

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS. PARTICULARIDADES QUE PUEDE PRESENTAR ESTE RÉGIMEN EN EL CAMPO DE LA GINECOLOGÍA, LA OBSTETRICIA Y LA GENÉTICA

Daniel Suárez Hernández

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN

«EL ESTADO RESPONDERÁ PATRIMONIALMENTE por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

«En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste».

Esta disposición constitucional enuncia claramente dos tipos de responsabilidad, con características y presupuestos distintos: en su primera parte, se refiere a la responsabilidad del Estado frente a los particulares, y en la segunda la de los agentes estatales frente al Estado.

Aplicado el anterior principio constitucional a la responsabilidad médica, debe entonces entenderse que son distintos los requisitos para dar por establecida la responsabilidad de la entidad estatal que prestó el servicio médico de los necesarios para comprometer la del profesional o profesionales de la medicina que intervinieron en la prestación de dicho servicio.

Si bien puede afirmarse entonces que la responsabilidad del ente estatal en la prestación del servicio médico se compromete desde que se demuestra la existencia de un daño antijurídico imputable a la entidad, por el contrario, para comprometer la responsabilidad del agente que con su conducta ocasionó dicho daño debe acreditarse su obrar con dolo o culpa grave.

II. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL SE COMPROMETE CUANDO SE DEMUESTRA QUE LA ENTIDAD PÚBLICA HA CAUSADO A LA VÍCTIMA UN DAÑO ANTIJURÍDICO

LOS DAÑOS QUE DEBE REPARAR el Estado en este campo son los que los particulares reciban como consecuencia de la prestación de un servicio médico y que tengan el carácter de antijurídicos; y aunque la noción de daño antijurídico no puede

darse por totalmente establecida en la jurisprudencia, un buen acercamiento a su espíritu consiste en afirmar que daño antijurídico es aquél que el particular no se encuentra obligado a soportar.

A. EL DAÑO ANTIJURÍDICO PUEDE SER EN GENERAL SUBJETIVO (CON FALLA) U OBJETIVO (SIN FALLA)

EN ESA NOCIÓN DE DAÑO ANTIJURÍDICO caben los daños que recibe el particular, bien sea porque han sido causados por una falla de la Administración, o porque, no obstante haber obrado ésta adecuadamente o sin falla en el servicio, debe resarcirlos porque el particular no debe soportarlos sólo en su patrimonio.

Así, con fundamento en el artículo 90 de la Carta, la responsabilidad estatal puede clasificarse en dos tipos, uno en el que estará presente la noción de falla del servicio y otro en el que la responsabilidad es objetiva o sin falla:

a. En el primer caso, el daño causado por un comportamiento irregular de la Administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción o por omisión). En esta hipótesis se dará la responsabilidad estatal por falla del servicio. Aquí el daño sigue siendo antijurídico y objetivo en la medida en que el particular no está obligado a soportarlo; él no debe soportar un perjuicio producido por una conducta irregular de la Administración. Pero, en lo que tiene que ver con la conducta de la Administración, puede hablarse de antijuridicidad subjetiva.

b. El daño causado por conductas de la Administración que, aunque puedan calificarse como regulares o lícitas, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrir. En este caso la antijuridicidad del daño ya no surge de la conducta administrativa sino del mismo daño en los términos en que atrás quedó definido.

B. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTÁ UBICADA EN EL DAÑO ANTIJURÍDICO SUBJETIVO O POR FALLA

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO por los servicios médicos es, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, una responsabilidad por *falla del servicio*, sin que haya admitido que en ella pueda tratarse de una responsabilidad objetiva en la cual, sin demostrarse la falla, pueda el Estado ser condenado a pagar perjuicios. No se admite que un ciudadano a quien se le ha prestado adecuadamente el servicio médico y sin embargo sufre un daño como consecuencia del mismo tenga la posibilidad de reclamar indemnización de dicho daño, pues dicho daño en forma alguna podría considerarse como antijurídico, ni puede admitirse que en tal caso la consecuencia del daño deba ser asumida por la comunidad (véase Estado); en tal caso él estaría obligado a soportar dicho daño, por ser producto del riesgo que conllevaba una intervención hecha en favor del mejoramiento de su estado de salud.

C. SIN EMBARGO, TRATÁNDOSE DE UNA RESPONSABILIDAD POR FALLA, DICHA FALLA SE PRESUME

SIN EMBARGO, TAL COMO SE advierte, frente a dicha responsabilidad se ha formulado la teoría de la *falla presunta*, en la cual el particular está eximido de demostrar la conducta irregular de la Administración.

El régimen de la falla presunta se enuncia en la sentencia del 30 de julio de 1992 y se precisa en la del 13 de agosto del mismo año, ambas con ponencia de Daniel Suárez Hernández.

Dicha presunción se enunció así:

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

«Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos, por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

«Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

«Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa»¹.

Y, en la sentencia de 13 de agosto de 1992, se agregó:

«En este mismo orden de ideas, cabe hacer algunas precisiones. Ya se advirtieron algunos de los interrogantes que surgen sobre la conducta del ente demandado frente a la actora y a su fallecida hija. Todos son de carácter profesional, técnico especializado, a los que el común de las personas no tiene acceso por falta de conocimiento. Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo a quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer en momento alguno que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Daniel Suárez Hernández, actor: Gustavo Sentencia del 30 de julio de 1992, C. P.: Eduardo Ramírez, exp. 6897.

más riguroso, a las previsiones más prudentes, que conduce a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medio y no de resultado.

«Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar, de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza se tornan difíciles de probar. En las anteriores condiciones le es dable a la Administración exonerarse de responsabilidad con la sola demostración de haber prestado el servicio con la diligencia y cuidados necesarios para que la salud o vida del paciente no sufrieran menoscabo o falleciera. Frente a este tipo de conducta administrativa, le incumbe al demandado proveer al fallador de las pruebas, con lo cual se desvirtúa la presunción de falla establecida. Precisa la Sala que se trata en este caso de una falla del servicio, que le permite al demandado desvirtuarla con la demostración de la diligencia y cuidado».

La falla presunta es una solución procesal-probatoria, que exige al demandante de probar la falla de la entidad demandada, pero que sigue considerando la obligación de la entidad como una obligación de medios, lo que permite exonerarse demostrando diligencia.

La solución acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado es de eminente contenido procesal y probatorio. Ella continúa considerando la obligación médica como obligación de medios, lo cual tiene importantes consecuencias que más adelante se especificarán.

En este punto se ha dicho:

«La determinación de la carga de la prueba a cargo de la entidad demandada, precisa la Sala, *en forma alguna desconoce la naturaleza de la obligación de medio que tienen los que ejercen la medicina, ni la torna objetiva*; ni tampoco desconoce que los pacientes pueden, no obstante haber sido tratados adecuadamente, sufrir ciertas consecuencias dañosas no previstas o esperadas.

