



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 5 de noviembre de 2021

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El suscrito:

MAYRA ALEJANDRA ANDRADE BAHAMON _____, con C.C. No. 1075297621 _____,

Autora de la tesis y/o trabajo de grado o monografía _____

Titulado EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRA CONTRACTUAL EN ACTOS MÉDICOS DE OBSTETRICIA EN COLOMBIA DURANTE EL PERÍODO 1991 A 2018
_____ presentado

y aprobado en el año 2021 como requisito para optar al título de

ABOGADA _____;

Autorizo al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma: Mayra A. Andrade B.

Firma: _____

Vigilada Mineducación



CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 2
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRA CONTRACTUAL EN ACTOS MÉDICOS DE OBSTETRICIA EN COLOMBIA DURANTE EL PERÍODO 1991 A 2018

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
ANDRADE BAHAMON	MAYRA ALEJANDRA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
POLANIA PUENTES	ALBERTO

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: ABOGADA
FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA O POSGRADO: DERECHO

CIUDAD: NEIVA **AÑO DE PRESENTACIÓN:** 2021 **NÚMERO DE PÁGINAS:** 127

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___ Tablas
o Cuadros___

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: WORD, PDF

MATERIAL ANEXO: NO

PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria): NO

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1. Responsabilidad médica	Medical responsibility
2. Procedimientos obstétricos	Obstetric procedures
3. Imputación	Imputation
4. Interrupción voluntaria del embarazo	Voluntary termination of pregnancy
5. Falla probada	



RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

El presente trabajo enmarca que los procesos de responsabilidad médica, precisamente los actos gineco-obstétricos, son una especialidad que genera bastante responsabilidad en los galenos y centros hospitalarios, por tal motivo, es necesario comprender sus antecedentes históricos, los elementos y generalidades de la responsabilidad que se encontrarán en el primer capítulo. Posteriormente, en el segundo capítulo se abordarán las principales falencias, errores y vicisitudes de la responsabilidad médica debido a su alta complejidad en el país, como también, la interrupción del embarazo desde una modalidad comparativa de su aplicación en el marco nacional e internacional. Por último, se encontrará el análisis jurisprudencial sobre las variaciones en la imputación de acuerdo a la postura del Consejo de Estado en Colombia.

De esta forma, mediante metodología cualitativa con enfoque histórico-hermenéutico, se resalta que en la actualidad los casos de responsabilidad médica, concretamente en actos gineco-obstétricos, se mantienen en la falla probada, pero con un aligeramiento probatorio como es el indicio, siendo este aplicado desde el año 2006 hasta la actualidad.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The present work frames that the processes of medical responsibility, precisely the gynecological-obstetric acts, are a specialty that generates a lot of responsibility in physicians and hospital centers, for this reason, it is necessary to understand their historical background, the elements and generalities of responsibility to be found in the first chapter. Subsequently, the second chapter will address the main shortcomings, errors and vicissitudes of medical liability due to its high complexity in the country, as well as the interruption of pregnancy from a comparative modality of its application in the national and international framework. Finally, you will find the jurisprudential analysis on the variations in the imputation according to the position of the Council of State in Colombia.

In this way, by means of qualitative methodology with a historical-hermeneutical approach, it is highlighted that at present the cases of medical responsibility, specifically in gynecological-obstetric acts, remain in the proven fault, but with a lightening of evidence as is the indication, being This applied from 2006 to the present.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: MARIO CESAR TEJADA GONZALEZ

Firma:

Nombre Jurado: LIZETH VARGAS SANCHEZ

Firma:

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL
DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRA CONTRACTUAL
EN ACTOS MÉDICOS DE OBSTETRICIA EN COLOMBIA
DURANTE EL PERÍODO 1991 A 2018**

MAYRA ALEJANDRA ANDRADE BAHAMÓN

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PREGRADO DERECHO
NEIVA
2021**

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL
DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRA CONTRACTUAL
EN ACTOS MÉDICOS DE OBSTETRICIA EN COLOMBIA
DURANTE EL PERÍODO 1991 A 2018**

MAYRA ALEJANDRA ANDRADE BAHAMON

**TRABAJO DE GRADO (MONOGRAFÍA)
REQUISITO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA**

ASESOR:

