)

Si por definición no se compromete a alcanzar un objetivo preciso (un resultado), el contratante se compromete a tratar de alcanzarlo. Su obligación no es necesariamente un hecho que tendrá a toda costa que cumplir: es más bien una actividad, un comportamiento, o un esfuerzo perseverante, tendiente a adoptar la actitud más propicia para aproximarse al objetivo buscado, teniendo en cuenta sus capacidades y las circunstancias y los conocimientos actuales de su oficio.

De acuerdo a lo anterior, efectivamente no se ha convenido un resultado determinado, por lo que la obligación del profesional se limita a las posibilidades internas

y externas del caso concreto. Para ilustrar mejor, tomemos como ejemplo a un paciente traqueostomizado debido a una secuela de un evento cerebrovascular (ECV), con atención hospitalaria en casa, al cual se le garantizan los insumos necesarios como oxígeno y el terapeuta respiratorio requerido para su tratamiento, que en este caso es la higiene y permeabilidad de las vías respiratorias. Aquí el compromiso del profesional radica en los medios que utiliza para mantener la higiene bronquial, más no en evitar un nuevo ECV a causa de su enfermedad de base —que para muchos casos se da por hipertensión o procesos de coagulación de la sangre.

Contrario sensu, un médico en atención de consulta externa con una paciente en estado de embarazo denominado de alto riesgo, y diagnosticada con preeclampsia severa, y que a pesar de ello ordena conducta ambulatoria con medicamento antihipertensivo, cuyo efecto es el agravamiento y posterior deceso de la paciente junto con el feto. En este caso, el profesional no le da una pertinencia y continuidad adecuadas al diagnóstico actual, lo que en términos jurídicos evidencia un incumplimiento a las obligaciones de medios, dado que el médico no realizó las solicitudes apropiadas para conservar la salud y no utilizó los medios suficientes para mantener vida de la paciente. Le Tourneau (2014) continúa su exposición al establecer el régimen de este tipo de responsabilidad: “cada vez que la obligación sea de medios, no basta al acreedor probar la ausencia de resultado para ser indemnizado, puesto que el deudor no había prometido ese resultado”

Siempre y en todos los casos es necesario determinar el contenido de la obligación y lo que se espera del comportamiento del profesional de la salud, entendiendo que las partes del contrato son el profesional de la salud como deudor y el paciente como acreedor. Esta afirmación se encuentra reforzada por el estudio jurisprudencial que en reiteradas ocasiones ha hecho la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, y en especial en el juicio de responsabilidad contra un galeno por un procedimiento estético. En dicha sentencia de responsabilidad civil se establece con claridad la sutil distinción entre obligaciones de medio y resultado, por lo tanto será citada en varias oportunidades, al considerar la Corte que:

El criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el

deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2013, pp. 34-35)

Ahora bien, indudablemente para cada caso se requiere una revisión a profundidad tanto del deber que cada profesional de la salud tiene que cumplir (su rol) como del comportamiento esperado en el ejercicio de una actividad. Así pues, en el supuesto fáctico de la paciente con diagnóstico de preeclampsia, lo esperado por parte del médico de consulta externa era realizar monitoreo continuo y supervisión permanente tanto de la madre como del feto para constatar su estado, y en caso tal que evidenciarse presión arterial alta, llevar a cabo la remisión a urgencias con especialista en otras palabras, seguir lo que indica el protocolo.

Esto es lo que Le Tourneau (2014) denomina indagar y apreciar su comportamiento:

El acreedor debe positivamente establecer que la inejecución de la obligación convenida obedece al hecho de que el deudor no se ha comportado con toda la diligencia necesaria, es decir, debe escrutar y apreciar su comportamiento. De ello resulta que el acreedor soportará los casos dudosos, en los cuales no llegue a establecer el incumplimiento del deudor.

Lo que implica que el gestor de la demanda, que para el caso expuesto son los familiares de la paciente con preeclampsia, más que en los efectos evidentes que son la muerte de la paciente y el feto, debe concentrarse en aquellos actos que debió adelantar el médico tratante. Para esto, es necesario analizar al médico desde una esfera global y determinar cuál debe ser su respuesta ante un diagnóstico de preeclampsia severa. El profesional de la salud podría exonerarse de responsabilidad si logra demostrar que hubo diligencia y prudencia en su actuar.

Por lo anterior, el actuar común del profesional de la salud en materia de restablecimiento de la salud se dirige al régimen de obligaciones de medios; empero, se verá más adelante que algunos procedimientos tienen un carácter mucho más estricto que conllevan a un traslado al exigente régimen de las obligaciones de resultado.

2. Obligación de resultado

La otra cara de la moneda en aspectos obligacionales para el profesional de la salud son las obligaciones de resultado que, a la hora de defenderse, tienen un régimen mucho más estricto para el profesional que las obligaciones de medio.

En términos contractuales para obligaciones de resultado, el profesor Tamayo (1988) explica que:

Cuando el deudor se obliga a obtener el bien pretendido por el acreedor al celebrar el contrato, nos encontramos frente a una obligación de resultado, por lo cual el deudor solo se exoneraría demostrando una causa extraña en algunas de las circunstancias. (pp. 136-137)

Esta exigencia radica en las limitadas posibilidades de defensa con las que contaría el profesional de la salud si se acredita que su actuar corresponde a una obligación de resultado. No se exoneraría simplemente demostrando diligencia y prudencia en su actuar o el uso adecuado de medios para alcanzar el objetivo, sino que además deberá comprobar causa extraña, es decir, una circunstancia ajena a él.

Las cirugías estéticas y los procedimientos cosméticos son los casos que más han suscitado discusión cuando se trata de encasillarlos como obligaciones de medio o de resultado. Se debe tener en cuenta que, en la mayoría de las situaciones, la garantía del profesional hacia el paciente radica en el mejoramiento de aspectos físicos sin detrimento o daño a las condiciones de salud.

Durante un estudio jurisprudencial del Consejo de Estado—en las décadas de los 80 y 90, y en especial a inicios del siglo XXI— en donde se requería establecer falla del servicio de la administración, se precisó que campos de la medicina como la cirugía estética y la obstetricia eran catalogados como obligaciones de resultado, trasladando la carga de la prueba del paciente al profesional:

En el campo de la obstetricia, definida como “la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial. En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se 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 prevenir 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, 2000)

El sujeto pasivo del proceso, es decir el demandando, no probó causa extraña circunstancias imprevisibles e irresistibles que lo liberaran de responsabilidad lo que define la responsabilidad de profesionales intervinientes en este tipo de procesos como una obligación de resultado.

Sin embargo, en los últimos años se ha vislumbrado un matiz frente a la concepción absolutista de que los procedimientos estéticos u obstétricos son eminentemente obligaciones de resultado. Esta tendencia prevalece en diferentes países europeos como España. En un interesante artículo, la profesora Almudena Domínguez (2008) muestra la postura del Tribunal Supremo Español sobre el tema:

A diferencia de los supuestos de medicina curativa, donde la actuación probatoria del actor debe estar dirigida a probar el daño, la relación de causalidad y la conducta negligente del médico por no actuar conforme a la *lex artis ad hoc*, en el supuesto de medicina voluntaria y estética la prueba del acto debe centrarse en la acreditación de que el resultado esperado no se ha producido, ya que, probando este extraño, queda (casi siempre) probada, por el juego de presunciones, la existencia de culpa; y decimos casi siempre porque, aun probando que el resultado contratado no se ha producido, cabe que el médico quede exonerado de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor. (Domínguez, 2008, pp. 1-2)

Lo anterior tiene dos lecturas, la primera es el motivo eminentemente estético y no curativo que lleva al paciente al quirófano; el segundo es que la ocurrencia de un daño puede deberse a una circunstancia externa, real y concreta. Esto implica que la garantía prestada por el profesional de la salud no es suficiente para afirmar que estamos ante un caso de obligación de resultado. Cada caso se debe valorar de acuerdo con las condiciones presentadas, acompañadas por un documento conocido como el consentimiento informado, de gran valor probatorio y concerniente a la relación profesional de la salud-paciente, temática que será desarrollada con posterioridad.

Para explicar la distinción aplicada de las obligaciones de medio y de resultado, la Corte Suprema de Justicia hace un estudio sobre dicha diferencia:

En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, *v.gr.* elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2013, pp. 34-35)

Un cirujano plástico se compromete con una paciente de 25 años, sin patología preexistente en su historia clínica, a practicarle mamoplastia de aumento en donde insertará implantes mamarios. Este tipo de procedimientos desencadenan una reacción normal del organismo conocido como contractura capsular, que generalmente se presenta cuando un objeto extraño como un implante o marcapasos es insertado en el cuerpo humano, y que puede suceder en cualquier momento luego de la intervención.

En este caso es evidente un compromiso del profesional de la salud en cuanto a la inserción de implantes mamarios que cumplan con las características solicitadas por la paciente. No obstante, pueden presentarse circunstancias ajenas al galeno que causarían que dicho compromiso desembocara en una obligación de medio y no de resultado, cuyas características y régimen probatorio son diferentes, y en donde el profesional debe acreditar diligencia y prudencia. Este salvamento solo se vería reflejado en el actuar de los profesionales estéticos ante este tipo de contingencia.

De igual forma, continúa explicando la Corte:

Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario. (p. 35)

En otras palabras, la Corte indica que la posibilidad de garantizar el resultado por parte del profesional de la salud depende de su comportamiento, diligencia y cuidado por una parte, y por otra, del grado de riesgo que un procedimiento puede tener. Para mayor claridad a continuación se exponen como ejemplo tres procedimientos diagnósticos muy comunes para los optómetras:

- ⊙ Tonometría, de acuerdo con el Instituto de Historia de la Medicina y de la Ciencia López Piñero de la Universitat de València, es una “técnica que se utiliza para medir la presión intraocular de forma indirecta a través de la medida de la tensión de la membrana corneal” (Fresquet, 2010, p. 2). Esta técnica implica entrar en contacto directo con la córnea, lo que requiere una limpieza previa del tonómetro para evitar el paso de microorganismos.
- ⊙ Gonioscopia, según lo reseñado por Carratalá (2011), tiene como objetivo diagnóstico el “identificar estructuras angulares anómalas y estimar la amplitud del ángulo de la cámara anterior” (p. 2). Este es un examen clave para la detección del glaucoma.

- ⊙ Pruebas de lente de contacto, que permiten constatar que el uso del lente no generará molestia o rechazo al paciente, por lo que los lentes deben estar en buen estado al momento de la prueba.

Los exámenes anteriormente expuestos, evidencian un riesgo mínimo de daño, en donde el resultado sí se garantiza mediante un comportamiento prudente y diligente por parte del profesional de la salud. Las probabilidades de causar un daño se reducen siempre que este emplee adecuadamente la técnica y utilice los protocolos de higiene requeridos para cada instrumento. Adicionalmente, existen otros procedimientos y labores denominados rutinarios, que también son considerados como obligaciones de resultado para los profesionales de la salud:

La obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa —débito que se predica del médico, de las instituciones de salud, y en fin, de quienes tienen a su cargo ese deber profesional por participar en el cuidado al enfermo— viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2016, p. 1)

Esta consideración de la Corte va acompañada por la importancia que tiene la historia clínica, que, además de ser un documento sujeto a reserva y confidencialidad, es utilizada como medio probatorio en los juicios de responsabilidad civil.

Ahora bien, la distinción entre obligación de medio y resultado no se limita solamente al compromiso adquirido por el profesional de la salud, pues si analizamos un caso a fondo, veremos que es posible la existencia de eventos adversos que serán discutidos en el acápite correspondiente de este libro.

Como vemos, el tratamiento de las obligaciones de medio y resultado ha tenido un cambio conceptual, y es por ello que se requiere evaluar cada caso en concreto, valorando circunstancias internas y externas de acuerdo con los criterios que las altas cortes están aplicando actualmente.

B. Definición de la responsabilidad civil

Debido a la amplia interpretación que existe entre las obligaciones de medio y de resultado, es indispensable analizar las consecuencias jurídicas que pueden venir del

incumplimiento de una obligación. Es a esto a lo que la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina se refieren como la responsabilidad civil.

El Código Civil Colombiano en su artículo 2341 define la responsabilidad civil extracontractual, pero más allá de la clásica distinción que existe entre esta y la contractual—que se explicará más adelante—y de la obligación de indemnizar señalada por la norma, es imperativo analizar ese concepto desde una perspectiva más amplia. Para el profesor Álvaro Pérez Vives (1968):

Todas las acciones de responsabilidad civil (contractuales o extracontractuales), suponen, con independencia de un derecho o interés jurídico lesionado, la existencia de un perjuicio. Por tal se entiende toda lesión patrimonial o moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor que una persona sufra en su patrimonio o en sí misma (en su integridad física, en sus derechos extrapatrimoniales y de la personalidad, en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.). (p. 245)

Lo que se traduce en que un incumplimiento de las obligaciones (medio y resultado) por parte del profesional de la salud puede causar una lesión y/o una afectación en los ámbitos físico, económico y psicológico del paciente y de su familia.