«Por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditados el daño sufrido por la víctima y la relación de causalidad con la actuación de la entidad, puede ésta demostrar que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es, que obró diligentemente poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente»².

«En este momento del discurso judicial el *ad quem* desea dejar en claro que *la responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación, como de medios o sea de prudencia y diligencia*, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes para tratar de lograr el *fin* deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su

² Consejo de Estado, Sección Tercera. Carlos Betancur Jaramillo, actor: Ramiro Sentencia del 13 de julio de 1995, C. P.: Gómez Suárez, exp. 9848.

pretensión y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala sólo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo en sentencia del 30 de julio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, al centro de imputación jurídica demandado que, como en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable»³.

D. NO SE TRATA DE UNA PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD SINO DE UNA PRESUNCIÓN DE FALLA

AL SEGUIR CONSIDERÁNDOSE QUE LA obligación de mejorar el estado de salud del paciente es de medios y no de resultado, se precisan dos aspectos fundamentales para no interpretar inadecuadamente la jurisprudencia:

1. Verificada la existencia del daño y su relación de causalidad con el servicio médico, no se presume la responsabilidad (como acontece con los daños ocasionados en desarrollo de actividades peligrosas) sino que se presume es la falla del servicio (la culpa), que puede desvirtuarse probando un comportamiento adecuado o diligente, a diferencia de lo que ocurre cuando se presume la responsabilidad, caso en el cual ella sólo puede ser desvirtuada acreditando la existencia de una causa extraña como circunstancia causante del daño.

2. Al médico o a la institución demandada le basta acreditar su comportamiento adecuado o diligente para desvirtuar la presunción establecida en su contra.

El ha adquirido una obligación de medios porque no puede garantizar el resultado, pues el resultado que persigue (la curación o mejoría del paciente) es aleatorio; el resultado no ha sido obtenido, lo que hace presumir en principio que no ha cumplido su obligación de medios; y demostrado entonces que cumplió con dichos medios estará acreditando que el riesgo que hace que su obligación sea de esta naturaleza efectivamente se presentó y el daño no puede imputarse al incumplimiento de sus deberes médicos o, lo que es lo mismo, a su culpa.

La jurisprudencia precisó este punto así:

«Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los supuestos de esa responsabilidad (los otros dos, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas ya no juega la falla o la conducta irregular de la Administración, sino sólo el daño antijurídico (art. 90 C. N.), produciéndose así, más que una presunción de falta, una de responsabilidad.

«Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte a la que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio, como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la Administración porque ésta se presume.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Julio César Uribe Acosta, actor: Gonzalo Sentencia del 18 de abril de 1994, C. P.: Antonio Acevedo Franco.

«En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por las cosas o actividades peligrosas en las que no juega ya la noción de falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho, también exclusivo y determinante, de un tercero. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar a la Administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución.

«La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

«En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará adelante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial o sea el daño y la relación causal: quedándole a la parte demandada, para exonerarse únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

«Se justifica esta diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condiciones de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio»⁴.

E. RAZONES POR LAS CUALES SE ESTABLECE ESTA PRESUNCIÓN DE FALLA EN FAVOR DE LAS VÍCTIMAS

1. La posición de las partes respecto de la prueba

Antonio Rocha sobre el punto expresa:

«Quien está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido es el deudor, pendiente el cumplimiento que debe dar. El curso de los sucesos, la línea de conducta, el eslabón de los hechos, el deudor lo sabe, quedando por tanto a él la prueba más factible».

Veámoslo de otra manera: si verificado que el daño se ocasionó por el servicio médico y quienes lo prestaron no demuestran en el proceso que lo hicieron diligente o adecuadamente, esto es, no acreditan que cumplieron con su obligación

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Carlos Betancur Jaramillo, actor: Henry Sentencia del 24 de agosto de 1992, C. P.: Saltarín Monroy, exp. 6754.

de medio, estando en capacidad de hacerlo, ¿no resulta lógico que el juez infiera que fue precisamente su comportamiento negligente el que causó el daño?

La no demostración de diligencia, estando en capacidad de hacerlo, constituye entonces la gran sospecha o la presunción de que fue precisamente la negligencia la que produjo el daño.

2. La equidad

«Acabar con ese mito que se estaba tornando injusto, y subrayo este término, de exigirle, de imponerle a la actora, la víctima del accidente, la víctima de la mala intervención médica, la víctima de la desatención de la prestación del servicio público de salud; además de su sufrimiento, además de su nostalgia, además de su disminución patrimonial por el hecho, cargarle con una nueva carga que era la carga de la prueba»⁵.

3. La anormalidad del daño

Lo que se ha afirmado en este punto es que, aunque la obligación del médico sea una obligación de medios, lo *normalmente esperado* es la curación del paciente y que un daño es un resultado *anormal*, razón por la cual al médico le corresponde demostrar que dicho resultado no fue producto de su negligencia.

«De acuerdo con esta tesis, se impone la carga a quien alega el hecho anormal porque el normal se presume. Gorphe dice que en general no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas».

Existen eventos en que el hecho dañoso es absolutamente elocuente para dar por demostrada la culpa; para citar ejemplos, la doctrina argentina menciona un caso en el cual se presentó una equivocación de paciente y se intervino quirúrgicamente a alguien que no debía ser sometido a una operación de tal naturaleza. Se citan también casos de objetos olvidados en el paciente luego de una cirugía; daños en una parte remota al área del tratamiento, o en una parte saludable; remoción equivocada de una parte del cuerpo cuando otra fue la intencionada; dientes que se dejan caer por la tráquea; quemaduras con lámparas; infecciones resultantes de instrumentos sin esterilizar; negativa de tomar radiografías para diagnosticar fracturas, etc.

En dichos supuestos puede afirmarse que la sola prueba del daño demuestra en forma elocuente e incontestable la ocurrencia de la culpa o falla; en estos casos, para usar la terminología de la doctrina española, nos encontramos ante «hechos anormales difícilmente explicables de haber obrado el médico con corrección»; o para utilizar la fórmula inglesa, «La culpa surge cantada de los hechos probados».

Pero de igual manera, en otros eventos, «La índole de la enfermedad exteriorizará a las claras que la consecuencia es ajena a la intervención médica; que el desenlace era inevitable por la ciencia médica», como cuando quien ha sido víctima de múltiples heridas en órganos vitales es intervenido quirúrgicamente para tratar de salvar su vida y muere en la operación. En estos casos, ante

⁵ Intervención del autor en el encuentro “Un compromiso de todos con la salud y la justicia”, recogida en el libro *Responsabilidad*

Civil Médica en los Servicios de Salud, Biblioteca Diké, p. 305.

lo riesgoso de la intervención, lo *normal* no es la curación del paciente, razón por la cual la *falla presunta* no puede utilizarse en estos eventos.