ALBERTO POLANÍA PUENTES

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PREGRADO DERECHO**

NEIVA

JUNIO, 2021

TABLA DE CONTENIDO

1. RESUMEN.....	5
2. JUSTIFICACIÓN.....	6
3. OBJETIVOS.....	9
a. OBJETIVO GENERAL.....	9
b. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	9
4. METODOLOGÍA.....	10
5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
6. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN ACTIVIDADES MÉDICAS.....	18
6.1. Generalidades.....	18
6.2. Antecedentes históricos de la responsabilidad médica.....	19
6.3. Fases de la responsabilidad estatal y análisis en Colombia	23
7. FACTORES GENERADORES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN ASPECTOS MÉDICOS EN COLOMBIA.....	29
7.1. Generalidades.....	29
7.2. Factores que inciden en la responsabilidad médica en Colombia	29
7.2.1. Deber de información	30
7.2.2. Deber del diagnóstico y tratamiento	43
7.2.3. Deber de diligencia y cuidado	46
7.3. Falencias en la responsabilidad médica en actos obstétricos	48
7.4. El aborto y la despenalización en Colombia.....	52
7.5. La interrupción voluntaria del embarazo en Colombia	64
8. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN ACTOS MÉDICOS GINECO-OBSTÉTRICOS EN COLOMBIA DURANTE EL PERÍODO 1991 A 2018 75	
8.1. Generalidades.....	75

8.2. Primer período: La falla presunta en la responsabilidad extracontractual en actos médicos gineco-obstétricos en Colombia.....	77
8.3. Transformaciones jurisprudenciales: Teoría de la falla presunta a la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica a excepción de los actos obstétricos	85
8.4. Segundo período: Entre el aligeramiento probatorio y la teoría de la falla probada. Surgimiento de la prueba indiciaria en los procesos de responsabilidad médica gineco-obstetricia.....	87
9. Conclusiones.....	112
10. Bibliografía.....	114

Tabla 1. Antecedentes históricos de la responsabilidad estatal	23
Tabla 2. Historia de la clasificación en la responsabilidad estatal	25
Tabla 3. Diferencias entre responsabilidad civil y administrativa	27
Tabla 4. Factores y elementos de la responsabilidad médica	30
Tabla 5. Factor generador de la responsabilidad médica en actos obstétricos	48
Tabla 6. Causales y requisitos del IVE	53
Tabla 7. Condiciones del aborto en el derecho comparado.....	56
Tabla 8. Comparativo de la interrupción voluntaria del embarazo	57
Tabla 9. Comparativo en origen y características de la interrupción voluntaria del embarazo.....	61

1. RESUMEN

El presente trabajo enmarca que los procesos de responsabilidad médica, precisamente los actos gineco-obstétricos, son una especialidad que genera bastante responsabilidad en los galenos y centros hospitalarios, por tal motivo, es necesario comprender sus antecedentes históricos, los elementos y generalidades de la responsabilidad que se encontrarán en el primer capítulo. Posteriormente, en el segundo capítulo se abordarán las principales falencias, errores y vicisitudes de la responsabilidad médica debido a su alta complejidad en el país, como también, la interrupción del embarazo desde una modalidad comparativa de su aplicación en el marco nacional e internacional. Por último, se encontrará el análisis jurisprudencial sobre las variaciones en la imputación de acuerdo a la postura del Consejo de Estado en Colombia.

De esta forma, mediante metodología cualitativa con enfoque histórico-hermenéutico, se resalta que en la actualidad los casos de responsabilidad médica, concretamente en actos gineco-obstétricos, se mantienen en la falla probada, pero con un aligeramiento probatorio como es el indicio, siendo este aplicado desde el año 2006 hasta la actualidad.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad médica, procedimientos obstétricos, imputación, interrupción voluntaria del embarazo y falla probada.

2. JUSTIFICACIÓN

La responsabilidad, entendida como la obligación de resarcir daños y perjuicios, parte del hecho imprescindible que es la generación del daño, independientemente de su definición, certidumbre o su advenimiento, puesto que, en ausencia de daño no hay obligación, la cual, dicha premisa deviene de la tradición del derecho romano (Hernández, 2016).

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial del Estado ha tomado importancia con la consagración del artículo 90 de la Constitución de 1991, como también, en el reconocimiento del principio de solidaridad -siempre que se encuentre acreditada la derivación de los fenómenos dañinos-, por lo tanto, bajo el esquema del Estado Social de Derecho, se deben de resarcir los daños por ocasión de la acción u omisión así sea dentro del cumplimiento de las funciones por parte de la administración.