Este análisis se divide en dos partes, la primera es el incumplimiento de obligaciones de medio y de resultado, que es una de las principales fuentes de responsabilidad civil: “el no cumplimiento o el cumplimiento tardío, o defectuoso de sus obligaciones contractuales” (Valencia y Ortiz, 2015, p. 168). La segunda es la consecuencia de dicha infracción: “el incumplimiento de un contrato es un comportamiento de cualquiera de los contratantes que el derecho reconoce como un hecho nocivo o dañoso, es decir, capaz de generar en quien lo padece unos perjuicios” (Bohórquez, 2013, p. 246).

En la evaluación de la responsabilidad del profesional de la salud existen criterios que van más allá del proceso tradicional de atención del paciente. En la actualidad se emplean diferentes herramientas como instrumento para obtener un resultado, desde el diagnóstico inicial hasta la fase de recuperación o rehabilitación y, por tanto, restablecimiento de la salud. Y son justamente las ayudas tecnológicas las que amplían el espectro de la clásica atención en salud, tal y como lo manifiesta Manuel Sarmiento en su estudio sobre responsabilidad civil:

este proceso de masificación de la medicina ha generado un cambio fundamental respecto al acto médico en sí, tanto en el campo del diagnóstico como en el de las intervenciones quirúrgicas, ya que este dejó de ser un acto estrictamente individual, donde la actividad personal del médico, sus conocimientos y su idoneidad tanto profesional como moral, han venido siendo complementados por el profesional y en algunos casos, sustituidos, debido al extraordinario

avance de la tecnología, por una serie de elementos externos, que si bien, están controlados por el profesional, pueden ser la causa de múltiples daños para los usuarios de los servicios de salud. (Sarmiento, 2012, p. 273)

Entonces, es posible concluir que una parte de la responsabilidad del profesional de la salud podría radicar en los instrumentos de los que se vale para la atención. Esto puede verse en distintos aspectos: ya sea por la utilización indebida de acuerdo al protocolo, por impericia en el uso correcto, o por falta de supervisión en el desarrollo del mecanismo.

C. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

A partir de las prestaciones garantizadas por el Sistema General de Seguridad social descritas inicialmente en la Ley 100 de 1993, en el artículo 10:

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro. (Congreso de Colombia, 1993)

Acompañado además por la evolución conceptual que ha tenido el derecho a la salud al pasar a ser considerado como un derecho fundamental con la expedición de la Ley Estatutaria de la Salud 1751 de 2015, que consagra:

El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. (Congreso de Colombia, 2015)

Los anteriores preceptos normativos evidencian la existencia de unas obligaciones del sistema y sus actores hacia el paciente o usuario y, por lo tanto, un acuerdo entre partes o un contrato. La entidad prestadora de salud (EPS), la institución prestadora de salud (IPS), el profesional de la salud y el paciente o usuario, son partes que orbitan al alrededor del Sistema General de Seguridad Social y este es el caso común del usuario que acude a su EPS para un chequeo médico rutinario. Por el contrario, ¿qué ocurre en el caso de una urgencia donde una persona sufre convulsiones en el sistema de transporte público, y un profesional de la salud le brinda primeros auxilios?

Teniendo entonces como punto de partida la existencia de un contrato, y si en el marco de este se causa un daño, estaríamos hablando de manera preliminar de res-

ponsabilidad civil contractual, la cual comparte algunas similitudes con la denominada responsabilidad civil extracontractual. Al respecto, se presenta el resumen que Antonio Bohórquez (2013) realizó del análisis de diferentes autores:

El tema, desde luego, comparte muchos puntos con el de la responsabilidad civil extracontractual al paso que, como lo han reconocido muchos autores, entre una y otra manifestación del problema, la diferencia fundamental consiste en que en la contractual existe un contrato, en tanto en aquella la relación jurídica surge a partir del hecho dañoso sin que previamente existiese para las partes alguna atadura de orden contractual.

Por consiguiente, este análisis podría señalar una responsabilidad extracontractual en el caso del profesional que atiende sin premeditación a un desconocido en el sistema de transporte. Aun así, solo si se demuestran todos y cada uno de los elementos contenidos en la responsabilidad civil (estudiados en el siguiente acápite), podría hablarse de responsabilidad civil extracontractual.

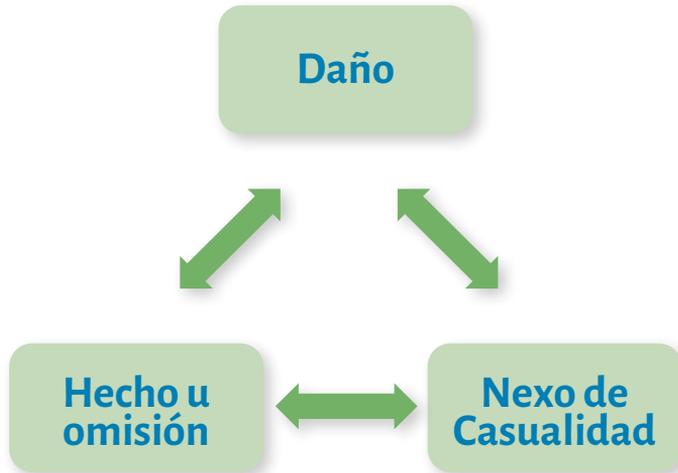
D. Elementos de la responsabilidad civil

Para constatar que un profesional de la salud (médico, enfermero, terapeuta, instrumentador, entre otros) es jurídicamente responsable por un acto u omisión, es necesario previamente hacer curso a los requisitos o elementos para la responsabilidad civil. Según Tamayo (2009) “En los tiempos presentes la relación personal médico-paciente ha cambiado y hay complejidad. Razones: las prestaciones originadas en el contrato médico se diversifican. La actividad involucra no solo al médico sino también a personas de distintas calificaciones (enfermeros, asistentes...)” (p. 503).

Como se ilustra a continuación, todos los elementos se relacionan estrechamente entre sí, si no se comprueba uno de ellos, cualquier demanda en contra del profesional interviniente no tendrá efecto. Así pues, para el profesional de la salud es fundamental conocerlos y entenderlos, ya que en ellos podría encontrar su falla o su salvavidas.

FIGURA 2.

Configuración de la Responsabilidad Civil



Fuente: elaboración propia.

1. Daño

El primer elemento en el estudio de la responsabilidad civil es el daño, y es el daño justamente el protagonista en el estudio de la responsabilidad civil, parafraseando al profesor Hinestrosa (2003) la responsabilidad encuentra sustento en el daño. No obstante, que el daño sea protagonista no implica que sea suficiente para determinar la responsabilidad del profesional; por ejemplo, si una persona sufre parálisis de miembros inferiores, existe un daño pero este no basta luego de una intervención quirúrgica. De acuerdo con el profesor Henao (1998),

En ocasiones a pesar de existir daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas, o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre. (p. 38)

En referencia a la segunda hipótesis planteada por el profesor Henao, el daño antijurídico siempre ha sido objeto de revisión cuando se trata de responsabilidad del

Estado, tanto en la Corte Constitucional al interpretar el artículo 90 de la Constitución Política: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”, como de diferentes doctrinantes. Cuando se trata de la responsabilidad de cualquier privado como la del profesional de la salud, es necesario establecer los requisitos para la configuración del primer elemento denominado daño. Según Arenas (2013):

El concepto de daño es mucho más genérico (se podría definir como un simple menoscabo patrimonial), mientras que para hablar de la producción de una lesión o daño antijurídico indemnizable es necesario que en el daño concurren tres requisitos: la certeza, que sea personal y antijurídico. (p. 158)

Un daño es cierto cuando se ha comprobado su ocurrencia a través de pruebas adecuadas y conducentes; los exámenes de peritos médicos y científicos, la historia clínica y los protocolos son algunas de las herramientas probatorias que pueden ser utilizadas para llevar a dicha certeza al juez. De acuerdo con Bustamante (2003), “no es posible entre nosotros reconocer una indemnización a base de simples hipótesis o alegaciones indemostrables porque siempre es necesario comprobar una determinada pérdida tiene como causa el hecho del cual se es víctima”. Es decir, que el daño siempre debe ser debidamente comprobado y llevar al juez a la certeza de que la lesión o muerte se produjo a causa del hecho u omisión del profesional de la salud.

Por otra parte, existe un tipo de daño que no es actual, es decir que no se evidencia en el presente, sino que es posible que cause repercusiones en el futuro; este se conoce como daño eventual. De allí devienen conceptos que desarrollarán más adelante, relacionados con perjuicio consolidado y perjuicio no consolidado, como aquel que aún no se ha estructurado.

Además de la ya conocida consecuencia jurídica que conlleva la ocurrencia del daño y la reparación equiparada a la obligación de indemnizar de quien lo causa, se encuentra la función preventiva, que contiene un impacto en la sociedad y la cual se halla extrapolada a la parte que recibió la indemnización. La valoración de esta función ha sido resaltada por Edgar Cortés (2009):

Como función social y teniendo en cuenta que en el centro de análisis de la responsabilidad se encuentra el sujeto que ha sufrido el daño, la prevención se manifiesta también con un importante contenido económico, toda vez que la forma del resarcimiento que reciba la víctima de un daño tendrá la capacidad de señalar modelos de comportamiento para potenciales causantes de daños. (Cortés, 2009, p. 63).

En otras palabras, para hablar de reparación y no repetición de daños, no solo se analiza al paciente, sino también se debe analizar al sujeto con altas probabilidades de causar un daño. Este es justamente el caso de los profesionales de la salud.

Durante el desarrollo de este apartado sobre elementos de responsabilidad, se establece un esquema que muestra el cumplimiento de cada faceta de la responsabilidad. De acuerdo con la valoración jurídica que el daño, el hecho y la relación de causalidad tienen respecto a la actuación del profesional de la salud de forma general, paso a paso se va formando el esqueleto conceptual de la responsabilidad civil:

FIGURA 3.

Elementos de la Responsabilidad Civil: Daño.



Fuente: elaboración propia.

2. Hecho

Este segundo elemento sugiere, en principio, la ejecución de una actividad como valoración del paciente, toma de signos vitales, aplicación de medicamentos, revisión, diligenciamiento de historia clínica, entre otras que los profesionales desarrollan a diario dentro de su ejercicio. Sin embargo, no todo hecho o actividad resulta tener trascendencia en la vida de un profesional; esta se ve trastocada cuando la gravedad de un hecho impacta su cotidianidad. En este sentido, desde un punto de vista jurídico el hecho es valorado como un “fenómeno de la experiencia natural o social que ad-

quiere relevancia jurídica” (Hinestrosa, 1995, p. 564). Entre las experiencias indicadas en este concepto, el fenómeno social es el que resulta importante para el estudio de la responsabilidad del profesional de la salud, ya que son actos que le pueden ser atribuibles al desarrollo de su actividad.

De lo anterior se desprende un concepto de cohorte francés, y son los actos jurídicos explicados por Ospina Fernández (1998):

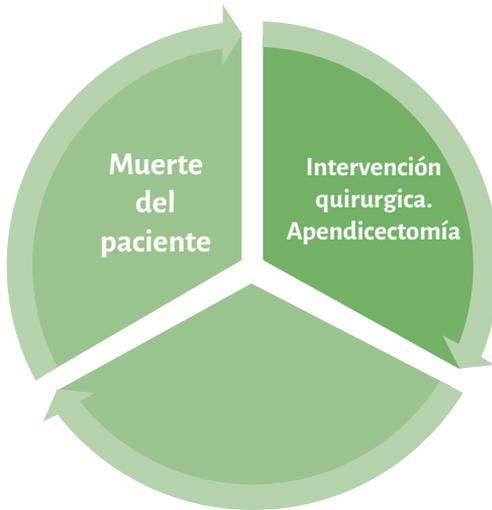
el acto jurídico que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el hecho jurídico, que cubra tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuya, se producen independientemente del querer del agente, como si fueran simples hechos físicos. (p. 4)

En otras palabras, encontramos por una parte los actos jurídicos, como los contratos celebrados entre un fisioterapeuta y un paciente para la realización de terapias posquirúrgicas, en donde se denota una intención clara de establecer consecuencias jurídicas; aquí la suscripción del contrato busca seguridad jurídica en caso de incumplimiento. Por otra parte, los hechos jurídicos son situaciones que pueden llegar a producir algún efecto jurídico tanto intencionado como resultado del azar, es decir, implicando o no la voluntad del profesional. Otro concepto que se ubica a la par del hecho es la omisión que, aunque ha tenido un amplio avance en la rama penal, es importante valorar en la esfera civil. El daño se puede producir tanto por la acción o por la omisión, jurídicamente hablando.