Ahora bien, existirán casos en los cuales la circunstancia de que el daño no sea una consecuencia anormal de la intervención será evidente y en ellas el juez no recurrirá a la *falla presunta*, sino que deberá exigir la presencia de una *falla en el servicio* para que surja la responsabilidad de la entidad, como en el citado caso del paciente que llega con múltiples heridas de alta gravedad y que muere en el quirófano. Pero en otros casos esa circunstancia no será evidente, y entonces deberá ser probada por la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad.

En esta dirección la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho en un caso en que murió un soldado que había contraído graves infecciones:

«4. El análisis en conjunto de las pruebas antes relacionadas hace deducir a la Sala que la enfermedad presentada por la víctima era de tal gravedad que la muerte que a ella sobrevino era una consecuencia natural y previsible en el desarrollo normal de la misma, lo cual desvirtúa la presunción de falla en su contra.

«Esta presunción, que surge contra la entidad con la demostración del daño y la relación de causalidad por parte de la demandante, se fundamenta en que, evidenciado el resultado negativo de la intervención, que no es el normalmente esperado de la misma, se presume que éste fue producto de una falla del servicio, correspondiéndole a la entidad prestadora del mismo, que dispone de los medios más idóneos para ello, acreditar la ausencia de falla.

«Pero demostrado por la demandada que la consecuencia dañosa no era anormal ante la naturaleza de la enfermedad que originó la intervención médica, la presunción de falla se desvirtúa. Y se insiste aquí en que esta circunstancia debe ser acreditada por la parte pasiva, pues a no ser que brote evidentemente de la naturaleza de los hechos, como en el evento del paciente que presenta múltiples heridas en órganos vitales y muere luego de la intervención, se trata de una circunstancia de carácter científico que escapa al conocimiento del administrador de justicia»⁶.

4. La anormalidad del daño en los casos de daños ocurridos como consecuencia de intervenciones en el área de ginecología y obstetricia

En varios casos relativos a este tipo de daño el Consejo de Estado ha sostenido que opera la teoría de *falla presunta*, en la medida en que no se reputan como *normales* los daños que han sufrido las víctimas. Y que si estos daños debieran considerarse como *normales* por representar riesgos connaturales a este tipo de intervenciones, tal circunstancia debía ser acreditada por la entidad demandada:

a. Sentencia del 3 de febrero de 1995

En este caso se condenó al Estado al pago de los perjuicios causados a una madre que por una infección sufrida luego de una cesárea debió ser operada y como consecuencia de ella no pudo tener más hijos.

⁶ Sentencia del 10 de abril de 1997, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, actora: Mariela Amaya de Buenahora, exp. 10.861.

La entidad demandada manifestó que ese tipo de infecciones no eran previsible ni con la mejor asepsia. Pero no demostró dicha afirmación.

El Consejo de Estado dijo:

«5. Ahora bien, la Sala no puede aceptar el argumento del apelante, que señala que la infección post-cesárea presentada por la paciente constituye un riesgo inherente en este tipo de intervenciones, a pesar de las óptimas condiciones de asepsia del lugar donde ella se practicó, porque dicho argumento carece de respaldo probatorio en el proceso, porque la parte demandada no aportó ningún elemento probatorio que permitiera deducir que la cesárea se practicó en las condiciones afirmadas por el recurrente»⁷.

b. Sentencia del 18 de julio de 1997

En este caso se trató de la muerte de una paciente sobrevenida con posterioridad a una cesárea. Se estimó que dicha intervención no puede *normalmente* conducir a tal resultado y al no probarse diligencia se condenó a la entidad demandada.

El Consejo de Estado señaló:

«2. Probado lo anterior, esto es, demostrado que la paciente fue atendida tanto en la cesárea como en la complicación posterior en el Hospital Regional de Sincelejo y que allí se produjo su deceso, *consecuencia que judicialmente no puede considerarse como normal*, le correspondía a la entidad demandada, o bien acreditar la existencia de una causa extraña, o bien demostrar la ausencia de falla para exonerarse de responsabilidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, sentada a partir de la sentencia del 30 de julio de 1992 (C. P.: Daniel Suárez Hernández, actor: Gustavo Eduardo Ramírez Morales, exp. 6897).

«[...] 4. Las pruebas anteriores, apreciadas en su conjunto, no permiten a la Sala deducir que el tratamiento dado a la paciente era el adecuado; no le permiten concluir que la entidad demandada y los médicos que se encontraban a su servicio colocaron todos los medios adecuados, aconsejables y oportunos a su alcance, de acuerdo con el avance de la ciencia en dicho momento, para procurar la curación de la paciente.

«De dichas pruebas no queda claro si el hallazgo de restos de placenta luego de la cesárea constituye un suceso normal en estos casos, o por el contrario implica que dicha intervención fue indebida; no queda claro si ante los síntomas de la paciente lo oportuno era ordenarle un legrado-biopsia y si dicha medida era o no una medida urgente a tomar; por último, no queda claro si cuando en efecto se empezó a practicar el legrado la paciente se encontraba en condiciones adecuadas para ella o sin en dicho momento debió optarse por practicar la histerectomía, que fue la última medida que pretendió adoptarse.

«Era la entidad demandada a quien correspondía responder adecuadamente dichos interrogantes; era a ella a quien le incumbía aportar las explicaciones técnicas o solicitar los dictámenes conducentes a demostrar que su conducta fue adecuada, que el diagnóstico fue el apropiado, que la intervención fue oportuna y que por tanto el daño no podía imputársele; su comportamiento omisivo en materia de pruebas que permitieran precisar dichos puntos es lo que permite

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Carlos Betancur Jaramillo, actor: Virginia Durán Rizo. Sentencia del 3 de febrero de 1995, C. P.

afirmar que la falla presunta establecida en su contra no fue desvirtuada y por ende debe responder de los perjuicios causados...”⁸.

c. Sentencia del 24 de junio de 1997

Y, en el caso de una intervención ginecológica que dejó efectos secundarios (cistitis) para la *paciente*, aunque la entidad demandada señaló que dicha consecuencia era *normal* en este tipo de intervenciones, al no ser probada dicha circunstancia, fue condenada por el Consejo de Estado al pago de perjuicios.

En este fallo, se señaló:

“A juicio de la Sala, el razonamiento hecho por el Tribunal en este punto es adecuado con el material probatorio que obra en el proceso y con el régimen de la falla presunta expuesto por la sala a partir de las sentencias del 30 de julio de 1992 y del de agosto del mismo año, ambas con ponencia del doctor Daniel Suárez Hernández.