De esta forma, entre las funciones que cumple la administración está la prestación de servicios, para el caso en concreto, los servicios de salud, puesto que, a partir de allí, se permite indagar sobre la responsabilidad médica en función de la prestación estatal. Es importante resaltar que la responsabilidad médica tiene obligación de medios, por lo tanto, el médico está obligado a cuidar de su paciente, pero no está comprometido a que se cure de su dolencia -teniendo en cuenta factores como cuidado, cumplimiento de tratamientos, entre otros-; a diferencia de la obligación de resultado que determina un efecto material o jurídico, exhortando al beneficiario a escoger los medios y modalidades necesarias para su realización. Por consiguiente, la diferencia deviene en que los logros dependen del accionar positivo de ambas partes ejerciendo la debida actividad que le corresponda a diferencia de la

obligación de resultado donde el comportamiento diligente no es prueba del cumplimiento. Sin embargo, la consagración jurisprudencial de la responsabilidad médica ha girado en torno a esta conceptualización con respecto a la variación en los procedimientos obstétricos porque el fundamento se encuentra en la culpa, la cual, no se reduce al error de la conducta por no cumplir con sus funciones -diagnóstico, tratamiento, operación e intervención, información o cuidado al paciente-. Teniendo como punto de referencia, tanto en el despliegue físico como en la psiquis, se ocasiona una falla de carácter técnico o de vulneración en la humanidad del paciente, dado que, a partir de allí, surge el deber de resarcir los daños y perjuicios según la imputación fáctica y jurídica que se presente en cada caso.

En este sentido, la responsabilidad administrativa por actos médicos de obstetricia presenta distinción en las obligaciones de medio, puesto que, sólo el acto médico será una obligación de resultados siempre que persista el siguiente indicio *“si el proceso de gestación se desarrolla en ambientes normales, el parto deberá desarrollarse de la misma manera”*. Por consiguiente, el presente documento establecerán las características esenciales y los elementos en que incurra la responsabilidad administrativa según cada uno de los procedimientos, siendo estos, el proceso de embarazo, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, por lo tanto, se comprenderán las razones de estas variaciones y las transformaciones históricas, doctrinales y jurisprudenciales correspondientes.

Por tal razón, el presente estudio es de gran importancia al ser la responsabilidad médica un tema relevante dentro de la acción de la administración en cumplimiento u omisión de sus funciones. De igual manera, se establecen las variaciones en la responsabilidad médica con respecto a los

procedimientos obstétricos que se han presentado en la jurisprudencia del Consejo de Estado desde la consagración de la Constitución de 1991 hasta el 2018.

3. OBJETIVOS

a. OBJETIVO GENERAL

Analizar las variaciones de la postura frente a la responsabilidad patrimonial por la prestación de servicios en procedimientos obstétricos, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en el período 1991 - 2018.

b. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer los antecedentes históricos de la responsabilidad médica.
- Identificar los errores médicos más frecuentes en el campo de la obstetricia que son objeto de reclamaciones judiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Analizar la jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal en actos médicos de obstetricia.

4. METODOLOGÍA

El presente trabajo aplica una metodología cualitativa con enfoque histórico-hermenéutico que considera aspectos teóricos, jurídicos y jurisprudenciales, para realizar un análisis sobre la evolución de la responsabilidad médica en casos gineco-obstétricos en Colombia, siendo a su vez, una recopilación y revisión de la literatura.

Basados en los intereses de la investigación planteada, la naturaleza del conocimiento disponible y el estudio coherente de los recursos bibliográficos recopilados, el presente trabajo se diseña para desarrollarse bajo una fase heurística consistente en la búsqueda de información mediante descriptores y palabras clave, tales como, “derecho a la responsabilidad”, “responsabilidad médica”, “lex artis” y “derecho de daños en el marco de intervenciones gineco-obstétricas”, junto con técnicas de investigación documental, como lo es la consulta de fuentes secundarias de información en repositorios institucionales y académicos que tienen relación con los temas esenciales del presente trabajo.

De acuerdo a lo anterior, el análisis jurisprudencial tiene en cuenta las posturas del Consejo de Estado durante el período objeto de estudio, bajo un criterio de inclusión, que tratará la responsabilidad médica en actividades gineco-obstétricas (procedimientos que se desarrollan en el marco del proceso de gestación, alumbramiento y pos-parto, como también, todos los efectos que se puedan generar al sistema reproductor femenino); y un criterio de exclusión, que abarca todos aquellos casos en que el daño no esté relacionado con los procesos médicos durante la actividad obstétrica y la prestación del servicio médico en centros hospitalarios públicos.

En consecuencia, se desarrolla el proceso de selección y recopilación de artículos científicos, textos académicos y jurisprudencia, que cumplan con los criterios de inclusión para el análisis histórico e interpretativo sobre la responsabilidad médica en casos gineco-obstétricos. A su vez, se excluyen todos aquellos autores y jurisprudencia que se basen en opiniones personales que no tengan soporte documental en concordancia con la *lex artis* médica.