La omisión tiene que ver con los deberes que comúnmente debe adelantar el agente, en nuestro caso, el profesional de la salud. Cuando este omite los controles de asepsia antes de ingresar a sala de cirugía o no aplica un medicamento dentro del tiempo requerido, aquí lo que se castiga es la falta de acción del profesional, que tenía el deber de hacerlo.

Para complementar el esquema presentado en el apartado de daño, a continuación se resalta el segundo elemento para la configuración de la responsabilidad:

FIGURA 4.

Elementos de la Responsabilidad Civil: Hecho

Fuente: elaboración propia.

3. Relación de causalidad

Un tercer elemento para determinar la existencia de la responsabilidad del profesional de la salud se encuentra en el nexo o relación de causalidad. Con este elemento se busca determinar la relación entre el daño causado y la actividad del profesional de la salud.

En algunos casos resulta difícil comprobar la certeza en este nexo de causalidad y, además, la certeza es fundamental para fallar a favor o en contra del profesional de la salud. Es por ello que el Consejo de Estado ha ampliado la percepción del tratamiento que debe seguirse sobre la relación de causalidad para actos de responsabilidad del profesional de la salud:

Así, en los casos de responsabilidad médica, la jurisprudencia ha admitido la prueba del nexo de causalidad con base en la aplicación de indicios, en cuya formulación deberán tenerse en cuenta las reglas de la experiencia y las circunstancias fácticas acreditadas con los elementos de convicción que reposan en el plenario, para con base en ello construir una premisa fáctica que permita, en operación de los criterios normativos pertinentes, formular una respuesta al problema jurídico que el juzgador tiene en sus manos. Del mismo modo, las

nociones clásicas sobre el nexo de causalidad deben ser complementadas con otros entendimientos en los que, por encima de la proximidad y la idoneidad de cierto antecedente en la producción de determinado detrimento, cobran preponderancia las constataciones relacionadas con el agente a quien le asistía capacidad para evitarlo. (Consejo de Estado, 2016)

Lo que implica que, de acuerdo con el caso, es posible acreditar este nexo de causalidad con base en la *lex artis*, en los protocolos médicos y resultados científicos, en el uso de medicamentos y procedimientos, y también la verificación de situaciones o hechos ya comprobados dentro del proceso.

Para ilustrar la anterior explicación, es posible analizar un supuesto en el que un paciente con infección de vías urinarias se trata con cefalexina de 500 mg. cada 8 horas durante 7 días. Este tratamiento se recomienda por el galeno de acuerdo con la pertinencia del diagnóstico inicial y para dar continuidad y resolución a la enfermedad de base. En principio, la toma de este antibiótico no debería generar ningún proceso alérgico y, mucho menos, conllevar a la muerte. Este caso muestra que, bajo las reglas de la experiencia y resultados de estudios científicos, este medicamento no debe causar un daño en el paciente, y por lo tanto, no se evidencia un nexo de causalidad entre la actividad del profesional y el daño (muerte).

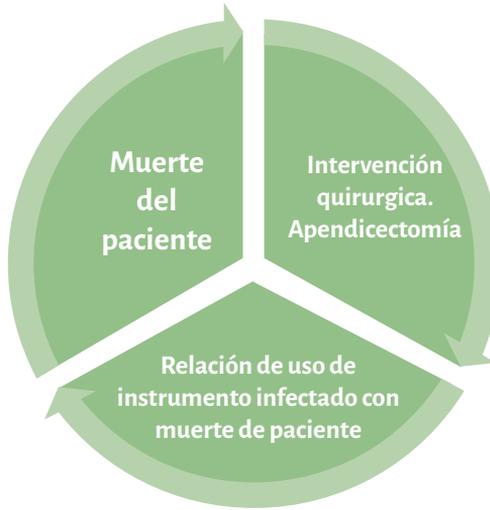
La explicación a esta ruptura de relación de causalidad es también explicada por Héctor Patiño (2008) en su artículo, al afirmar que:

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad. (p. 193)

En este sentido, a pesar de la comprobación tanto de un daño como la muerte, como de la intervención de profesional de la salud, sin la demostración de que la muerte fue el resultado de la actividad del profesional, el juicio de responsabilidad no rendirá fruto, lo que jurídicamente se conoce como ausencia de responsabilidad.

FIGURA 5.

Elementos de la Responsabilidad Civil: Nexo de causalidad



Fuente: elaboración propia.

E. Tipología del perjuicio

Una vez comprobado el daño, primer elemento de la responsabilidad, de él se desprenden diferentes tipos que repercuten en aspectos económicos, sociales, morales, psíquicos o físicos de quien lo ha sufrido. En Colombia, la jurisprudencia inspirada en el derecho francés e italiano para la resolución de casos concretos ha permitido el establecimiento de diferentes tipos de daño que pueden surgir a partir de un hecho, cada uno con valoraciones y consecuencias diferentes.

1. Daño material (daño emergente y lucro cesante)

Diferentes autores han explicado el alcance del daño material, comprendiéndolo como todo aquel gasto que pueda ser determinado, cuantificable y probable en un juicio de responsabilidad civil, entre ello Le Tourneau (2014), quien afirma:

El atentado corporal acarrea toda suerte de perjuicios extramatrimoniales, pero al mismo tiempo constituye el origen de diversos perjuicios económicos (costos farmacéuticos, médicos y hospitalarios; sobre todo las pérdidas de salario y de otras ganancias profesionales causadas por una incapacidad de trabajo, parcial o total, temporal o permanente, provocada por el daño).

Si se comprueban todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad (hecho, daño y relación de causalidad), además de hablar de la responsabilidad, también será necesario discutir la indemnización. Esta se traduce en dinero, como lo explica Bohórquez (2013): “La cuantificación del daño significa, en una palabra, la traducción a una cifra dineraria que indique el monto del perjuicio sufrido. Fácilmente se ve que esta cifra tiene diversos componentes, dependiendo de cada caso concreto”.

En todo caso, hablamos de aspectos tangibles y cuantificables, los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, estos últimos se dividen en *daño emergente* y *lucro cesante*, siendo el primero “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”; y el lucro cesante, “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (Congreso de Colombia, 1873). Tanto el daño emergente como el lucro cesante constituyen una lesión al patrimonio de quien sufre el daño (muerte o lesión), bien sea por aquello que ha debido asumir, pagar o gastar (daño emergente), o por aquel ingreso o beneficio económico que se deja de percibir a raíz del daño.

Al respecto, la jurisprudencia colombiana ha hecho una buena labor al explicar en diferentes sentencias el alcance de estos conceptos y su aplicación en diferentes casos. Si se comprueba cualquier incumplimiento a las obligaciones de medio o resultado por parte del profesional de la salud, y este incumplimiento causa un gasto para el paciente o sus familiares, se configura un daño emergente. Por el contrario, si a raíz del mismo incumplimiento, se pierde la oportunidad de recibir una ganancia, el rubro a sumar en la cuenta a indemnizar será el de lucro cesante.

Algunos fallos sobre responsabilidad de entidades y profesionales de la salud, han diferenciado con claridad el daño material del daño a la salud, el cual tiene otra connotación y es reconocido de manera independiente a los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante). Esto indica una clara tendencia a separar o diferenciar estos rubros. En una sentencia donde resultó condenada una reconocida EPS y se comprobó una grave omisión del equipo médico, la corte manifestó que:

conviene precisar que los costos concernientes a la recuperación de la salud tales como personal médico, de enfermería, terapias, procedimientos, tratamientos, medicamentos, pruebas de laboratorio, y en general todo lo que resulte necesario para el restablecimiento o mantenimiento de la integridad psicofísica de una persona, son efectos patrimoniales en el orden del daño emergente que no pueden ser confundidos con la lesión al bien superior de la salud, que es inmaterial, intangible, insustituible e inapreciable en dinero. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

El caso evaluado en la sentencia es el de un menor que sufrió daños cerebrales irreversibles causados durante el parto. En este caso, se demuestra que el daño no solamente se limita a los gastos que asumió la familia, sino también incluye todos aquellos que resulten a futuro, incluyendo la imposibilidad de desarrollar una vida laboral normal o ganar algún tipo de ingreso; esto último lo diferencia del daño emergente, que se constituye en un egreso o gasto. En este sentido, continúa explicando la Corte: “por la privación de los beneficios económicos que el menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió”. Es decir, su proyecto de vida, desde el punto de vista material, se ve frustrado de manera definitiva. Adicionalmente, en este caso al igual que en otros donde hay una pérdida o lesión permanente, también habría una afectación emocional, aspecto que se desarrolla en el siguiente apartado.

Con el fin de caracterizar las consecuencias económicas que nacen de un daño, el análisis que la doctrina y la jurisprudencia han hecho en materia de responsabilidad señala las limitaciones económicas futuras que un daño actual puede conllevar, y que persistirán de por vida para quien lo sufre de manera permanente. Es decir, una vez que se demuestra un daño con costos actuales, para la Corte este puede ser medido en términos de dinero, a pesar de que pueda resultar relativo o incierto para algunos cuando se trata de un daño actual con repercusiones futuras.

2. Daño Inmaterial (Daño Moral y Daño a la Salud)

A diferencia del daño material, donde el perjuicio genera un impacto económico tanto a quien lo padece como a su esfera familiar, el daño inmaterial produce una alteración emocional; a pesar de la proliferación de rubros que el tema de la responsabilidad ha tenido a lo largo de la historia jurídica, en el ámbito del profesional de la salud el daño moral ha estado siempre presente al haber una falla del servicio que causa una lesión o la muerte del paciente.

De acuerdo con Alberto Tamayo (2009), el daño moral:

Vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos. (pp. 58-59)

Con base en lo anterior y en el desarrollo que diferentes juicios de responsabilidad han tenido, es que se puede presumir la existencia de un daño moral a partir de la muerte o lesión de un hijo, un padre, o un familiar cercano, y toda la afectación que

esto conlleva para el círculo familiar del paciente. Esto se ve reafirmado con el análisis que hace el profesor Edgar Cortés (2009) al señalar que:

El daño moral como padecimiento subjetivo es un daño que en la práctica, cuando hay de por medio una lesión a la integridad psicofísica de la persona, siempre se presume, y de ahí que no sea norma, en la praxis judicial, que se presenten pruebas para comprobar su existencia o su monto, pues en cierto sentido la existencia del daño moral se considera estar *in re ipsa*; desde un punto de vista práctico, entonces la demostración del daño moral se resuelve con la demostración del daño a la salud. (p. 150)

Para brindar mayor claridad, si se causa un daño a la salud del paciente, es posible suponer que también hay un daño a su integridad física y emocional, sin necesidad de entrar a discutir la existencia de este último.

En cuanto al daño a la salud, un rubro relativamente nuevo y que ha suscitado interesantes discusiones en diferentes escenarios académicos, la profesora Milagros Koteich (2012) indica:

el problema se hacía especialmente evidente cuando se trataba de una lesión irrogada a la integridad psicofísica de las personas, que no era posible indemnizar cuando no se había producido como consecuencia de un delito, sino únicamente en la medida del detrimento económico (daño emergente y lucro cesante por la pérdida de la capacidad laboral). (p. 166)

Como se puede ver, esa lesión física o psicológica a la estabilidad en la salud no encaja en ninguno de los tipos de daño antes visto. En la actualidad, los jueces reconocen el daño a la salud como un rubro autónomo y diferente al daño moral, que también hace parte de la suma indemnizatoria en caso de que se declare responsable civilmente a un profesional, la cual puede estar entre los 10 a 100 SMLMV, o, en casos de suma gravedad, hasta los 400 SMLMV (Consejo de Estado, 2015a).

F. Historia clínica y consentimiento informado

Entre los trámites que algunos profesionales de la salud consideran de carácter administrativo pero que resultan trascendentales en la atención en salud, se destaca la Historia Clínica. Esta tiene un sustento normativo en la Resolución 1995 de 1999, la cual la definió como:

Un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los

demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. (Ministerio de Salud, 1999, p. 1)

Conviene resaltar dos de las características descritas en esta resolución, que fue reemplazada por la Resolución 839 de 2017. La primera es la importancia de la confidencialidad que se encuentra en cabeza del paciente; y la segunda y más notable es la tecnicidad con la que se debe desarrollar la historia clínica, ya que solo el profesional de la salud tiene la experticia y el conocimiento del diagnóstico, procedimiento y medicamentos correspondientes al paciente.

Junto con la explicación ya previamente desarrollada en el acápite de obligaciones de resultado, se incluye de igual forma la historia clínica, la debe ser abordada de manera completa y sujeta a la realidad del paciente. El acceso al contenido protegido por la reserva, permite que el dueño único, el paciente, tenga en sus manos como mecanismo de protección la acción de tutela, sin embargo, al interior a demanda contra el profesional y la entidad de salud es al primero a quien se le exige veracidad en la información allí contenida, toda vez que la historia clínica es medio probatorio, de acuerdo con la corte, debe ser valorado en los procesos de responsabilidad del profesional de la salud junto con el testimonio, el dictamen pericial y la epicrisis (Corte Suprema de Justicia, 2017a).