“En efecto, con el resumen de la historia clínica allegado al expediente (fl. 10 c. 2) está demostrado que luego de la intervención quirúrgica practicada a la paciente (histerectomía abdominal, salpingooforectomía izquierda) ésta presentó una fístula vesicovaginal que le trajo como consecuencia incontinencia urinaria y que determinó la práctica de una segunda intervención.

«Probado lo anterior, esto es, que la paciente sufrió un daño como consecuencia de la primera intervención, el cual judicialmente no puede considerarse como normal, la carga de probar la ausencia de culpa, o la causa extraña exoneratoria de responsabilidad, se trasladaba a la demandada, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala antes citada».

«El tribunal en este punto dijo:

«Todo lo anterior comprueba que la incontinencia urinaria se presentó, efectivamente, en razón del conducto anormal ulcerado que se abrió en la vejiga de la paciente, daño que se presume secundario a la intervención quirúrgica que primeramente se le practicara (histerectomía abdominal), y cuyas consecuencias e incomodidades en efecto sufrió la demandante durante los tres meses siguientes, hasta que finalmente le fuera corregida mediante fistlorrafia, segunda intervención quirúrgica que arrojó resultados positivos...» (fl. 138 c. 1).

«3. Esta presunción, que surge contra la entidad con la demostración del daño y la relación de causalidad por parte de la demandante, se fundamenta en que evidenciado el resultado negativo de la intervención, que no es el normalmente esperado de la misma, se presume que éste fue producto de una falla del servicio, correspondiéndole a la entidad prestadora del mismo, que dispone de los medios más idóneos para ello, acreditar la ausencia de falla.

«Y si la entidad demandada considera que el daño sufrido por la propia víctima fue la consecuencia normal de la enfermedad que sufría o del tipo de intervención que le fue practicada, y por lo tanto el daño no es imputable a su conducta, como lo afirma en este caso la entidad en sus alegatos de segunda instancia, es a ella a quien corresponde la acreditación de esta circunstancia»⁹.

En síntesis, si la intervención es de tal riesgo que su resultado dañoso puede preverse como *normal*, no es aplicable la figura de la *falla presunta*. Pero si dicha circunstancia no es evidente, le corresponde a la entidad demandada demostrarla.

⁸ Sentencia del 18 de julio de 1997, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Luis Santiago Cuello Mercado, exp. 10.824.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. C. P.: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Nancy Ramírez, exp. 10.928.

La circunstancia de que lo normal en los partos sea el nacimiento del niño y la buena salud de la madre, ha hecho que alguna parte de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera considere que la responsabilidad en estos casos es de resultado.

A esta teoría se hace referencia en el fallo del 19 de febrero de 1998. Ella es explicada por Venini de la siguiente manera:

«He tenido ocasión de expresar, como juez, que en la situación de las maternidades es evidente que en principio se está ante una obligación de resultado, puesto que un parto normal no puede generar riesgos que no sean susceptibles de previsión y consiguiente control por parte de los médicos. Si ofrecen dificultades, cuando una dosis de riesgo cuyo sorteo satisfactorio no puede ser garantizado por los médicos, está a cargo de ellos su demostración.

«Es decir, son ellos los que tendrán que aportar la causa, las características con que se presentaba el parto debido al estado general de la mujer o de la criatura, a los efectos de demostrar que lo único exigible eran los medios y no los resultados»¹⁰.

La noción de obligación de resultado en estas intervenciones no ha sido acogida por el Consejo de Estado. Esta referencia sirve fundamentalmente para ratificar que en estos casos, como lo que se considera normal es el nacimiento del niño y la salud de la madre, los riesgos que conlleva la misma deben ser acreditados por la entidad prestadora del servicio.

Es evidente que en la sentencia del 19 de febrero del Consejo de Estado, proferida en el expediente 11.802, no se adopta esta posición, como quiera que en ella con claridad se señala que la entidad demandada puede exonerarse demostrando *diligencia* en la intervención.

Allí se dijo textualmente:

«Recuérdese que el campo de la obstetricia ha dado lugar a discusiones dentro de la doctrina a propósito de si las obligaciones que surgen para los médicos tratantes en este campo de la medicina son de medio o de resultado y que al margen de la postura que se adopte sobre tan interesante punto es lo cierto que es al médico a quien le incumbe demostrar que los eventuales riesgos que pueda comportar la atención de la parturienta pueden exonerarlo en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga».

Lo que se hace en esta sentencia no es otra cosa que *ratificar* lo que en el punto de la falla presunta ha venido señalando el Consejo de Estado.

Esto es, que si la entidad médica afirma que en la intervención que se realiza el resultado exitoso no era lo *normal*, sino que ella comportaba graves riesgos, por ser un punto exclusivamente científico sobre el cual el juez no tiene conocimiento, a la entidad demandada le corresponde demostrarlo.

5. Casos en que las obligaciones médicas sí pueden considerarse como obligaciones de resultado

No obstante lo anterior, lo que sí vale la pena señalar es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que no todas las obligaciones del médico son obligaciones de medios. No todas ellas comportan el alea que permita

¹⁰ JUAN CARLOS VENINI. *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual*, Edit. Juris Rosario, 1989.

considerarlas como obligaciones de resultado. La obligación que fundamentalmente se considera como de medio es la de intentar un resultado exitoso, pero cuando dicho resultado, por estar sujeto a un *alea*, no puede asegurarse.

Así, pueden considerarse como de resultado:

1. La obligación contractual de realizar la intervención médica:

Si un médico se compromete contractualmente con un paciente a realizarle una intervención en una fecha determinada y simplemente no asiste a la clínica o no la realiza, dicho médico será deudor de perjuicios de los cuales solo podrá exonerarse demostrando una causa extraña.

En este caso la simple diligencia no será recibida como causal exoneratoria de responsabilidad, como ocurre con el caso del transportador que no cumple con su obligación contractual.

2. Los daños causados con cosas peligrosas, cuando su utilización no forma parte del acto médico:

Un buen ejemplo de este tipo de eventos es el de la sentencia del 14 de octubre de 1959, en la cual la Corte Suprema de Justicia aplicó el artículo 2356 del C. C., de acuerdo con el cual, causado el daño, debe presumirse la responsabilidad de su autor, el que sólo podrá exonerarse demostrando la existencia de una causa extraña.

Dijo la Corte en dicha oportunidad:

«Circunscrita la demanda a la responsabilidad extracontractual, como lo dijo la Corte en anterior ocasión, y admitido por la parte demandada en la contestación de varias demandas que realmente se produjeron lesiones a la señora de Mariño por motivo de las bolsas de agua caliente colocadas en el pie respectivo, que determinaron un tratamiento especial y la prolongación de su permanencia en Marly, es aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas. Debe indagarse por lo tanto si el demandado ha logrado exonerarse de la presunción de culpa que milita contra él, frente a quienes aparecen como terceros al contrato de hospitalización, es decir a la mencionada señora y a sus hijos»¹¹.