El trabajo tiene tres objetivos específicos que se desarrollan mediante la metodología de acciones-productos, la cual se detalla de la siguiente manera:

A. Actividades desarrolladas para el logro del primer objetivo específico:

1. Establecer el origen del derecho médico, la responsabilidad médica y la *lex artis* respectivamente.
2. Identificar los elementos de la responsabilidad estatal extracontractual haciendo énfasis en la responsabilidad médica.

B. Actividades desarrolladas para el logro del segundo objetivo específico:

1. Establecer los principales errores y fallas médicas en casos de la responsabilidad médica.
2. Establecer las falencias de la responsabilidad médica en casos gineco-obstétricos en Colombia.
3. Examinar el derecho a la interrupción del embarazo de forma comparada, su aplicación y desarrollo en Colombia.

C. Actividades desarrolladas para el logro del tercer objetivo específico:

1. Analizar cronológicamente las variaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado en la responsabilidad extracontractual de procedimientos obstétricos en Colombia.

Teniendo en cuenta las actividades dispuestas anteriormente se crearon instrumentos para el logro de cada objetivo específico. Es de aclarar, que para cada objetivo se estructuraron productos, tal como se evidencia en la siguiente tabla dividida por actividades e instrumentos a implementar y relacionadas con cada fase de la investigación.

Objetivo Específico	Actividades	Instrumento	Producto	Fase
Explicar los antecedentes históricos de la	Establecer el origen del derecho médico, la responsabilidad médica y la <i>lex artis</i> respectivamente.	Revisión documental.	Matriz interpretación crítica y reflexiva de la línea del tiempo (marco histórico)	Inicial

responsabilidad médica.	Identificar los elementos de la responsabilidad estatal extracontractual haciendo énfasis en la responsabilidad médica.	Análisis de documentos teóricos-jurídicos.	Documento de diagnóstico teórico y la línea del tiempo para comprender el origen del derecho médico.	Intermedia
Identificar los errores médicos más frecuentes en el campo de la obstetricia que son objeto de reclamaciones judiciales en la jurisdicción contenciosa-administrativa.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Establecer los principales errores y fallas médicas en casos de la responsabilidad médica. 2. Establecer las falencias de la responsabilidad médica en casos gineco-obstétricos en Colombia. 	Fichas jurisprudenciales.	Matriz de incidencia sobre errores, fallas y falencias en la responsabilidad médica principalmente en actos gineco-obstétricos.	Intermedia
	1. Examinar el derecho a la interrupción del embarazo de forma comparada, su aplicación y desarrollo en Colombia.			

<p>Analizar la jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal en actos médicos obstétrica.</p>	<p>Analizar cronológicamente las variaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado en la responsabilidad extracontractual en procedimientos obstétricos en Colombia.</p>	<p>Ficha jurisprudencial</p>	<p>Análisis jurisprudencial</p>	<p>Final</p>
---	--	------------------------------	---------------------------------	---------------------

Por último, en la fase de consolidación, se acogieron los artículos que aportaron un gran valor literario a la problemática objeto de estudio con el fin de ser evaluados y procesados, para ser comparados con los resultados evidenciados.

5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución Política de 1991, estableció un portafolio de derechos fundamentales y asistenciales siendo estos una obligación del Estado en cuanto a cumplimiento de sus funciones esenciales, es así, que el incumplimiento y/o realización de una acción que perjudique a la población, ocasionaría una responsabilidad estatal.

Uno de los ámbitos de responsabilidad y cumplimiento de derechos en los actos médicos está relacionado con la salud de los pacientes, puesto que, el derecho a la salud es considerado como un derecho autónomo indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales; no obstante, las transformaciones jurisprudenciales y el cambio normativo, determinaron que este derecho sea considerado como un derecho esencial debido a que interviene en todas las etapas de la vida, tanto en procesos de obstetricia como en los de defunción, a su vez, cuando su vulneración coloca en riesgo bienes jurídicamente protegidos como la vida.

En ese orden de ideas, la protección del derecho a la salud es una obligación pública de carácter prestacional cuyo fin es garantizar el pleno goce de los servicios de asistencia médica, incluyendo el suministro oportuno de implementos hospitalarios -infraestructura- y farmacéuticos.