En este sentido, al ser uno de los materiales probatorios, la veracidad es fundamental para el cumplimiento de los derechos de las partes al interior del proceso; tanto así que, en la actualidad, cuando la historia clínica no se ajusta a la realidad del paciente puede considerarse como un indicio grave en contra del profesional demandado. El Consejo de Estado (2015b) exige que la historia clínica sea fidedigna y completa y que:

permita garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos.

En cuanto al consentimiento informado, el cual tiene una fuente en la ética y sus principios, son diferentes los pronunciamientos de la corte en donde se reafirma el carácter obligatorio de su obtención por parte del equipo médico:

En el caso de la cirugía estética, la información no solo debe comprender las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera se-

cuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. (Corte Suprema de Justicia, 2016b)

En este sentido, la existencia del consentimiento informado no exime de responsabilidad al personal interviniente en el procedimiento. Teniendo en cuenta que siempre será necesario probar la diligencia, prudencia, pericia y cuidado del profesional de la salud, estaría lejos de la realidad creer que un documento puede exonerar una falla en el servicio que conlleve a una lesión o a la muerte del paciente, puesto que todo procedimiento debe llevar un protocolo científico.

Lamentablemente el consentimiento informado ha sido menoscabado como un simple formulario que debe diligenciarse de manera precipitada, sin que refleje una verdadera fluidez en la comunicación profesional-paciente. En ocasiones, esto también se traslada a la falta de comunicación entre los miembros del equipo de profesionales, que acarrea graves consecuencias cuando en juicios de responsabilidad se ventilan estas fallas en detrimento de los demandantes.

En un juicio de responsabilidad médica por mala praxis en el caso de una paciente que padecía apendicitis y fue atendida de manera tardía, una de las consideraciones que jugó en contra del grupo de profesionales de la salud fue la escasa y defectuosa información que contenía la historia clínica:

La literatura especializada en el tema de calidad total del servicio de salud refiere que el diligenciamiento inadecuado de la historia clínica y la falta de comunicación entre los médicos que han tratado a un paciente inciden notablemente en la generación de eventos adversos evitables. A pesar de ello los médicos que atendieron a la señora Luz Deisy no se preocuparon por tener ningún tipo de comunicación entre ellos ni de consignar diligentemente en la historia clínica los resultados de sus juicios críticos científicos; entonces existen razones para pensar que tales omisiones influyeron en el retardo del correcto diagnóstico y eficiente tratamiento de la enfermedad que aquélla padecía. (Corte Suprema de Justicia, 2016a)

Lo que evidencia que, ante un proceso judicial, la cantidad de trabajo, las horas de turno o el número de pacientes por atender no son eximentes de responsabilidad a la hora de dar respuesta en el trámite tanto de la historia clínica como el consentimiento informado.

Capítulo 3

RESPONSABILIDAD PENAL DEL
PROFESIONAL DE LA SALUD

El derecho penal carece de un fin estrictamente sancionatorio; su misión principal es la de proteger a la sociedad, lo cual toma hoy una inusitada fuerza gracias al interés progresivo por la protección de los derechos fundamentales del ser humano como la vida, la salud, e incluso la integridad psicofísica. El derecho penal protege los bienes jurídicos al crear normas de comportamiento en atención al hecho de que dichos comportamientos lesionan o pueden lesionar aquellos bienes jurídicos (Cuello, 1990).

La legislación penal exige para la declaración de responsabilidad que la conducta del sujeto sea *típica, antijurídica y culpable*, al configurarse estos tres elementos, el responsable será sancionado a través de una pena de acuerdo con los mecanismos consagrados en el Código Penal.

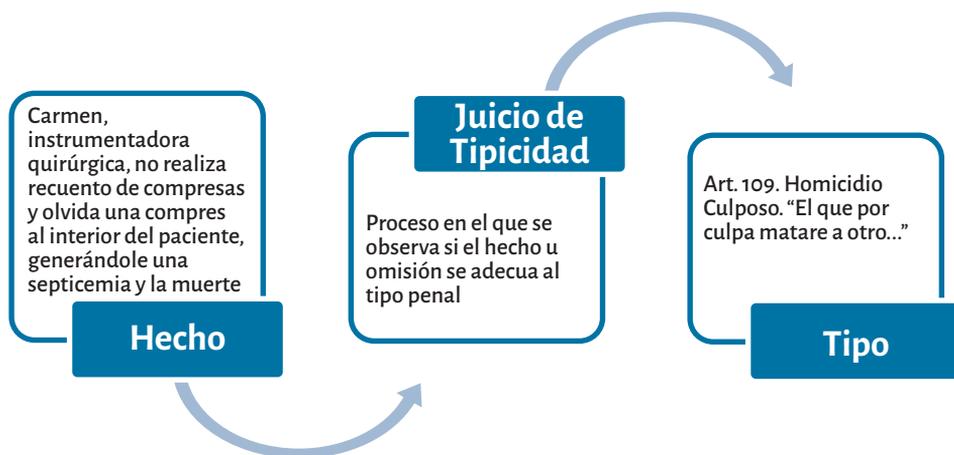
A. Comportamiento jurídicamente significativo. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

En la práctica de cualquier profesión se desarrollan diferentes funciones, por lo que resulta importante determinar cuál o cuáles de ellas fueron significativas y relevantes para el resultado final, entendido como muerte o lesión. Para esto, con este apartado será posible entender las fases que naturalmente se cumplen para la comisión de un delito cualquiera.

La tipicidad es la adecuación del hecho cometido a la descripción que se hace de ese hecho en la ley penal (Muñoz y García, 2004). Es decir, una conducta es típica cuando está apegada o enmarcada de forma concreta al código penal. A continuación, se presenta un ejemplo simple de tipificación.

FIGURA 6.

Ley 599 del 24 de Julio del 2000, Código Penal Colombiano



Fuente: elaboración propia.

La antijuridicidad, por su parte, es una acción típica que no está justificada, que puede caracterizarse como el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo sino como un orden normativo y de preceptos permisivos (Sierra y Cantaro, 2005). En el ejemplo gráfico, esta conducta típica es antijurídica cuando el actuar de la profesional de la salud va en contra de lo dispuesto por el código penal sin justificación alguna, es decir, sin ninguna de las eximentes de responsabilidad que se estudiarán con posterioridad.

Finalmente, Alfonso Reyes Echandía (1987) afirmaba que la culpabilidad "es la ejecución de un hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad" (p. 203).

En este eslabón de la cadena para determinar la responsabilidad penal se vincula una acción u omisión antijurídica con su autor, en donde cobra importancia analizar la conducta o el comportamiento del profesional. ¿Estaba consciente de que su actuar podía generar daño?, ¿comprendía lo ilegal de su actuar?, ¿su decisión fue autónoma?

De acuerdo con los anteriores preceptos, se evidencia entonces que un profesional de la salud puede ser juzgado penalmente por sus actuaciones u omisiones cuando estas no se ejecutan bajo los parámetros de la legalidad, pero no todos los tipos penales se adecúan al actuar común del profesional de la salud. Hipócrates immortalizó una muy célebre frase entre los profesionales de la salud "En cualesquiera

casa que entrare lo haré en beneficio de los enfermos y me abstendré de todo acto voluntario de perjuicio y corrupción, así como de la seducción de hembras o varones, siervos o liebres. Aquello que viere o escuchare en relación con mi práctica profesional o sin relación con ella no lo divulgaré, pues entiendo que todas estas cosas deben ser mantenidas en secreto”.

B. Delito culposo

Cuando del actuar del sujeto se comprueba mala fe, intención o voluntad de causar daño, se predica que la conducta es dolosa y su adecuación se enmarcaría en cualquiera de los tipos penales dolosos contenidos en el código, pero el común actuar del profesional de la salud es buscar el beneficio del paciente. Por consiguiente, resulta frecuente tipificar la conducta de estos profesionales en un tipo culposo como lo son homicidio culposo (art. 109 C.P), inducción o ayuda al suicidio (art. 107 C.P), lesiones personales culposas (art. 120 C.P), lesiones al feto (art. 125 C.P) (Ley 599, 2000), entre otros.

La diferencia esencial entre el delito doloso y el culposo no estriba en el ilícito de resultado; éste es el mismo p. ej. en el homicidio doloso y el culposo (muerte de un ser humano). Ella más bien radica en el ilícito de acción. Si en el delito doloso lo es la *voluntad* dirigida (dolo) a la realización del tipo penal, la cual fundamenta el juicio de disvalor sobre la conducta, entonces en un delito culposo lo es la falta de cuidado objetivo (culpa) de la conducta. (Ebert, 2005, p. 199)

La atención en salud, per se, conlleva a un riesgo. Procedimientos considerados simples o rutinarios como inyectar una ampolla de diclofenaco a un paciente que aqueja dolor muscular, tienen un riesgo mínimo pero con probabilidades de causar una infección. Si el profesional de enfermería en este supuesto incumple su deber de cuidado de forma negligente, o inconscientemente utiliza una aguja infectada con VIH, podría hablarse en principio de culpa por parte del profesional, pues:

bien sabemos que en toda intervención médica, por más simple que ella sea, existe un riesgo mínimo de por medio. En este tipo de riesgo el médico responde civil o penalmente de conformidad con los factores de atribución que le sean imputables por el juez. El más común entre estos factores de atribución es la culpa o negligencia por acción u omisión. (Woolcott, 2015, p. 64)

En el anterior análisis es necesario incluir no solo al galeno sino al profesional de todas las ciencias de la salud que intervienen en la atención y recuperación física y psíquica del paciente.

C. Eximentes de responsabilidad penal

Al interior de un juicio de responsabilidad penal, la defensa despliega todo un plan metodológico y estratégico que favorezca los intereses del defendido. El abogado de la defensa hace un estudio de situaciones fácticas y jurídicas, y exhibe material probatorio y elementos físicos que desvirtúen la imputación hecha por la fiscalía y que conlleven a una sentencia favorable, es decir, que el imputado no sea sancionado.

El fundamento de este tema reside en la comprobación de las causas llamadas eximentes o atenuantes de responsabilidad penal, señaladas en el artículo 32 del código penal. A la luz de la literatura jurídica colombiana, es posible evidenciar que no todos los eventos de ausencia de responsabilidad pueden ser adecuados en la atención en salud; es por ello que a continuación se seleccionan algunos sobre los cuales es necesario hacer mayor estudio para el profesional de la salud.

Estas causales de ausencia de responsabilidad se encuentran determinadas en el artículo 32 del código penal colombiano., Casos como los de “fuerza mayor, caso fortuito” pueden llevar a la exoneración penal de responsabilidad. Otros casos que pueden llevar a una exoneración parcial son:

error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. (Congreso de la República, 2000)

De acuerdo con lo contemplado por la ley penal colombiana, son causales de ausencia de responsabilidad:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un

cargo público.

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente. (Congreso de la República, 2000)

De la anterior descripción realizada por el legislador penal, se entiende que es necesario comprobar que el sujeto no pudo actuar de otra manera, debido a una fuerza

(interna o externa) que lo llevó a cometer el ilícito.

En un país de histórica violencia como Colombia, es posible que un profesional de la salud haya tenido que enfrentar a una situación de fuerza mayor, legítima defensa, estado de necesidad o coacción ajena, que lo haya obligado a dejar a un lado el juramento a su profesión. Al analizar las causales 10, 11 y 12, el error no es fácil de comprobar a la luz de una posible responsabilidad, toda vez que por la experticia del sujeto se hace una mayor exigencia.

Capítulo 4

EVENTO ADVERSO

A. Generalidades y relación causa - efecto

A la luz de la literatura jurídica colombiana, son varios los conceptos que se tienen sobre evento adverso; sin embargo, todos ellos tienen en común una característica recurrente que es la falta de intención por parte del personal médico.

El Ministerio de la Protección Social, a través de la Resolución No. 4816 de 2008, lo define como: “Daño no intencionado al paciente, operador o medio ambiente que ocurre como consecuencia de la utilización de un dispositivo médico”. Otro concepto del Ministerio de a Protección Social en un estudio como estrategia de seguridad del paciente, define el evento adverso como “todo accidente imprevisto e inesperado, recogido en la Historia Clínica que ha causado lesión y/o incapacidad y/o prolongación de la estancia, que se deriva de la asistencia sanitaria y no de la enfermedad de base del paciente” el anterior concepto hace parte de un estudio para establecer estrategias para el mejoramiento del sistema de salud español. (p. 250); aquí también se insiste en la falta de intención e imprevisibilidad por parte del equipo médico.