Esta sentencia ha recibido muchas críticas de la doctrina, pero ellas no han tenido en cuenta que en el caso concreto en el cual fue adoptada los daños cuya reparación se pretendía no fueron causados en un acto médico sino que fueron ocasionados por un objeto peligroso indebidamente utilizado, toda vez que se trató de daños causados a una paciente dormida por la acción de un narcótico con bolsas de agua caliente colocadas en sus pies por una enfermera.

Visto así el asunto, la aplicación del artículo 2356, que en nuestra legislación regula la responsabilidad causada por las cosas o actividades peligrosas, no resulta tan desproporcionado como lo ha señalado la doctrina.

La jurisprudencia argentina en casos similares y entratándose de responsabilidad extracontractual ha aplicado el artículo 1113 de su Código Civil que regula la responsabilidad por daños causados con o por las cosas inanimadas¹².

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de octubre de 1959, M. P.: Hernando Morales M., en *Gaceta Judicial*, N^{os} 2217, 2219, T. 91, p. 758.

¹² El artículo 1113 del Código Civil de la República de Argentina dispone: «La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que

están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de

Roberto Vásquez Ferreyra se refiere a este punto así:

«Por nuestra parte también recurrimos a la obligación de seguridad, pero haciendo la siguiente distinción. Cuando el daño ocasionado con o por la cosa tiene relación con el acto médico puro, tal obligación de seguridad es de medios. En cambio, cuando el daño nada tiene que ver con el acto médico sino que es consecuencia por ejemplo del vicio de la cosa, o por la utilización de cosas ajenas a la práctica estrictamente médica, la obligación de seguridad será de resultado.

«Como ejemplo del primer supuesto puede mencionarse un corte hecho con el bisturí. Como ejemplo del segundo caso, una descarga eléctrica producida por un bisturí eléctrico en malas condiciones»¹³.

6. Los daños en operaciones de cirugía estética cuando el médico se ha comprometido con un determinado resultado

La Corte sobre este punto ha dicho:

«Por lo que a la *cirugía estética* se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano.

«Así las cosas, *deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente*, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiese asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor o culpa de la perjudicada»¹⁴.

En estos casos, tal como lo señala la *Corte*, si hay un compromiso con un resultado, el médico no podrá exonerarse probando simplemente la *ausencia de culpa*.

El tema es discutible en la medida en que se ha advertido que este tipo de operaciones también comprenden riesgos importantes. Y, en general, aunque se afirme que la estética hace parte de la salud, la doctrina ha tenido la tendencia a tratar con mayor rigurosidad estos casos, precisamente por la naturaleza de la intervención:

«Como particularidad de esta especialidad, se ha señalado que en estos casos la intervención del especialista nunca es urgente, al punto de que quien no se somete a este tipo de cirugía por lo general no arriesga su vida ni su integridad física.

«Este razonamiento predispone a los juristas a ser más exigentes en el juzgamiento de la responsabilidad de los cirujanos plásticos. Así, sostiene Ataz López, que “cuando la vida del paciente corre peligro, el médico tiene un gran margen de actuación; por el contrario, cuando el paciente no corre peligro alguno, el margen médico de actuación queda seriamente disminuido”. Es de nuevo la ya citada proporción razonable entre riesgos asumidos y beneficios esperados la

responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño de la cosa o guardián, no será responsable».

¹³ ROBERTO VÁSQUEZ FERREYRA. *La Prueba de la Culpa Médica*, Bogotá, Edit. Diké, 1995.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de noviembre de 1986, C. P.: Héctor Gómez Uribe.

que debe tenerse en cuenta, concretada en estos casos en que los beneficios esperados no permiten arriesgar al paciente mediante un tratamiento dudoso y/o poco probado»¹⁵.

7. Daños causados por exámenes diagnósticos equivocados

Cuando, teniendo en cuenta el estado de avance de la medicina, en un examen diagnóstico no cabe el alea, sino que se puede considerar como razonablemente seguro, la doctrina actual tiende a considerar que en estos casos hay una obligación de resultado. Así, un paciente a quien no obstante practicársele un examen de sangre no se le detecta una enfermedad grave (piénsese en un SIDA), parece claro que podría reclamar perjuicios sin que el laboratorio sea recibido a demostrar simplemente una ausencia de culpa.

Para Jordano Fraga, «cuando se trata de un análisis de técnica rutinaria y consolidada, cuyos resultados sean además automáticos y directos, sin plantear mayores problemas de interpretación, estamos frente a una obligación de resultado». Igual opinión tiene Fernández Costales, para quien «cuando se trata de análisis clínicos, bioquímica y radiodiagnóstico, se está frente a un contrato de locación de obra generándose una obligación de resultado».

Llamas Pombo, por su parte, señala que «los análisis clínicos constituyen sin duda alguna otro supuesto claro de obligación de resultado puesto que en su realización no tiene ningún tipo de alea».

8. Regímenes de responsabilidad objetiva, señalados legislativamente en el derecho francés

En Francia, la propia ley ha determinado como regímenes objetivos de responsabilidad los siguientes:

- a. El régimen de indemnización para los donantes en materia de transfusión sanguínea.
- b. La indemnización resultante de vacunas obligatorias.
- c. La indemnización de daños resultantes de investigaciones biomédicas.

III. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. ÉNFASIS DE LA DERIVADA DE LAS RELACIONES GENÉTICAS

A. EL PROBLEMA

ES UNA REALIDAD QUE LAS PERSONAS pueden ser concebidas con asistencia médica, mediante los procedimientos que se conocen como las técnicas de reproducción médicamente asistidas las cuales han sido clasificadas de varias maneras –heteróloga, homóloga– conyugal –con donante– y pueden consistir en la fecundación *in vitro* y en la inseminación artificial.

La primera, entendida como la unión del óvulo y del espermatozoide por fuera del útero de la mujer, que se logra mediante la unión de los gametos *in*

¹⁵ ROBERTO VÁSQUEZ FERREYRA. *Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina*, Biblioteca Jurídica Diké, p. 176.

vitro; en tanto que la inseminación artificial consiste en la implantación del espermatozoide de manera directa en la mujer.

Surgen múltiples preguntas dentro del análisis de la responsabilidad y la genética, no sólo de índole jurídica, sino también dentro de la esfera de lo ético.

El constituyente del 91 no fue ajeno a estos avances de la ciencia, y estableció en el artículo 42 de la Carta que «los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes».

Esta regulación no atiende las inquietudes que se plantean ahora, pero sí nos muestra una exaltación y un reconocimiento a la procreación humana asistida, puesto que equipara a los concebidos de esta manera con los concebidos naturalmente.