En referencia al campo de la obstetricia, Dox Melloni (1979), la define *como la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero*, es por esto, que en casos de responsabilidad, esta tendía a ser objetiva, siempre que el proceso de gestación fuese en estados normales; sin embargo, los cambios jurisprudenciales del Consejo de Estado han permitido establecer que la parte demandante deberá probar la falla del servicio, siempre que la

evolución del embarazo haya sido normal y el proceso de alumbramiento no hubiera sido satisfactorio, allí constituiría un indicio de dicha falla y se evidenciaría una modalidad en la obligación de resultado, contrario sensu, a lo que sucedería en casos de responsabilidad en actos médicos que implique una obligación de medios. Igualmente, estos cambios jurisprudenciales implicarían una carga del demandante al probar el daño del demandante, sino, adicionalmente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre ésta y el daño siendo estos elementos de la responsabilidad estatal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 40912, 2017).

Cabe resaltar, que diariamente se producen cerca de 830 muertes de mujeres por causas asociadas al embarazo y el parto en todo el mundo (OMS, 2015). En el caso colombiano produjo 60,7 muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos en el año 2000, pero en el 2014 cambiaron notablemente las variables de hasta 15,1 muertes menos por cada 100.000 nacidos vivos, presentándose esencialmente en departamentos con mayor Índice de Pobreza Multidimensional (IPM).

En este sentido, la frecuencia de la mortalidad materna se encuentra en personas en situaciones de pobreza multidimensional y analfabetismo (MINSALUD, 2016), esencialmente, con causas obstétricas directas, como las complicaciones del embarazo, tratamientos incorrectos, intervenciones inoportunas, omisiones o la conjugación de estos. Con respecto a las causas indirectas, estas se encuentran generadas por enfermedades preexistentes y otras que aparecen en el transcurso del embarazo, que sin estar relacionadas con éste, provocan la muerte o el agravamiento tanto fisiológico y psicológico (Salud Capital, 2018).

Por consiguiente, la responsabilidad patrimonial en actos médicos de obstetricia y la afectación a la salud de las mujeres en estado de gestación, se prevé como pregunta de investigación *¿Cuál ha sido la variación de la imputación en procesos de responsabilidad patrimonial por la prestación de servicios en los procedimientos obstétricos de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado durante el período 1991 al 2018?* De esta forma, el presente trabajo detalla las variaciones jurisprudenciales con respecto a la imputación, de acuerdo a la responsabilidad extracontractual del Estado y, la relación que ostenta la interrupción voluntaria del embarazo frente a los escenarios de protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

6. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN ACTIVIDADES MÉDICAS

6.1. Generalidades

La Constitución Política de Colombia establece en el artículo 90 el imperativo constitucional de responder por los daños ocasionados a quien no tiene el deber de soportarlo, como también, resalta que el Estado no deba causar daños antijurídicos a la integridad de las personas o a sus bienes, esto es apoyado en los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado (Botero, 2012).

El presente capítulo aborda los antecedentes de la responsabilidad teniendo en cuenta su origen, para de esta forma, comprender el proceso histórico desarrollado a partir de la responsabilidad estatal, también, se resaltarán las diferencias entre la responsabilidad civil y estatal, de acuerdo con cada uno de los elementos, características y conceptualización.

De igual manera, se hará énfasis en la responsabilidad por actividades médicas desde la generalidad, lo cual, implica hacer una distinción entre las obligaciones de resultados y de medios, principalmente en los procesos gineco-obstétricos. Por lo tanto, es importante mencionar la fuente normativa de la responsabilidad, el daño como elemento de responsabilidad y los títulos de imputación sobre la causación material del daño en los procesos de responsabilidad estatal, que son, (i) daño especial; (ii) falla del servicio; (iii) riesgo excepcional, siendo estas las más recurrentes (Jaramillo, 2014).

Por tal motivo, el desarrollo histórico del proceso de responsabilidad del Estado es uno de los componentes principales del capítulo, teniendo en cuenta las etapas y posteriormente el desarrollo de los elementos constitutivos de la responsabilidad, de acuerdo a las distinciones en las tipologías para establecer las principales características de la responsabilidad médica por actividades obstétricas en Colombia.

6.2. Antecedentes históricos de la responsabilidad médica

El derecho a la vida es el derecho esencial para el desarrollo de otros derechos, por tal motivo, se hace necesario protegerlo mediante el uso de la medicina, como se ha desarrollado desde tiempo atrás con el manejo de pócimas y tratamientos para enfrentar las enfermedades, alivianar el dolor y cicatrizar las heridas (Normayda & Miguez, 2010).

Aunque la medicina no es una ciencia exacta, es una actividad compleja, porque incluye la relación del estado de salud de los dolientes y la incidencia dentro del mismo, en el sentido que podría afectar, lesionar y/o generar el deceso de la persona ocasionando procesos de responsabilidad.