A pesar de ser un evento en donde no existe intención o mala fe por parte del profesional, la jurisprudencia ha concluido que la ocurrencia del evento adverso puede conllevar a una responsabilidad:

El evento adverso se ha entendido como aquel daño imputable a la administración por la atención en salud y/u hospitalaria, que no tiene su génesis u origen en la patología de base del paciente, y que puede desencadenar la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud —entendidos en sentido genérico—, desde diversas esferas u órbitas legales. (Consejo de Estado, 2012)

Lo que implica que el origen del evento adverso no se encuentra en la enfermedad o accidente que aqueja al paciente y por el cual debió acudir al servicio médico, sino que este se dio justamente al interior de la atención en salud.

Ahora bien, ¿por qué este evento adverso puede desencadenar un juicio de responsabilidad para el profesional de la salud?, para el profesor Sergio Luengas (2009):

El primer elemento que constituye la esencia del concepto de evento adverso es el daño en el paciente. No hay evento adverso sin daño. Este primer elemento es fácil de determinar cuando el daño es evidente, como en el caso de la muerte de

una persona o de una incapacidad permanente mayor (daño cerebral, pérdida de un órgano o de una función corporal). (pp. 6-7)

Lo mismo ocurre con la responsabilidad. Como vimos anteriormente, el primer elemento para iniciar un estudio de responsabilidad es el daño; al igual que con el evento adverso, sin un daño que resarcir, no podríamos hablar de responsabilidad.

Capítulo 5

ANÁLISIS DE CASOS APLICADOS A
PROFESIONALES DE LA SALUD

A. Planteamiento de casos por especialidad

Quiero comenzar este apartado resaltando la labor de las estudiantes de la Escuela de Posgrado: Ángela Ximena Caycedo Guevara, Lydia Velandia Rodríguez, Martha Lucia Camberos Álvarez y Mary Cruz Gómez Mantilla, por su labor en la recolección y análisis de datos.

El presente estudio de caso tiene un enfoque cualitativo-descriptivo y pretende analizar las características de los profesionales de la salud ante los riesgos legales a los que están sujetos en su desempeño profesional. Con este fin, se diseñó un caso destinado a siete profesionales de diferentes áreas de la salud que permita conocer, a través de una entrevista acompañada del consentimiento informado para su participación, su posición frente a este supuesto fáctico.

La entrega del caso se llevó a cabo de forma presencial o por medios electrónicos, según fuese necesario, dada la distancia geográfica entre los investigadores y los colaboradores con el proceso.

Durante análisis de los datos se tuvo en cuenta diferentes aspectos para la caracterización del profesional participante:

- ⊙ Profesión (enfermería, fisioterapia, instrumentación quirúrgica, medicina, odontología, psicología y terapia respiratoria).
- ⊙ Años de experiencia profesional a partir de expedición del título.
- ⊙ Estudios de posgrado.
- ⊙ Lugar de trabajo de acuerdo al tipo de institución (Instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), públicas o privadas, consultorio particular, instituciones con objeto social diferente).
- ⊙ Nivel de atención de las IPS (I-II-III-IV).
- ⊙ Ubicación del lugar de trabajo según área geográfica (urbana o rural).

Posteriormente, se realizó una categorización de acuerdo a:

- ⊙ Conducta seguida por el profesional en el supuesto de un proceso de atención específico para el caso.
- ⊙ Realización de diagnóstico presuntivo.

- ⊙ Hospitalización en caso de ser necesaria.
- ⊙ Solicitud de paraclínicos.
- ⊙ Tratamiento realizado.
- ⊙ Remisión o solicitud de interconsulta o colaboración de otros profesionales.
- ⊙ Determinación de los riesgos a los cuales podría incurrir el profesional de la salud.

B. Resultados

Teniendo en cuenta los anteriores datos, a continuación se encuentran clasificadas cada una de las profesiones seleccionadas, junto con los casos propuestos y un análisis de los resultados. Adicionalmente, se incluye la información entregada durante las entrevistas, la revisión bibliográfica adelantada durante el proyecto y el análisis de diferentes conceptos y sentencias aplicables:

Profesión	Enfermería
Caso fáctico propuesto	Paciente femenino de 32 años de edad con diagnóstico de insuficiencia renal crónica, en tratamiento para diálisis con fístula A-V en miembro superior derecho. Presenta amputación total del miembro superior izquierdo. Requiere canalización urgente para toma de laboratorios e inicio de líquidos endovenosos.
Análisis de resultados	Como aspecto en común, los profesionales en enfermería hacen alusión a sus estudios universitarios como la herramienta que les permite estar preparados para asumir diferentes roles y atender casos en diversas circunstancias. En cuanto a su desempeño, una característica recurrente en las respuestas a las entrevistas del recurso humano de enfermería fue que, al tratar de atender el caso de forma oportuna y solucionar el evento de salud de los pacientes, pueden olvidar algo tan esencial como es el uso del consentimiento informado. En estos casos es discutible si se valida la actuación de la persona detrás del profesional, debido a que se actúa teniendo en cuenta el margen de error y bajo la premisa latina <i>primum non nocere</i> . Para el caso de análisis, se observó una omisión que no puede ser justificada, en el sentido de que es requisito antes de adelantar un procedimiento. La mayoría no lo incluyó en el manejo del paciente descrito, a pesar de ser conscientes de que cualquier actuación puede tener un resultado adverso o un resultado inesperado que puede incidir en la integridad de la persona y acarrear consecuencias jurídicas que pueden afectarlos así como a la institución que presta el servicio. Por el contrario, el profesional que sí lo contempló en

Análisis de resultados

su respuesta, formuló además las posibles consecuencias de su quehacer profesional para el caso en particular. Esta persona declaró que, además de su quehacer profesional, labora como docente activo en una institución superior con quince años de experiencia, donde además debe tener actualizaciones permanentes. Asimismo, por el tipo de entidad donde trabaja, dado el nivel de atención (III y IV), cuenta con dotación y recurso humano al que puede recurrir en caso de necesitar procedimientos como buscar un acceso venoso central, a pesar de que este procedimiento es realizado por un médico. Puede ocurrir que, en una emergencia, el profesional omita la explicación y firma del consentimiento informado; aunque menos probable, también puede darse la omisión por desconocimiento de la norma, pese a que este requisito es un tema que debe tratarse en toda institución de formación del área de salud y exigirse por parte de la institución prestadora.

En referencia a esto último, puede omitirse por ausencia de protocolos institucionales para este tipo de procedimientos, o por falta de divulgación de estos documentos y de capacitación por parte de la entidad contratante, lo que implica incumplimiento de las normas vigentes por parte de esta (Social., 2014). Si bien el diligenciamiento y firma del consentimiento informado por parte del paciente no le protege de los riesgos propios del procedimiento, o de los riesgos atinentes a su condición, sí fomenta su autonomía como individuo, y al profesional le permite racionalizar las decisiones médicas.

En los casos de responsabilidad médica las honorables cortes, los doctrinantes y demás autores han dado diferentes puntos de vista. Se busca tanto una relación entre la causa y su efecto o consecuencia, como la valoración de la obligación y el derecho. Tanto así, que por la importancia del tema las diferentes cortes han realizado un estudio juicioso jurisprudencial. En estos conceptos no debe perderse de vista que las personas que se desempeñan en el campo de la enfermería, cumplen con una obligación de prestar un servicio para el que no solo se formaron, sino también para el que han sido contratadas en un determinado lugar. Por otra parte se encuentra el paciente que requiere un servicio de salud, que a la vez es un derecho constitucional, hoy consagrado como fundamental por la Estatutaria de salud (Congreso de Colombia, 2015) y que anteriormente debía ser invocado indirectamente como derecho conexo con la vida. Es común observar acusaciones de malas prácticas en el área de salud sin considerar el factor humano, su calidad, su destreza y dedicación al asumir la responsabilidad de ejercer su profesión. Sin embargo, olvidos u omisiones en profesionales de la enfermería, que mantienen un contacto constante con el paciente, y que son los encargados de

Análisis de resultados

realizar actividades y procedimientos específicos, pueden ocasionar implicaciones legales en caso de error o mala praxis.

En el caso específico de canalización venosa central, se hizo explícita por parte de profesionales con quince y diecisiete años de experiencia la necesidad de interconsulta con un médico capacitado para estos procesos. El no optar por esta acción y realizarla por su cuenta implicaría incurrir en riesgos no justificables. En cuanto a accesos venosos en miembros inferiores, la anotación de los posibles riesgos del procedimiento se hizo por parte de enfermeros con quince, trece y dos años de experiencia (los dos primeros son docentes en su área).

En caso de realizar procedimientos equivocados como canalizar en el miembro que cuenta con la fístula A-V, se correría el riesgo de provocar un evento adverso prevenible, consistente en el daño de la fístula. Este hecho no se observó durante el caso en estudio, pero de otra forma habría configurado una relación causa-efecto.

Cuando de una conducta se desprende una presunta causa que llega a tener como resultado un efecto, se considera que allí está inmerso el nexo causal, donde puede establecerse la relación entre la conducta del profesional y el resultado. Debe tenerse en cuenta que la conducta debe ser atribuible al daño causado, de lo contrario no se cumple con el requisito mínimo del nexo causal para imputar una responsabilidad jurídica. En la mayoría de los casos ocurre un hecho inesperado por una conducta enunciada; es ahí donde se debe interrogar que hubiese pasado si el profesional número uno hubiera actuado como el profesional número dos, o si los dos coinciden en sus procedimientos. En el desarrollo del estudio planteado se observa cómo siete profesionales de una misma rama, deciden actuar de diferentes formas ante el manejo de un mismo caso, aunque con algunos puntos de coincidencia.

Profesión	Fisioterapia
Caso fáctico propuesto	<p>Paciente de 45 años, de sexo masculino, presenta amputación transtibial en MID, practicada por lesión debida a un accidente automovilístico ocurrido hace 8 meses. Es remitido a su consultorio por presentar hiperemia y edema, que, según el paciente, comenzaron a presentarse dos semanas después de la adaptación de la prótesis, y para la que fue tratado con hidroterapia. Al examen físico refiere dolor en el área afectada, y además presenta eritema, edema, vesículas y ampollas, que atribuye al uso de la prótesis.</p>
Análisis de resultados	<p>Los profesionales de fisioterapia que laboran en Bogotá, específicamente en entidades públicas y privadas cuyo nivel de complejidad es similar, con recursos suficientes para su desempeño y con gran experiencia en su profesión, manifiestan de forma expresa el retiro de la prótesis dada la sintomatología del paciente; entre ellos se encuentra un fisioterapeuta especializado en Terapia ortopédica. El no retirar la prótesis supondría empeoramiento del cuadro clínico. No obstante, no es evidente si no se realiza o simplemente se omitió la mención en la respuesta al caso por parte de algunos profesionales, como los ubicados en instituciones públicas de nivel I en Sesquilé, Cajicá, y Guatavita, quienes cuentan con una experiencia de entre tres y doce años. Este grupo toma la decisión de evaluar la prótesis con el responsable de su elaboración para identificar si tiene las medidas adecuadas del paciente, o si existe alguna falla en ella, lo que indicaría el posible retiro de la misma. También realizan terapia de rehabilitación de movimiento y fortalecimiento del musculo afectado. Solo un terapeuta, con siete años de experiencia y quien labora en IPS privada de nivel III, no consideró hacer valorar o remitir al paciente a otra especialidad para manejo del cuadro agudo de piel, con lo cual podría incurrir en riesgos.</p> <p>Se determina también en el análisis cómo los profesionales con tres y dieciocho años de experiencia, con ubicación en instituciones pública y privada, respectivamente, son los únicos en realizar diagnóstico presuntivo.</p> <p>Durante el proceso de investigación no se encontró jurisprudencia que permitiera realizar comparaciones, ni referencias a antecedentes al respecto en el área de fisioterapia y los posibles riesgos derivados de las actuaciones de los profesionales. Toda la revisión arrojó resultados de jurisprudencia por casos laborales o de otras instancias, y el no hallar un pronunciamiento judicial a las posibles consecuencias, no permite delimitar ni las responsabilidades, ni las posibles sanciones; por otra parte, esta es una actividad ligada a otras áreas de la salud en su desempeño, pues otros profesionales se apoyan en la fisioterapia para procesos complementarios en los tratamientos.</p>

Análisis de resultados De igual manera los profesionales de la fisioterapia, como otros de la salud, son sujetos procesales con responsabilidades, y, si en la ejecución de su actividad se tiene una consecuencia inesperada, son susceptibles a las mismas responsabilidades que aplican en general a los profesionales de la salud por vía de la analogía jurídica.