B. LA RESPONSABILIDAD

AHORA BIEN, EN LO QUE RESPECTA a la responsabilidad por el desarrollo de estas prácticas científicas con las cuales se pretende solucionar las dificultades que se presentan para procrear, cabe plantear importantes reflexiones.

Creemos que la función del científico que realiza la inseminación o la fecundación *in vitro* no se extiende hasta el nacimiento del ser que se ha concebido mediante estas prácticas, puesto que su papel se cumple cuando la mujer es inseminada o cuando se le implanta el embrión en el útero.

Las características humanas del nuevo ser no pueden ser atribuidas al médico que practicó la técnica científica de reproducción, porque en la mayoría de los países avanzados se prohíbe la manipulación genética para lograr un mejoramiento de la especie humana, o para la selección del sexo, o para evitar las enfermedades hereditarias.

En efecto, el Proyecto de Convención del Consejo de Europa adoptado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo¹⁶ dispone esencialmente lo siguiente:

- Se permiten los test genéricos predictivos tendientes a detectar una predisposición o susceptibilidad especial a ciertas enfermedades. Estos test sólo pueden ser efectuados en el interés de la persona que voluntariamente se somete a ellos, o con fines de investigación médica, después de la opinión favorable de un consejo genético.

- Se prohíbe absolutamente la manipulación genética del embrión humano aunque fuere para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada con el sexo.

- Se prohíbe también la manipulación de embriones humanos con fines de investigación científica.

- Con respecto a la fecundación *in vitro* se prohíbe utilizar técnicas de asistencia médica para elegir el sexo.

- Se permite la ablación de órganos sobre un donante vivo, a condición de que no sea posible hacerlo sobre un ser humano fallecido y de que no exista otro tratamiento alternativo.

Estas prohibiciones vigentes en algunos países reiteran, aún más, la tesis de que los médicos no están obligados a garantizar resultados especiales relacionados

¹⁶ Citado por TOMÁS ANTONIO CATAPANO. *La familia ante el tercer milenio*, Memorias X Congreso Mundial de Derecho de Familia,

Comisión I, Mendoza, Argentina, 1998, p. 193.

con las condiciones del nuevo ser. Estos profesionales asumen obligaciones de medio y no de resultado.

La responsabilidad del profesional en estos tratamientos se circunscribe al correcto e idóneo desarrollo de los procesos para la obtención, conservación, manipulación e implantación del óvulo, del espermatozoide o del embrión, según el caso.

La obligación del profesional es de medios, puesto que no puede garantizar el resultado que se persigue con este tratamiento, toda vez que el mismo es aleatorio. No obstante, como quedó advertido en acápites precedentes, de producirse un daño surge para el profesional la carga de demostrar que el resultado no fue producto de su negligencia.

Puede que el procedimiento de inseminación o de implantación del embrión fracase, y no por ello se le puede imputar al médico esta situación o hacer que indemnice por los perjuicios morales o materiales que sufra la mujer o la pareja al ver frustrado su anhelo de procrear.

Frente a estas situaciones debe tomarse en cuenta lo reglado en el código de ética médica –Ley 23 de 1981–, según el cual estos profesionales tienen la obligación de aplicar los métodos y los elementos que la ciencia y la técnica pongan a su disposición, salvaguardando los intereses y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad, a la vez que guardando estricta reserva profesional.

Debe el médico, por tanto, contar con el consentimiento del paciente en cada una de las etapas del procedimiento; debe explicar claramente los beneficios y riesgos justificados, y está en el deber también de mantener el secreto profesional.

La inseminación no consentida trae consecuencias penales previstas en nuestra legislación, tales como la contenida en el artículo 280 que establece:

«El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

«La pena antedicha se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de dieciséis (16) años».

Así mismo, el artículo 328 del Código Penal establece un atenuante de responsabilidad para la madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo fruto de inseminación artificial no consentida; o para la mujer que se practica un aborto o abandona al hijo cuando este es fruto de estas prácticas no consentidas (arts. 345 y 347 C. P.).

El consentimiento es, entonces, un requisito fundamental con el cual debe contar el médico o la institución antes de realizar cualquier procedimiento de reproducción humana asistida, puesto que si desarrolla estas técnicas sin el consentimiento de la mujer puede ser objeto de sanciones penales e incluso patrimoniales, toda vez que ésta podrá reclamar la indemnización de los perjuicios morales o materiales que se le hubiesen causado, al haber sido sometida a estos procedimientos sin estar de acuerdo en ello, ante la institución correspondiente; y en caso de dolo o culpa grave del profesional, aquella podrá repetir contra este.

La presunta falla del servicio médico no se traduce en la no viabilidad del embrión en el útero de la mujer; tampoco en que la mujer inseminada no quede embarazada, o en que se malogre su embarazo.

La responsabilidad médica en estos procedimientos se rige por los principios generales acogidos por la jurisprudencia, según los cuales la falla del servicio médico se presume cuando se presenta un daño antijurídico, y compete a la

entidad correspondiente o al profesional médico desvirtuarla, probando que actuó con diligencia y cuidado, que su comportamiento fue el adecuado y se produjo dentro de la esfera que se considera normal para cada procedimiento.

¿Pero en qué puede consistir esa falla entratándose de la ejecución de procedimientos de reproducción humana médicamente asistida?

En lo que concierne al tratamiento médico del embarazo y el parto, habrá de aplicarse lo dicho atrás respecto de la responsabilidad de los entes que prestan los servicios médicos, a los cuales se les aplica el régimen de responsabilidad por falla presunta del servicio, toda vez que las diferencias ahora planteadas se circunscriben al tema de la fecundación, o mejor de la concepción por medios científicos.

Cabe citar a propósito lo manifestado por Jean Louis Baudouin y Catherine Labrusse Riou, en su obra *Producir el hombre, ¿con qué derecho? Estudio jurídico y ético de las procreaciones artificiales*¹⁷, según el cual:

«El médico, aquí como en cualquier otra parte, no es evidentemente garante de la calidad del producto genético. Sin embargo tiene el deber de tomar todas las precauciones razonables para asegurar la “normalidad” del embrión que él implante. Esto no significa, por eso mismo —y fuera del medio médico hay unanimidad—, que la fecundación *in vitro* pueda servir de método de selección del sexo del niño. Sin embargo la simple existencia de esta potencialidad saca a la luz el problema».

En verdad no debe entenderse que el médico se obliga a que haya un embarazo; tampoco a que nazca un bebé sano. No obstante, si el resultado de los procedimientos de reproducción médicamente asistida rebasan la esfera de lo normalmente esperado y se presenta un daño anormal, le compete entonces al médico o institución demostrar que este resultado no fue fruto de su comportamiento.