Uno de los primeros textos de medicina que relaciona la responsabilidad frente a los actos médicos es reconocido como Hammurabi, expedido en el año 2394 a.C. en el que se establecían castigos para el profesional de la medicina que fracasara u ocasionaría perjuicios, regulando el resarcimiento del daño causado a otro, como también, instaurando la pena de muerte en algunos casos (Granda, Bataille, & Valdés, 2013), es así, que en este ordenamiento jurídico se establecían procesos de responsabilidad penal y civil implantando un equilibrio entre la ofensa y el castigo (Sepulveda, 2014).

En este sentido, estipulaba una obligación clara para el médico, siendo esta, la de abstenerse de dañar o lesionar a quien atiende, es por esto, que deberá realizar el tratamiento, asistencia y diagnóstico de manera prudente y diligente (Taborda, 2014).

Distinto a lo desarrollado en Egipto, en donde se consagraban los síntomas de algunas enfermedades con las recomendaciones de acuerdo a *lex artis*, teniendo en cuenta las condiciones de vida, hábitos y comportamientos de los individuos, lo cual implicaba que debían ceñirse a este, so pena de muerte para el médico.

Por otro lado, el *Codex Visigothorum*, tal como lo señala Ulpiano en el *Digesto*, describía procesos de responsabilidad médica, puesto que, en actuaciones negligentes e incompetentes por parte del personal médico, disponía de este para ocasionar un perjuicio similar del que se causó al familiar de la persona atendida, debido a la *culpa gravis* (Bolívar, 2007).

Lo anterior, sirvió como fundamento para el Código Civil en cuanto al proceso de resarcimiento al consagrar el concepto de daños indemnizables, como se resaltaré en el próximo capítulo. De igual forma, es concordante con *Las Siete Partidas*, al señalar que todos los daños ocasionados a raíz de las actividades médicas por las actuaciones negligentes y la impericia del actuar médico, deben de ser indemnizadas.

En este sentido, se generaron procesos de responsabilidad de forma proporcional e indemnizatorias con el fin de resarcir los daños ocasionados a las personas atendidas por los profesionales de la medicina; no obstante, los

resultados dañosos ocasionados a los dolientes no son consecuencia del tratamiento y/o procedimiento médico del profesional, sino que confluyen distintos factores que producen una afectación o detrimento del estado de salud, por ende, la labor del médico es mantener y lograr las mejores condiciones de salud del paciente mediante su actuación diligente y cuidadosa.

De esta forma, es necesario resaltar los elementos de la responsabilidad siendo estos los siguientes:

a) Daño

El daño es uno de los elementos importantes de la responsabilidad, más no indispensable para que se declare, de acuerdo a Juan Carlos Henao (1998) citando a Chapus define este elemento como la ausencia del perjuicio es suficiente para hacer en vano cualquier intento de comprometer la responsabilidad del Estado, es por esto, quien tiene la carga probatoria del mismo es para el demandante, puesto que, es quien conoce que sufrió de forma directa e indirecta teniendo en cuenta los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión.

Adicionalmente, el daño dispone de una licitud por cuanto no puede provenir de un acto que el ordenamiento jurídico no lo permita o lo cobije, esto quiere decir, que estas acciones o conductas deben estar acordes a derecho (licitud), asimismo, debe ser cierto debido a que debe ser específico que sufre una persona determinada en el ámbito corporal, moral y patrimonial, para de esta forma, sea comprobable la veracidad de la ocurrencia del perjuicio ocasionado sin importar si es presente, pasado o futuro. Por último, una de las características esenciales es que se encuentre legitimado por activa, es decir, la persona demandante tenga un interés en el litigio, ya que, lesionó un

derecho de la cual es titular, como también, a quienes terminan afectado como consecuencia del perjuicio provocado a la víctima inicial, afectando a personas afectivas o familiares.

b) Imputación:

Es la atribución del daño que tiene como fin de determinar si el hecho fue por ocasión de la acción u omisión que causo el perjuicio. En la responsabilidad estatal nace la obligación de indemnizar todos los daños causados producto de sus irregularidades, en ese momento es donde intervienen los distintos títulos de imputación (falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, entre otros).