Profesión	Instrumentación quirúrgica
Caso fáctico propuesto	<p>Nombre R. C. M., sexo femenino, edad 25 años. Antecedentes: patológicos (-), quirúrgicos (-), alérgicos (-), tabaco (-), alcohol (-), transfusionales (o). Obstétricos: G1 Po Ao. Familiares: Padre hipertenso. Niega antecedentes familiares de cáncer y diabetes. Embarazo de 37 semanas de evolución. Ingresa por urgencias de ginecología por presentar contracciones regulares y expulsión de tapón mucoso. Al examen físico, consciente, hidratada, signos vitales: T/A: 120/80, F.R.: 18, F.C: 82 x', T°: 37°C, Talla: 1,58 cm, Peso: 62 kg. Cuello uterino: dilatación 6 cm, borramiento 80 %. F.C. fetal: 144 x'. Se solicitan paraclínicos, eco obstétrico y monitoreo del trabajo de parto. Posteriormente, por trabajo de parto prolongado se decide realizar cesárea durante su turno en quirófanos.</p>
Análisis de resultados	<p>Hoy en día, el instrumentador quirúrgico se desempeña en diversas áreas, incluidas las comerciales (Naranjo, 2012).</p> <p>El quehacer integral del instrumentador quirúrgico se centra en el quirófano, considerada una de las áreas complejas de un hospital, zona que requiere la mayor esterilización debido a los procesos invasivos que allí se realizan, sin embargo, esta no es la única labor del instrumentador, pues también administra elementos clave de área de cirugía (Carrillo, Lorduy, & Muñoz, 2018, pp. 136-138).</p> <p>Como profesional, debe tener pleno conocimiento de sus responsabilidades de acuerdo a lo establecido en la Ley 784 de 2002, que reglamenta el ejercicio de la profesión (Congreso de la República, 2002). Algunos criterios de desempeño de sus funciones en las IPS, son:</p> <p>Selecciona equipos, instrumental quirúrgico, dispositivos e insumos médico-quirúrgicos a utilizar en el paciente durante la cirugía. Maneja equipos, instrumental, dispositivos e insumos que se utilizan durante la cirugía, aplicando los protocolos establecidos para cada caso en particular con el objeto de garantizar la efectividad de los mismos. Participa activamente en el aseguramiento de la calidad del proceso estéril tanto de dispositivos médicos reutilizables como de dispositivos nuevos en Instituciones prestadoras de servicios de salud (Asociación colombiana de instrumentadores quirúrgicos profesionales et al., s.f.).</p>

Análisis de resultados

De acuerdo con lo anterior, se observa que el total de los instrumentadores (con experiencias de uno, ocho, diez, doce, y quince años), relacionaron el recuento de compresas utilizadas en la paciente. Además, los profesionales con uno y quince años de experiencia, que trabajan en institución privada de tercer nivel de atención, registraron también el recuento de compresas del hijo. Para el caso en particular es un evento de obligatorio cumplimiento y relevancia, por cuanto no son escasos los eventos acaecidos en referencia a oblitio quirúrgico por este tipo de insumos.

El no efectuar el recuento de compresas y otros elementos utilizados, como suturas e instrumental quirúrgico, podría conducir a que, en caso de presentarse un oblitio quirúrgico, se considere “una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada en la prestación de servicios de salud” (Consejo de Estado, 2011). Al respecto, se observa que el instrumentador con doce años de experiencia, y quien trabaja en IPS privada de tercer nivel, registró la necesidad de firmar un documento en que conste que se hizo recuento de compresas e instrumental junto con cirujano y circulante. Este último hecho podría proteger al instrumentador en el sentido en que respalda el conteo respectivo. En lo referente a los hechos en la jurisprudencia citada anteriormente, se aprecia cómo se diluyó la responsabilidad entre instrumentador y circulante de enfermería, quienes se atribuyeron mutuamente la obligación en el cumplimiento de esta función, lo que finalmente causó que se fallara contra la IPS en la que se efectuó el procedimiento (cesárea).

En los diferentes pronunciamientos del honorable Consejo de Estado este ha dicho que la responsabilidad civil es atribuible a todos los profesionales de la salud, ya sea por acción u omisión. En el desarrollo inicial de la jurisprudencia, estuvo orientado por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada

(i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales “resulte muy difícil —si no imposible— la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio (Consejo de Estado, 2005).

Análisis de resultados	En este orden de ideas, es necesario establecer la causa del resultado, si es por negligencia, por olvido o por mala prestación del servicio, y así llegar al sujeto imputable. La responsabilidad civil, el nexo causal y demás responsabilidades que se desprenden de la actividad desarrollada por los diferentes profesionales de la salud han desencadenado líneas jurisprudenciales, fallos de gran relevancia y conceptos relevantes que vale la pena resaltar.
------------------------	--

Profesión	Medicina general
Caso fáctico propuesto	<p>Mujer de 31 años de edad, atendida por médico en área rural a las 8:35 p.m. por presentar dolor abdominal, de 3 horas de evolución, acompañado de vómito en dos ocasiones, de tipo alimentario. Refiere haber estado hospitalizada dos días en un pueblo cercano por “algo en la orina”, hospital del que le dieron de alta sin fórmula. Presenta embarazo de 28 semanas de evolución. Antecedentes personales: Valvulopatía tricúspide. Padre y hermano con Ca gástrico. Madre hipertensa. Obstétricos: G4 A1 P2. Signos vitales: TA: 150/90 mmHg. FC: 80 por min. FR: 19 por min. T°: 36,6 °C. Se realiza diagnóstico de úlcera gástrica. Se ordena antiemético I.M. y se da salida con fórmula a las 9:00 p.m. Paciente regresa al día siguiente (10:15 a.m.) durante el turno que le corresponde a usted, se queja de “dolor de cabeza”, cansancio en las piernas y visión borrosa. Al examen físico, consciente, TA: 170/100 mmHg. FC: 84 por min. FR: 20 por min. T°: 36,5 °C. Paciente lúcida, colaboradora, ubicada en tiempo y espacio, edema facial, miembros inferiores con edema leve, examen restante normal.</p>
Análisis de resultados	<p>Ante el caso planteado, se encuentran en los médicos puntos de coincidencia y puntos de divergencia de criterios. Todos los médicos tomaron la decisión de hospitalizar e iniciar manejo que incluye monitoreo fetal. No todos realizan diagnóstico presuntivo a la paciente; quienes lo hacen cuentan con tres y cuatro años de experiencia y trabajan en IPS pública de nivel III y IV, en su gran mayoría. Se observa en el médico que trabaja en institución privada de tercer nivel, la descripción amplia del estado de la paciente y la exposición de las razones por las que toma sus decisiones médicas. Respecto a los diagnósticos registrados, priman, como corresponde al caso, el de preeclampsia, embarazo de 28 semanas y trastorno hipertensivo ocasionado por el embarazo, con un número igual de diagnósticos por profesional por parte de quienes laboran en Hospital público de III y IV nivel.</p> <p>En cuanto a quienes trabajan en IPS pediátrica privada de III nivel, se observa en la mitad de los profesionales una conducta similar. Solo se identifica en un médico el diagnóstico interrogado de preeclampsia y el registro de que iniciará sulfato de magnesio de acuerdo con</p>

Análisis de resultados

disponibilidad. Esto se interpretó como posible falta de insumos para tratamiento del caso de acuerdo al nivel de complejidad de la institución, lo que implica una demora en el inicio del tratamiento y posible riesgo para madre e hijo. Aunque el profesional indica trámite de remisión inmediata, con la información brindada no es posible determinar la distancia al centro de atención al que se enviaría la paciente, o si, por el sitio de trabajo (IPS de nivel III), la remitiría a médico especialista en la misma institución. Debido a sus antecedentes, la paciente podría presentar complicaciones como eclampsia, desprendimiento de placenta, síndrome HELLP, sufrimiento fetal agudo y crónico y muerte materna y/o fetal (Barrio, 2006).

De acuerdo con lo anterior, de no realizarse un diagnóstico acorde a la patología de la paciente, dado el embarazo de 28 semanas y el trastorno hipertensivo que padece, se podrían ocasionar riesgos incluso para la vida de la madre y el feto. Esto ocurrió en un caso en que se realizó un diagnóstico tardío y, por ende, remisión tardía; adicionalmente, el médico no contaba con los medios necesarios para la atención de la paciente. Al respecto, según lo registrado en el periódico *El Tiempo*, la Corte indicó:

Dada la posición de garante asumida por el médico respecto de su paciente—desde que lo valora hasta que lo da de alta o lo remite—, le es exigible respetar el deber objetivo de cuidado, cuyo estándar está reglado en los preceptos jurídicos y los protocolos que la *lex artis* (las reglas de su profesión) le impone. En este caso, el médico no tuvo cuidado en analizar la historia clínica de la paciente, en la que figuraba que ese era su cuarto embarazo y que ya había sobrepasado las 20 semanas de gestación, lo que en sí ya representaba un riesgo (*El tiempo*, Redacción justicia, 2012).

Podrá hablarse en este caso de causa-efecto por cuanto la paciente falleció. Según Ricaurte (s. f.), la mala práctica se presenta cuando existe una falla profesional debida a negligencia, impericia, imprudencia y/o falta a la norma que tiene como consecuencia daño del paciente o pérdida de su vida; involucra una serie de factores de tipo legal, económico y administrativo, pudiendo esta ser causal de un proceso legal. De igual forma dice:

El error médico, es una equivocación en la que no existe mala fe, ni se pone de manifiesto una infracción. Puede estar referido al diagnóstico (error diagnóstico), al medicamento indicado (error terapéutico o iatrogenia), o al tratamiento (error de procedimiento). Ejemplos de errores médicos pueden ser: diagnósticos equivocados y subsecuentes terapias, falla en equipos y tecnología, infección después de una cirugía o mala interpretación de órdenes médicas por parte del personal auxiliar. Las causas son variadas y pueden ir desde la fatiga por trabajo excesivo, frecuente caso en el sistema colombiano, donde las empresas de salud obligan al médico a atender una gran cantidad de pacientes en un tiempo mínimo de 15 minutos por consulta, hasta la precaria formación

Análisis de resultados

del médico, también producto de fallas en el control de las 3 entidades encargadas de la formación del talento humano (Ricaurte, s. f.).

De acuerdo con esta afirmación, es necesario tener en cuenta el factor humano, el que los profesionales están solos muchas veces, o con sobrecarga de trabajo y abocados a circunstancias como falta de protocolos, de capacitación, y de interés de las mismas entidades de salud en los programas de seguridad del paciente (Aguirre-Gas, 2006).

Tampoco se debe dejar de lado que en ocasiones los pacientes actúan a voluntad, hecho que genera riesgos y posibles consecuencias Guzmán (2001), define como causa de exención de responsabilidad civil “la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico, combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio” (p. 16).

A lo largo de la historia las diferentes cortes se han pronunciado sobre la responsabilidad médica, y han establecido los parámetros para que ella sea atribuible a los profesionales de la salud. Los casos más comunes son imputables a los médicos generales, mientras que en otras ocasiones son castigados los hospitales y las clínicas, convirtiendo en solidarios a los médicos de turno.

La responsabilidad médica es aplicada generalmente a aquellos profesionales que, de acuerdo con la carga probatoria, dejan el resultado a la suerte, bien sea por descuido, negligencia o impericia. La carga probatoria generalmente está a cargo del profesional al que se le atribuye la culpa. Sobre esta responsabilidad los estudios jurisprudenciales indican que necesariamente debe existir una conexión entre el hecho generador y el resultado, al que se le llama nexo-causal. Es allí donde el demandante debe probar que el resultado fue causado por una conducta del profesional, y el profesional debe desestimar lo dicho aludiendo a los motivos y las posibles circunstancias que dieron origen a ese resultado inesperado.

Un precedente de frecuente recordación se halla en la sentencia de 05 de marzo de 1940, donde se precisó que la “obligación del médico” es por regla general de “medio”, y en esa medida “(...) el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los cuidados de prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste”, y en el tema de la “culpa” se comentó: “(...) la responsabilidad del médico no es ilimitada ni motivada por cualquier causa sino que exige no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad. (...) no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave, (...)” (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Armenia, Quindío, 2012).

Análisis de resultados

Partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, la Corte estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico “es de medio”, aclarando que en el ejercicio de la profesión hay casos, como las intervenciones quirúrgicas de fines estéticos, en que el médico asume una obligación de resultado. En sentencia de 3 de noviembre de 1977, la Corte reafirma que por lo regular las obligaciones que surgen para los médicos son de medio, de ahí que éstos no estén obligados a ejecutar y desplegar las acciones necesarias para conseguir el resultado esperado (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil [MP: José Fernando Ramírez Gómez], 2001).

Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940, donde la Corte, comienza a desarrollar una doctrina sobre la culpa probada; en ella indica que en estos casos no sólo debe exigirse la demostración de “la culpa del médico sino también la gravedad”. Asimismo, expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como “una empresa de riesgo”, por qué una tesis así sería “inadmisibles desde el punto de vista legal y científico” y haría “imposible el ejercicio de la profesión”. Por lo tanto, el médico sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil [MP: José Fernando Ramírez Gómez], 2001).