En efecto, si se está en presencia de daños elocuentes, basta probar el daño para que se presuma la falla médica que lo produjo.

Si los sujetos de la relación jurídica logran demostrar deficiencias en los procedimientos de reproducción médicamente asistida, que son la causa de deficiencias en la salud del bebé o de la mujer, habrá de estudiarse el problema desde el ámbito de la falla presunta del servicio, puesto que esta circunstancia especial se presume, aunque, se reitera, dicha presunción puede desvirtuarse demostrando simplemente diligencia y cuidado.

Caben como ejemplos de eventos en los cuales es posible plantear la responsabilidad del médico o institución científica por resultados no deseados pero previsibles, los siguientes:

– Las infecciones que se produzcan a la madre o al bebé por manejos equivocados. Como la falta de esterilización de los instrumentos o la carencia de los elementos adecuados y necesarios para el manejo del material genético.

– Las enfermedades de transmisión hereditaria que sufra el bebé por la falta de los estudios necesarios a los donantes para prever y evitar estas transmisiones. Ahora bien, ¿es esto evitable? ¿Se puede exigir al médico que evite la utilización de elementos genéticos que sean portadores de enfermedades hereditarias, o del SIDA, mediante la manipulación genética? Creemos que al médico o especialista

¹⁷ JEAN LOUIS BAUDOUIN y CATHERINE LABRUSSE RIOU. *Produire L'homme de quel droit?*, 1987, pp. 57 y ss.

debe exigírsele un normal cuidado y precaución en la obtención y manipulación del material que se utiliza en los procedimientos de reproducción humana asistida, de manera tal que si con el simple análisis de sangre del donante, del aportante o de la mujer se deduce la presencia de enfermedades contagiosas o infecciosas (como el SIDA) debe el profesional adoptar las medidas apropiadas para evitar la transmisión, incluso negando la práctica del tratamiento.

Ahora bien, si de las evaluaciones normales a los sujetos intervinientes no se deduce la presencia de enfermedades de transmisión, no le es exigible al especialista la práctica de procedimientos que impliquen altos estudios de manipulación genética para descartar la presencia de enfermedades más complejas cuya ocurrencia es de difícil prevención y determinación.

– La muerte de una mujer sana a causa del tratamiento de inseminación. Es un resultado que desborda la esfera normal del tratamiento, que como quedó dicho en la sentencia 11802 del 19 de febrero de 1998 hace aproximarse a la presencia de obligaciones de resultados y no de medios, siempre y cuando el procedimiento para el parto deviene en la muerte del hijo o de la madre, *en circunstancias de normalidad*.

En efecto, a propósito de la práctica de tratamientos para la concepción médicamente asistida debe exigirse por lo menos que la mujer quede en las mismas condiciones iniciales, porque no es usual que las mujeres mueran a causa de estos tratamientos, o queden afectadas con lesiones permanentes que se escapan a lo normal y previsible.

Como ya lo esbozamos, el médico no asume el riesgo de que el bebé no sea normal, porque escapa a la capacidad del científico a quien se le exige el desarrollo idóneo y responsable de las técnicas, mas no se le puede exigir que garantice que el nuevo ser sea el “idealizado”, pues ello contraría la función del hombre y de la ciencia, y llevaría hacia los cuestionamientos éticos relacionados con la cuestionada tesis de la “selección genética”.

Ahora bien, las preguntas relativas a la responsabilidad por el desarrollo de las técnicas de reproducción humana varían entratándose de una u otra técnica. En relación con la inseminación artificial las cuestiones son más simples; en cambio respecto de la fecundación *in vitro* las preguntas son mucho mas complejas.

Por ejemplo:

¿Qué responsabilidad le asiste al médico o científico respecto de la crío conservación, creación, destino, destrucción, experimentación de los embriones humanos?

¿Cuáles son los límites a la actuación científica en lo que se refiere a la manipulación de genes humanos?

¿Es responsable el médico frente a embarazos múltiples que son frecuentes en la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro*?

¿Cuál es el poder-deber de los científicos respecto del manejo de los embriones cuando se está en presencia de la inseminación *in vitro*?

¿Pueden los donantes conocidos disponer sobre la suerte de estos embriones, son eventuales sujetos perjudicados?

La respuesta a estos y otros interrogantes desborda, como quedó dicho, lo jurídico y matiza la discusión de tintes éticos, religiosos y morales; toda vez que se hace necesario analizar la condición del embrión para categorizarlo.

¿Y qué decir del tratamiento de estos temas bajo los principios del negocio jurídico?

Creemos que del análisis de la causa y la licitud del objeto de los negocios jurídicos que se realicen en relación con las técnicas dependen muchas de las respuestas, que hoy son atendidas con una legislación que indudablemente se quedó corta frente a los sorprendentes avances de la ciencia.

En efecto, las facultades y obligaciones que surgen de los negocios jurídicos determinan el ámbito de la responsabilidad. Pues de los efectos de los negocios jurídicos surgirán las respuestas sobre el alcance de lo deseado, sobre lo no satisfecho y sobre lo cumplido. Para con ello determinar la existencia del daño o perjuicio indemnizable y hacer la correspondiente imputación.

C. LA PROPUESTA

EL PROFESIONAL QUE DESARROLLA estos procedimientos científicos debe responder por los resultados que desbordan la esfera natural y previsible del procedimiento. ¿Pero cuál es esa esfera?

Los avances de la técnica de la fecundación *in vitro* hacen que la obligación de medios asumida por el médico se intensifique, toda vez que en la medida en que se amplíe su participación se acentúa más su responsabilidad.

Es por ello que resulta fundamental establecer los límites dentro de los cuales se deben desenvolver los profesionales que practican las técnicas de fecundación humana asistida.

Debe examinarse todo el procedimiento para determinar claramente los sujetos que intervienen en él, desde que se produce la donación o el aporte del espermatozoides o del óvulo, pasando por la manipulación y conservación de éstos, hasta la fecundación *in vitro* o la inseminación artificial.

Es fundamental que se establezcan legalmente y de manera muy precisa las obligaciones de no hacer a que se someten los profesionales y científicos, pues sólo mediante la regulación de estas prácticas pueden desarrollarse confiadamente las relaciones jurídicas que surgen de ellas.

Mientras tanto, los principios constitucionales y la protección de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Carta Política rigen las relaciones que surgen de la manipulación genética.

Sin abordar los problemas éticos implícitos en estos temas, cabe simplemente plantear como premisa que a los *científicos no les está permitido todo en aras de los avances científicos*.