La imputación debe ser entendida bajo dos concepciones, tales como: (i) fáctica, que consiste en la conexión fenomenológica entre el comportamiento con un resultado y; (ii) jurídica, consiste en el derecho a la obligación de resarcir el daño a partir de criterios normativos establecidos legalmente o desarrollados en la jurisprudencia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 40558, 2018).

c) Nexo causal

Se define como la relación de causalidad por cuanto una causa - conducta del agente causante o el hecho generador- para que produzca un efecto -daño-, dado que, si no se puede establecer la relación causal de determinada situación no es posible determinar que esa causa provocó el daño que se le atribuye.

Los medios mediante el cual se identifica el nexo causal deben ser de forma directa que son los medios probatorios que lo representan por sí mismo,

y de forma indirecta es mediante la implementación de indicios probatorios para lograr la convicción lógica, ya que, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado (Sánchez, 2017).

6.3. Fases de la responsabilidad estatal y análisis en Colombia

La responsabilidad estatal ha tenido tres fases históricas que han incidido para dar aplicación en la actualidad, las cuales se resumen de la siguiente manera:

Tabla 1. Antecedentes históricos de la responsabilidad estatal

FASE	DESCRIPCIÓN
Irresponsabilidad como objeto de represalia	Se desarrolló como mecanismo de justicia retributiva en la que se castigaba con la amputación de un miembro corporal del profesional médico y/o con sanciones económicas por las lesiones o el deceso ocasionado a la persona atendida.
Irresponsabilidad absoluta del Estado	Se desarrolló en la Edad media y se le reconoce con la frase “ <i>el rey no puede hacer mal</i> ”. Debido a su soberanía y a su forma de relacionar con el poder divino se consideraba que sus actuaciones eran correctas así ocasionara perjuicios a los individuos.
De la responsabilidad civil a la estatal	Se desarrolló a mediados del siglo XIX y consideraba que todas las actuaciones en las que el Estado ocasionara algún daño a los bienes y sujetos de las comunidades, este debería reparar de acuerdo al principio de equidad y justicia social.

Elaboración propia. Fuente (León, 2017; Boada, 2000)

Sobre la última fase descrita se pudo emitir en Francia, el Fallo Blanco de 1873, el cual, desvincula la responsabilidad del Estado de las normas del código civil, otorgando su autonomía e independencia bajo la consigna de la responsabilidad objetiva (Henao, 1996 citado por Boada, 2000).

En cuanto al régimen objetivo, el 29 de julio de 1947 se emitió la Sentencia de El Siglo S.A. fundada principalmente en el daño especial debido a que va en contravía de la igualdad ante las cargas públicas.

Por otro lado, en Colombia, tal como lo refiere Diana Carolina Charry Sánchez (2017), se emitió el Fallo de Tinjacá el 30 de junio de 1962, donde demandan al municipio de Bogotá con ocasión a un accidente de tránsito por parte del Cuerpo de Bomberos, toda vez que las personas jurídicas de derecho público debían aplicar la falla del servicio público de acuerdo con lo consagrado en el artículo 16 de la carta magna de 1886 y conforme al régimen subjetivo que consagraba las siguientes características:

- No se debe analizar la culpa personal del agente, sino la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público.
- Hay presunción de culpa de la persona jurídica estatal.
- Debe demostrar la falla del servicio y el daño originado por dicha falla.
- El fundamento de la responsabilidad es concordante con el artículo 2341 del Código Civil y el artículo 16 de la Constitución de 1886.
- El Estado se exonera con un elemento extraño.

Pese a esto, no se consagró la noción de falla del servicio sino el cumplimiento de los requisitos anteriormente descritos para declarar la responsabilidad y, de acuerdo a lo referenciado por Catalina Boada (2000) y Angélica Quintero (2019), fue hasta 1963 que se declaró la responsabilidad extracontractual del Estado.

Por tal motivo, es indispensable comprender las distinciones entre la responsabilidad objetiva y subjetiva, teniendo en cuenta una breve descripción histórica de los mismos:

Tabla 2. Historia de la clasificación en la responsabilidad estatal

RESPONSABILIDAD	DESCRIPCIÓN	ANTECEDENTE HISTÓRICO
OBJETIVA	<p>Es aquella responsabilidad donde la culpa no es requerida, pero sí lo es la conducta del agente al que se le imputa responsabilidad.</p> <p>Los títulos de imputación son (i) riesgo excepcional; (ii) actividad peligrosa y; (iii) realización de obras públicas. Asimismo, por solidaridad (i) daño especial; (ii) ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos y; (iii) contaminación por fluidos corporales.</p>	<p>Las constituciones de 1830 y 1832, establecían la responsabilidad de los funcionarios públicos de acuerdo a sus competencias (Esquerra, 2010).</p> <p>Desde 1896 hasta 1941 la Corte Suprema de Justicia establecía la responsabilidad del Estado, por cuanto, es la persona jurídica quien debe escoger a sus agentes y vigilar los mismos. La culpa se descartaba, por cuanto, solo bastaba con acreditar una acción u omisión por parte del Estado.</p>
SUBJETIVA	<p>Es aquella responsabilidad donde se analiza la conducta no individual del agente sino de la administración o entidad demandada, siendo esta una falla funcional, teniendo en cuenta su tipología tales como (i) falla probada del servicio y; (ii) falla presunta del servicio.</p>	<p>En la Sentencia del 7 de diciembre de 1864, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, declaró la responsabilidad patrimonial del Estado (Henao, 1996, citado por Charry Sánchez, 2017)</p>