Por lo anterior es de suma importancia el diligenciamiento del consentimiento informado, ya que los pacientes deben ser conocedores de las posibles consecuencias y resultados que se pueden generar de un procedimiento. Además, realizarlo es garantizar los derechos de los pacientes y asegurar el cumplimiento de las normas vigentes para prestación de servicios de salud.

Como la ha dicho la Honorable Corte Suprema en diferentes pronunciamientos sobre la práctica de la medicina y los procedimientos establecidos en el ejercicio de las funciones como profesional de la salud, el profesional obra por fuera del deber objetivo de cuidado, incrementando a su vez el riesgo de producir un resultado lesivo conocido muy bien por él, al momento de abstenerse de informar a la paciente del tratamiento a seguir y/o por inhibirse de ordenar la práctica correspondientes:

Ahora bien, como no hay un catálogo de deberes para cada una de las actividades de interacción social, el operador jurídico está obligado, en cada caso particular, a remitirse a las fuentes que sirven de directrices para establecer si se configura o no el elemento en examen, las cuales se definen de la siguiente forma:

“...El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado”.

Análisis de resultados

“...El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

“Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

“...El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor (Corte suprema de justicia-Sala de Casación. [MP. Julio Enrique Socha Salamanca], 2008).

Y continúa:

Significa que si la infracción al deber de cuidado se concreta teniendo en cuenta las características mencionadas en el desconocimiento de la norma de cuidado, es necesario valorar la situación, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa ex ante y ex post, el que se produjo, el cual puede ser imputado al comportamiento del procesado.

Profesión	Odontología
Caso fáctico propuesto	<p>Paciente de 67 años de edad, llega por sus propios medios, remitido al servicio de odontología por odontólogo rural, por presentar, en Rayos X practicados, la pieza 38 o tercer molar inferior izquierdo en retención ósea (muela del juicio). El paciente refiere dolor moderado y al examen se observa inflamación en el área descrita.</p>
Análisis de resultados	<p>Cada profesional que se forma en una rama de la salud acorde con su vocación, y que posteriormente se desempeña en la misma, corre el riesgo de que en algún momento el resultado de su servicio no coincida con las expectativas del paciente. El odontólogo tampoco está exento de llegar a un resultado inesperado; por lo tanto, debe tener claro que así como está obligado a diligenciar un consentimiento informado que incluya todos los posibles riesgos que el procedimiento a realizar conlleva, y que será válido si el paciente acepta, también debe solicitar la información necesaria para tomar una decisión adecuada. En el análisis de caso, se observa el registro del consentimiento informado únicamente por parte del profesional con menor experiencia de todos. Odontólogos con veintiocho y doce años de experiencia, determinaron realizar procedimientos, el primero sobre la pieza que hace contacto con el molar 38, y el segundo directamente sobre este último. Odontólogos generales, con experiencias similares de tres décadas, solicitaron Panorex como apoyo diagnóstico, o expresaron la necesidad de mayor descripción radiológica. Este fue el caso del profesional que además es docente universitario, quien además afirmó no tener la información suficiente a partir de la descripción presentada para tomar una decisión respecto al caso clínico. La radiografía en este caso es de suma importancia pues, en caso de estar aislada la pieza 38, no debería realizarse exodoncia por riesgo de fractura dada la edad del paciente.</p> <p>En el análisis realizado se observa que odontólogos con experiencias profesionales diversas, pero que trabajan todos en IPS privadas, consideraron necesario remitir a cirugía oral o maxilofacial para valoración del paciente. En cuanto a tratamientos opcionales, la mayor tendencia es la formulación de antibióticos y analgésicos o antiinflamatorios.</p> <p>De cualquier manera, los profesionales de odontología son responsables jurídicamente, puesto que, así se haya actuado igual que en otros casos, muy seguramente el resultado no es el mismo. Un resultado no esperado en la profesión de la odontología puede acarrear consecuencias en el aspecto físico y estético que incluso pueden ser llevadas al plano jurídico.</p>

Profesión	Psicología
Caso fáctico propuesto	<p>Mujer de 40 años, llega a consulta de psicología hacia las 4:30 de la tarde traída por sus hijos, por presentar crisis de llanto, tristeza profunda, preocupación, que atribuye a que lleva 10 años de convivencia con su pareja, un hombre de 30 años, quien es muy celoso, consume licor con frecuencia, cuando llega en estado de embriaguez es agresivo, la trata mal y la última vez la agredió físicamente. Añade la paciente que el esposo no es afectivo con los hijos y los maltrata verbalmente con frecuencia, a ella no le permite dialogar con nadie, si la ve saludando a los vecinos les dice que les está haciendo algún tipo de señas para conspirar contra él, y la agrede, de forma verbal y psicológica, llegando incluso al maltrato físico.</p> <p>La paciente se demuestra desesperada, con ideas suicidas, ha amenazado en su casa con tirarse por la ventana, llegando a sentarse en el borde de esta en un tercer piso, razón por la cual es conducida a la institución de primer nivel para ser atendida.</p>
Análisis de resultados	<p>Para el caso en estudio, se observó que la mayoría de los psicólogos no tuvo en cuenta el diligenciamiento o el uso del consentimiento informado, evidenciando desconocimiento u omisión de este requisito, y que sólo un profesional que labora en entidad privada de segundo nivel planteó de forma explícita la necesidad de diligenciarlo. Este requisito es obligatorio para este tipo de atenciones, y su omisión por parte del profesional de psicología podría acarrear complicaciones de tipo ético y legal, máxime la multiplicidad de ámbitos de su desempeño y relacionamiento humano y laboral. De igual forma, la Ley 1090 de 2006, del Congreso de la República, que reglamenta el ejercicio de la profesión de psicología, dicta el Código Deontológico y Bioético y otras disposiciones, en su capítulo III:</p> <p style="padding-left: 40px;">Deberes del psicólogo con las personas objeto de su ejercicio profesional, Artículo 36 inciso i que reza: i) No practicar intervenciones sin consentimiento autorizado del usuario, o en casos de menores de edad o dependientes, del consentimiento del acudiente, y en el j) Comunicar al usuario las intervenciones que practicará, el debido sustento de tales intervenciones, los riesgos o efectos favorables o adversos que puedan ocurrir, su evolución, tiempo y alcance.</p> <p>La omisión de este procedimiento, por el contrario, se convierte en un hecho generador de responsabilidad jurídica, con una directa implicación en el caso de ocurrir un efecto contraproducente. Esta omisión en las intervenciones de los profesionales está sujeta a riesgo. En el caso concreto, llegando a un supuesto resultado de suicidio, se configuraría un nexo entre la causa y el resultado obtenido.</p>

Análisis de resultados

De acuerdo con lo anterior, la mayoría de profesionales estarían incurriendo en riesgos por el vacío legal que representa no llenar este requisito, y ante una posible demanda podrían enfrentarse a la imposibilidad de probar que se informó al paciente acerca de su situación y posibilidades de tratamiento. Hay que resaltar que el consentimiento, entre otros aspectos, brinda autonomía al paciente en lo referente a su capacidad de decisión. El caso al que se enfrentaron los profesionales en este estudio en particular se trataba de una paciente mayor de edad, pero en el caso de un menor, es imperativo hacer uso del consentimiento por parte de sus padres como representantes legales, ya que por su condición, el paciente no tiene las facultades para este tipo de actuaciones.

Se menciona dentro de las respuestas de los profesionales con experiencia de cuatro, ocho y doce años la intervención en crisis, pero se desconocen los protocolos a los que se adhieran en cada institución. En referencia a otros aspectos de la intervención, estas respuestas fueron ambiguas por cuanto el manejo se hace basado en el diagnóstico presuntivo de depresión en una persona que amenaza con suicidarse, y, si bien el cuadro clínico expuesto en el caso de análisis se interpretó de esta manera por algunos profesionales, no es unánime la decisión de requerir hospitalización. De hecho, el profesional con 9 años de experiencia, quien labora en IPS privada de IV nivel, consideró este manejo por la depresión situacional que asume padece la paciente. De igual forma indicó tratamiento conjunto o remisión a otros profesionales como como psiquiatras, para complemento de evaluación y medicación. Por último, sólo el profesional con 9 años de experiencia, que trabaja en entidad pública, tuvo en cuenta como posible detonante de la situación los aspectos atinentes al comportamiento del esposo de la paciente, requiriendo su presencia inmediata.

Aunque la psicología se considera una profesión de bajo riesgo médico-legal, las actuaciones de los psicólogos generan responsabilidad profesional.

Probablemente en pocos ámbitos como en el de la psicoterapia sea tan difícil establecer los límites entre la deontología y la responsabilidad profesional. Las diferenciaciones entre la imprudencia, la impericia y la negligencia, elementos distintivos de la culpa y el dolo pueden ser sutiles y abiertas a múltiples interpretaciones. Si bien hay coincidencia generalizada en que la conducta suicida es difícil de predecir, los psicólogos pueden ser considerados responsables ante la falta de evaluación del riesgo suicida (Vítolo, s.f., p. 4).

Se destaca que los profesionales pertenecen a instituciones públicas o privadas desde el primer nivel al tercero y cuarto de complejidad, ubicadas tanto en la capital del país como en municipios con recursos limitados para la atención de los usuarios.

Análisis de resultados

Por otra parte, deben resaltarse las cualidades no solo profesionales sino también éticas que precisa tener la persona que asume este tipo de profesión, y las cualidades humanas que conlleva el desempeño de la función. La ética profesional juega un papel fundamental en el desarrollo de la atención a pacientes, teniendo en cuenta que, como ya se ha señalado, implica un acercamiento directo a la intimidad de la persona para llegar de un porqué a una posible conclusión o solución. Esta rama se desempeña de lo individual a lo grupal, esperando siempre un resultado, por lo que se deriva el nexo causal.

Es clara la definición que trae el Código Ético del Psicólogo de la Sociedad Colombiana de Psicología:

El psicólogo debe actuar con base en el respeto por los derechos fundamentales, la dignidad y el valor de las personas y de la sociedad. (...) Su compromiso social se refiere a aportar conocimientos, técnicas y procedimientos para crear condiciones que contribuyan al bienestar de los individuos y al desarrollo de la comunidad (Código ético del Psicólogo, 2000, p. 214).

Si bien esta profesión no está ligada directamente con una afectación corporal, sí está sujeta a responsabilidad civil, bien sea por acción u omisión, de la misma forma que a otras profesiones puede atribuírsele la culpa por un resultado debido a negligencia, olvido o mala práctica.

Profesión	Terapia respiratoria
Caso fáctico propuesto	Paciente de sexo femenino, de 11 años de edad, con necesidad de ventilación mecánica prolongada, y con desconexión de apoyo ventilatorio fallido, lo cual requirió la realización de traqueostomía percutánea. Según ordenes médicas se requiere terapia respiratoria 6 veces al día.
Análisis de resultados	<p>El cuidado de la traqueostomía (TQT) en los pacientes es de gran importancia, y particularmente en niños y adolescentes. Dada la actividad física y a veces el poco entendimiento en referencia a su condición pueden presentarse accidentes durante los procesos de terapia respiratoria y en general en el proceso de hospitalización. Al respecto se encuentra en la jurisprudencia la sentencia de casación con No. de radicado 19001-31-03-005-2012-00289-01 M.P. Margarita Cabello Blanco, en la cual se aduce que durante un cambio de hiladilla, la terapeuta fue “sin ayuda de personal auxiliar a quitarle la hiladilla que fijaba la cánula al cuello del niño, momento preciso en que el menor intentó levantarse, por cuanto no estaba atado a la cama, con lo cual se le corrió el tubo de la traqueostomía”. Se asume este evento como causa de paro respiratorio por la decanulación que a su vez, se arguye, le generó problemas neurológicos al paciente. En esta sentencia, se anota como el fallador en segundo grado conceptuó que:</p> <p style="padding-left: 40px;">pese a que está acreditado el hecho dañoso, el daño y el nexo causal, no existe prueba de la culpa... la posibilidad de acumular pretensiones de naturaleza contractual y extracontractual; que en el acto médico se asumen obligaciones de medio; que para la aplicación de la teoría de la «culpa virtual» se requiere que el actor acredite una serie de hechos y circunstancias que rodearon la producción del daño, a fin de brindarle elementos de convicción al juez de que el demandado actuó culposamente, así no pueda establecerse claramente ello; que la falla médica no está sujeta a conceptos predeterminados, por ser profesional; y que al demandante le corresponde probar la culpabilidad (Corte Suprema de Justicia, 2016b).</p> <p>En este caso en particular se declaró desierta la demanda por falencias técnicas, pero, de no haber ocurrido aquellas, es muy probable que se hubiese fallado contra la institución.</p> <p>En el análisis realizado a la resolución del caso clínico que se presentó a los profesionales en el área de terapia respiratoria, se observa cómo el profesional con diecisiete años de experiencia, quien trabaja en institución pediátrica, consideró el cuidado del estoma e hiladillo; el profesional con doce años de experiencia que labora también en IPS pediátrica registró los cuidados de TQT y limpieza de estoma, lo que se ajusta a los procedimientos a seguir en este caso (Romero, 2009). De igual forma, otro profesional con experiencia de doce años, quien labora en ESE pública de I nivel, mencionó la necesidad de las órdenes médicas para el cuidado de la TQT y la realización de terapias con</p>

Análisis de resultados

movimientos que no la afectaran. En la literatura y trabajos científicos consultados se mencionan los cuidados necesarios antes y después del procedimiento de TQT, y la posibilidad la extracción accidental de la cánula como una de las posibles complicaciones del procedimiento (Becerra, 2014).