Los profesores miembros del Seminario Permanente de Derecho de Familia de la Universidad Externado de Colombia, en el Congreso Mundial de Derecho de Familia realizado en Caracas en septiembre de 1994, en el Proyecto para la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida propusieron la regulación de un contrato para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, que tenga por objeto la aplicación de estos procedimientos médicos por profesionales especializados, con el fin de procurar la procreación; entonces anotaron:

«De la aplicación de técnicas médicas dirigidas a lograr la reproducción humana surgen para las instituciones científicas autorizadas obligaciones, generalmente de hacer, que se consideran de medio y no de resultado y cuyo contenido y alcance han venido delineándose paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia en relación con la práctica de distintos actos médicos.

«[...] El cuidado en la preservación de los gametos, la disposición de los embriones, el mantenimiento del secreto o los cuidados que deben exigirse a las instituciones en el examen de salud de los donantes, aportantes y depositantes, así como en la aplicación de los procedimientos, son aspectos que ameritarán la adopción de un régimen especial para estas materias»¹⁸.

Entre tanto, como quedó dicho respecto de la prestación del servicio médico, el profesional debe desarrollar su misión dando lo mejor de sí, de sus capacidades; debe actuar con idoneidad para lograr un fin: el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida. Estas no garantizan un resultado al cual esté obligado el profesional.

Hay que reconocer que se han hecho esfuerzos para reglamentar estas figuras¹⁹, pero estos no han trascendido totalmente la esfera de lo académico, y en eso Colombia se ha quedado atrás, incluso frente a países de centro y sur América.

D. LA DOCTRINA

LAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS QUE surgen de las técnicas de reproducción humana asistida han sido analizadas por importantes estudiosos, científicos y juristas; cabe referir apartes interesantes presentados por Jean Louis Baudouin y Catherine Labrusse Riou, en la obra ya citada:

«El médico que practica la inseminación artificial y la clínica que ofrece esos servicios pueden también tener una responsabilidad a varios niveles.

«*El primero es aquel relativo al defecto de técnica.* El médico, nosotros lo sabemos, está solamente ligado por una obligación de medios. En consecuencia él no puede garantizar a su paciente la realidad de un embarazo deseado; por el contrario, así como en la administración de cualquier otro tratamiento, es responsable del acto técnico culposo, que implique un daño a su paciente. Aun cuando la inseminación artificial es un procedimiento simple que no requiere medios extraordinarios, es posible que el médico sea responsable de una culpa en la administración del tratamiento.

«*El segundo nivel es aquel relativo a la falta de consentimiento claro por la paciente.* Esta falta, en el *common law* americano moderno, hace al médico responsable de todas las consecuencias desagradables de la intervención aun cuando el médico desde el punto de vista técnico haya perfectamente obtenido éxito. La solución no parece por el contrario admitida en el sistema de tradición civilista aún más exigente en cuanto a la existencia de la relación de causalidad directa entre la culpa y el daño reclamado.

«*El tercer nivel se refiere a la violación de la confidencialidad de la operación y de la obligación al secreto profesional.* El secreto médico está reconocido en todos los países pero recibe una protección variada. Francia lo protege, a la vez, con una disposición del Código Penal (art. 378) que hace de la violación del secreto una infracción muy seria, y con las reglas generales de la responsabilidad civil, (arts. 1382 y 55 C. C.). El *common law* clásico, por su parte, no reconoce en general el

¹⁸ Proyecto para la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, elaborado por el grupo de profesores miembros del Seminario Permanente de Derecho de Familia de la Universidad Externado de Colombia. Publicado en las *Memorias del VII*

Congreso Mundial de Derecho de Familia, Caracas, Venezuela, 1994, T. I, p. 264.

¹⁹ Se destaca el proyecto preparado por la Universidad Externado y presentado al Congreso de la República en 1990.

secreto médico como una infracción penal. Incluso con frecuencia no protege su divulgación ante los tribunales. Sin embargo, reconoce un cierto derecho a la confidencialidad que él mismo sanciona, dado el caso, con un recurso de perjuicios.

«La última hipótesis de responsabilidad médica es aquella donde el médico comete una culpa en la administración o en la interpretación de los test de selección del donante. El médico tiene en efecto, como ya lo hemos visto, la obligación de minimizar, cuando no de eliminar totalmente, los riesgos previsibles de transmisión de enfermedades genéticas hereditarias, de enfermedades venéreas, o de otras afecciones. Los tribunales tendrían entonces que evaluar si era posible evitar el riesgo o al menos reducir las perspectivas de realización, de una parte, y de otra, si el daño causado al niño tiene verdaderamente su causa en la conducta negligente del practicante y constituye entonces un daño directo. Los padres podrían también pretender la indemnización si la incapacidad que afecta al hijo es fuente, para ellos, de gastos suplementarios»²⁰.

En su obra *Los retos jurídicos de la genética*, Emilssen González de Cancino plantea serias inquietudes de difícil solución:

«Hablar de responsabilidad [...] presupone la ruptura de un equilibrio, de un orden dado y expresa la respuesta que el sujeto debe dar».

«[...] Comencemos por plantearnos algunos de los problemas más punzantes en esta materia: los que se refieren al trabajo de los médicos y otros especialistas con los embriones humanos. Dentro de ellos sobresalen los de la responsabilidad en y por la crioconservación, por la creación y destino de embriones, por la destrucción de los mismos, y el no menos profundo de conocer si los científicos pueden dedicarlos a la experimentación, y si la respuesta es positiva, cuáles son o deben ser los límites de su actuación y cuáles los criterios para determinar la licitud o ilicitud de su conducta.

«Todas las preguntas al respecto nos remiten a un interrogante fundamental: ¿en términos jurídicos el embrión es una persona? O, planteado desde la perspectiva procesal: ¿el embrión tiene la misma protección jurídica de una persona?»²¹.

Estas cuestiones complican aún más el panorama de la responsabilidad que le cabría a las instituciones o profesionales que practican las técnicas de reproducción humana asistida, toda vez que el sujeto pasivo del daño podría cambiar según la categorización que se le dé al embrión humano.

Hoy la responsabilidad está ligada al plano de la ética y de los principios constitucionales, que se quedan cortos frente a los avances de la ciencia respecto de estas materias.

Solo nos queda repensar al hombre, base y fin de toda sociedad, «se debe dar paso a una nueva ética que resalte la responsabilidad social y trascendente del individuo como miembro de una comunidad democrática y como eslabón de la cadena de la vida de la especie, vida que ni comenzó ni terminará con él»²².

²⁰ JEAN LONIS BAUDOUIN y CATHERINE LABRUSSE RIOU. *Produire l'homme*, cit., pp. 102 ss.

²¹ EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. *Los retos jurídicos de la genética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 52 ss.

²² BRUNETTO CHIARELLI. "Documento di un dibattito", en *Atropología Contemporánea*, Suplemento N° 1 (1987). Citado por EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, *Op. Cit.*, p. 41.