Por otra parte, la terapeuta con menor experiencia fue la única en referirse al lavado de manos, que de no efectuarse puede ocasionar infección; no obstante, en el caso de presentarse infección, también sería necesario probar culpabilidad, y no necesariamente se atribuiría al terapeuta respiratorio. Esta profesional también manifestó la necesidad de dar una explicación a los padres acerca de la terapia a realizar. Una conducta similar se observó en otra terapeuta con el doble de años de experiencia, pero que como punto en común también trabaja en una IPS pública de menor nivel de atención. Esta profesional, a su vez, registró el consentimiento informado necesario, lo que alude a la autonomía del paciente, en particular en este caso en que se trata de una menor de edad. Dada la naturaleza de la formación de los terapeutas respiratorios y las condiciones de la paciente del caso expuesto, se asume que todos deben tener en cuenta estos cuidados de traqueostomía; sin embargo, el no registrar los datos se podría interpretar como una omisión, y dejaría sin respaldo su actuación en caso de haber cumplido con las actividades y protocolos respectivos.

Algunos terapeutas, señalaron la necesidad de explicar a la paciente sobre el porqué de la traqueostomía, y mencionaron también la aprobación o consentimiento por parte de la madre por tratarse de una menor. Esto habla del principio de autonomía del usuario, y protege de alguna forma al profesional, en cuanto en él consta que se informaron riesgos del procedimiento.

Es complejo intentar agrupar los procedimientos que mencionan los profesionales debido al alto componente de subjetividad en la interpretación de los diferentes términos utilizados. Estos pueden, en su momento, englobar varios procedimientos y actividades en uno solo, máxime si se tiene en cuenta que por parte de los investigadores se desconocen los detalles de protocolos y recursos con que cuentan las instituciones, sean de mayor o menor nivel de atención.

Los profesionales de la terapia respiratoria tienen una gran responsabilidad en su desempeño, que si bien está respaldado en parte por órdenes médicas conexas, se relaciona directamente con sus procedimientos. No se debe olvidar que quienes requieren de este servicio pueden padecer condiciones patológicas diversas, lo que causa que su accionar deba ser diferente. La decisión de realizar un procedimiento como A y no como B puede dejar un resultado

Análisis de resultados

a la suerte, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (2016b) “las características de la responsabilidad de medio que intrínsecamente lleva la actividad médica, la demora en la obtención de un resultado no se constituye per se, en una actuación culposa”. En ocasiones se puede evidenciar cómo el profesional debe esperar otros resultados, imágenes diagnósticas, pruebas de laboratorio y demás que tengan injerencia en el diagnóstico tratamiento, inclusive la decisión de otro profesional para proceder. Todo esto bajo la recomendación máxima de dejar sustentado en el expediente médico su proceder, que para el futuro podría librarlo de responsabilidad.

ABREVIATURAS

Entidad Prestadora de Salud	EPS
Evento cerebrovascular	ECV
Institución Prestadora de Salud	IPS
Salario Mínimo Legal Mensual Vigente	SMLMV

REFERENCIAS

- Aguirre-Gas, H. (2006). El error médico. Eventos adversos. *Cirugía y Cirujanos*, 74(6), 495-503. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/662/66274614.pdf>
- Arenas, H. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis editores.
- Asociación Colombiana de Instrumentadores Quirúrgicos profesionales, Asociación Colombiana de Facultades de Instrumentación Quirúrgica y Colegio Colombiano de instrumentación Quirúrgica. (s.f.). *Perfil y competencias del profesional en Instrumentación Quirúrgica en Colombia*. ACITEQ - ACFIQ - COLDINSQUI. Recuperado de <http://www.aciteq.org/images/pdf/Perfil-y-Competencias-del-Profesional-en-Instrumentacion-Quirurgica-en-Colombia.pdf>
- Barrio, M. C. (2006). Hipertensión en la embarazada: caso clínico. *Revista de Posgrado de la V Cátedra de Medicina*, (156), 4-6.
- Becerra, J. (2014). *Caracterización de la realización de traqueostomía percutánea en la Unidad de cuidado intensivo del Hospital Universitario Clínica San Rafael en el período comprendido entre los años 2010 al 2013*. (Trabajo de grado). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.
- Bigliuzzi, L., Breccia, U., Busnelli, F. D. y Natoli, H. (1995). Derecho civil. Tomo I, Vol. 2. Hechos y actos jurídicos. En F. Hinestrosa (trad.), *Derecho Civil* (Tomo I, Vol. 2). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bohórquez, A. (2013). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Bustamante A. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. 2ª ed. Bogotá: Leyer.

- Carratalá, S. (2011). Gonioscopia: examen diagnóstico para glaucoma. *Gaceta de Optometría y óptica oftálmica*, (462), 18-24. Recuperado de: <http://europa.sim.ucm.es/compludoc/AA?articuloid=803855>
- Carrillo-González, S., Lorduy-Gómez, J. y Muñoz-Baldiris, R. (2018). Profesional de Instrumentación Quirúrgica frente a la aplicación de los principios y valores bioéticos de acuerdo con la Ley de Talento humano en salud en Colombia. *Persona y Bioética*, 22(1), 134-147. DOI: 10.5294/PEBI.2018.22.1.10
- Cortés, E. (2009). *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cuello, J. (1990). *Culpabilidad e Imprudencia*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Domínguez, A. (2008). La cirugía estética como obligación de resultados. *Lex nova: La revista*, (52), 36-39.
- Ebert, U. (2005). *Derecho Penal, parte general*. (Trad. S. Escudero). Pachuca: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
- Fresquet, J. (2010). *Tonómetro de Schiötz*. (Presentación). Recuperado de http://hicido.uv.es/Expo_medicina/Cirugia/tonometro_schiotz.pdf
- Fundación Universitaria Konrad Lorenz. (2000). Código Ético del Psicólogo. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 32(1), 209-225. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/805/80532121.pdf>.
- Guzmán, F. (2001). Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico en Colombia. *Revista Conamed*, (4), 6-16. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4054381.pdf>
- Henaó, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (1995). *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2003). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Koteich, M (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Le Tourneau, P. (2014). *Responsabilidad civil profesional*. Trad. J. Tamayo. Bogotá: Legis Editores.

- Luengas Amaya, S. (2009). Seguridad del paciente: conceptos y análisis de eventos adversos. *Centro de Gestión Hospitalaria*, (48), 6-21. Recuperado de <https://oes.org.co/download/seguridad-del-paciente-conceptos-y-analisis-de-eventos-adversos/>.
- Martínez, G. (1988) *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. 4ª ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké.
- Ministerio de la Protección Social. (2007). *Herramientas para promover la estrategia de la Seguridad del Paciente en el Sistema Obligatorio de la Garantía de la Calidad de la Atención en Salud*. Bogotá: Editorial Fundación Fitec.
- Muñoz, F. y García, M. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ospina Fernández, G. (1998). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (5a ed.). Bogotá: Temis.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Revista de Derecho Privado* (14), 193-217. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/555/525>
- Pérez Vives, A. (1968). *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Bogotá: Temis.
- Redacción justicia. (16 de Noviembre de 2012). Condenan a médico por diagnóstico equivocado. *El tiempo*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12384663>
- Reyes, A. (1987). *Derecho penal. Parte general*. (11a ed.). Bogotá: Temis.
- Cambiar y mantener las itálicas que están aca:
- Romero, C., Cornejo, R., Tobar, E., Llanos, O., Gálvez, R., Espinosa, M., y Ruiz, M. (2009). Traqueostomía en el paciente crítico. *Revista Hospital Clínico Universidad de Chile*, 20(2), 148-159. Recuperado de https://www.redclinica.cl/Portals/0/Users/014/14/14/Publicaciones/Revista/traqueostomia_paciente_critico.pdf
- Sánchez, J. L. y Albacete, V. (2018). Errores de medicación. Mejorar nuestro sistema sanitario. En F. Jiménez y J. D. Martínez (direc.), *Ciencia de la Administración y estrategias de salud* (pp. 250). Madrid: Asociación Cultural y Científica Iberoamericana.

- Sarmiento, M. (2009). *Estudios de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sierra, H. y Cantaro, A. (2005). *Lecciones de Derecho Penal*, Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur-Edius.
- Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Valencia A. y Ortiz A. (2015). *Derecho civil, de las obligaciones*. Tomo II. Bogotá: Temis.
- Vítolo, F. (s.f.). *La responsabilidad profesional del psicólogo*. Buenos Aires: Noble S.A. Recuperado de http://www.nobleseguros.com/ARTICULOS_NOBLE/19.pdf
- Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. *Revista Criminalidad*, 57(1), 61-74. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000100005
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (10 de febrero de 2000). [CP Alier Eduardo Hernández Enríquez].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (12 de Mayo de 2011). [CP Hernán Andrade Rincón].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de abril de 2005). Rad. 14786 [Ruth Estella Correa Palacio].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (09 de mayo de 2012). [CP Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de agosto de 2015). [CP Hernán Andrade Rincón].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (05 de mayo de 2015). [CP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección “B”. (05 de julio de 2016). [CP Danilo Rojas Betancourth].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente N° 5507 (Corte Suprema de Justicia 30 de enero de 2001). [MP. José Fernando Ramírez Gómez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de Mayo de 2008). Proceso N°27357. [MP. Julio Enrique Socha Salamanca].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (05 de marzo de 2013). Sentencia SC00025- 2013. [MP Arturo Solarte Rodríguez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de agosto de 2016). Sentencia SC13925- 2016. [MP Ariel Salazar Ramírez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (02 de marzo de 2016). Sentencia SC2506- 2016. [MP Margarita Cabello Blanco].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de febrero de 2017). Sentencia SC1815-2017. [MP Álvaro Fernando García Restrepo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de marzo de 2017). Sentencia SC9193-2017. [MP Ariel Salazar Ramírez].
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Congreso de Colombia. (23 de mayo de 1873). Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario Oficial No. 2867*. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1827111>
- Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 41.148*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial No. 44.097*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Congreso de la República. (23 de diciembre de 2002). Ley 784 de 2002. Por medio de la cual se reforma la Ley 6a. del 14 de enero de 1982. *Diario Oficial No. 45.046*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0784_2002.html
- Congreso de la República. (03 de octubre de 2007). Ley 1164 de 2007. Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en salud. *Diario Oficial No. 46.771*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1164_2007.html
- Congreso de Colombia. (06 de septiembre de 2006). Ley 1090 de 2006. Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Psicología, se dicta el Código Deontológico y Bioético y otras disposiciones. *Diario Oficial No. 46.383*. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66205>

- Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 49.427*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html
- Ministerio de Salud. (08 de julio de 1999). Resolución 1995 de 1999. Por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201995%20DE%201999.pdf
- Ministerio de la Protección Social. (27 de noviembre de 2008). Resolución 4816 de 2008. Por la cual se reglamenta el programa nacional de tecnovigilancia. *Diario Oficial No. 47.201*. Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/resolucion_4816_de_2008_ministerio_de_la_proteccion_social.aspx#/
- Ministerio de Salud y Protección Social. (23 de marzo de 2017). Resolución 839 de 2017. Por la cual se modifica la Resolución 1995 de 1999 y se dictan otras disposiciones. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Forms/DispForm.aspx?ID=4799
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Armenia, Quindío, Sala Civil-Familia. (10 de julio de 2012). Rad. 63-001-31-03-002-2007-00040-03. [MP Marcos Isaías Ramírez Luna].

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar en
Entrelibros E-book Solutions en diciembre de 2018.

Fue publicado por la Fundación Universitaria del Área Andina.
Se empleó la familia tipográfica Alegreya Sans.

Esta obra es el desarrollo de un estudio jurídico auxiliado por y para profesionales de la salud, dando claridad a conceptos y tipologías que parecían solo quedar en la esfera interpretativa de abogados pero que trascienden a la práctica de la atención en salud. Ahora bien, durante la prestación de este servicio es posible que ocurra un quiebre que degrade el derecho a la salud a un daño a la salud. Es aquí donde un estudio jurídico y humano cobra trascendencia para establecer además de consecuencias jurídicas, generadores de error y lo más importante, el valor de quienes desarrollan una profesión en el área de la salud.



AREANDINA
Fundación Universitaria del Área Andina