Elaboración propia. Fuente: (Sanchez, 2017)

Es importante mencionar que la responsabilidad estatal se aborda de acuerdo con las conductas omisivas y/o las que implementan alguna acción o actuación administrativa de la cual se deriva un daño antijurídico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 19760, 2011), por tal motivo, es importante tener en cuenta los siguientes títulos de imputación:

- **Falla del servicio:** El daño es causado por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado, como también, de los deberes del Estado y sus servidores. En este régimen de responsabilidad, se imputa el resultado dañoso teniendo en cuenta que va en contravía de los deberes del Estado, debido a que, el servicio funciona mal, no funciona o funciona de forma tardía. Por ejemplo, cuando el daño se ocasiona por un accidente de tránsito como consecuencia de la falta de conservación, mantenimiento y señalización de las vías
- **Riesgo excepcional:** La actividad que se desarrolla es lícita pero riesgosa y en caso de que se realice un daño este es producto de la materialización de dicho riesgo de carácter excepcional que somete el Estado a una comunidad en particular buscando cumplir con su propósito de propiciar el bienestar general, es así que si el riesgo se concreta en un daño origina la indemnización que estará a cargo del Estado. Por ejemplo, cuando el daño se ocasiona por adquirir una infección intrahospitalaria durante una intervención médica.
- **Daño especial:** La conducta es lícita, no es riesgosa y se desarrolla en beneficio del interés general por la implementación de una política pública, pero impone un mayor sacrificio a un individuo o grupo, por lo cual, rompe el principio de la igualdad ante las cargas públicas, es así, que lo importante no es la culpa sino el daño, por obligar a soportar al individuo o comunidad, una carga especial a diferencia del resto de la sociedad. Por otorgar un ejemplo son los daños a bienes inmuebles y a la integridad personal que se ocasiona a raíz de los ataques terroristas por grupos al margen de la ley.

Esta última tipología de imputación -daño especial- se presenta principalmente en la construcción de una obra pública o mediante la prestación de un servicio público para el beneficio de la comunidad, empleando medios o utilizando recursos de los que disponen los administrados, tanto bienes o

patrimonio, como a personas, en una situación que quedan expuestos a experimentar un daño con ocasión a la prestación del servicio, tal como lo ha expresado la Sentencia del Consejo de Estado con expediente 4655 de 1989 de la siguiente manera:

“Pero lo que sí es evidente es que los hechos rompieron el principio de la igualdad ante las cargas públicas e impusieron al administrado un gravamen excepcional que no tiene por qué sufrirlo. La fundamentación de la responsabilidad en casos como el presente se venía manejando con fundamento en el riesgo especial o excepcional. Y hoy puede con mayor facilidad apoyarse en el mandato contenido en el artículo 90 de la nueva Carta Constitucional, el que desarrolla la responsabilidad estatal dentro de estos supuestos: a) Que se cause un daño a una persona; b) Que ese daño sea imputable por acción u omisión a una autoridad pública (la administración en sentido anónimo o a un funcionario determinado); y c) Que ese daño sea antijurídico” (Sentencia del Consejo de Estado Rad. 4655 del 12 de mayo de 1989 C.P. Antonio José Irisarri Restrepo) citado por (Restrepo, 1986, p. 143).

Por lo anterior, este título de imputabilidad reconoce su deber legal de realizar actividades lícitas, que, en caso de ocasionar un daño, tiene el deber constitucional de repararlo toda vez que reconoce los sujetos activos (la administración) y pasivos (tercero lesionado), el daño y el nexo causal respectivamente.

Frente a los procesos de responsabilidad civil y administrativa se constituyen tres elementos, teniendo claras diferencias entre sí, los cuales se caracterizan de la siguiente manera:

Tabla 3. Diferencias entre responsabilidad civil y administrativa

	RESPONSABILIDAD CIVIL	RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	DIFERENCIAS
--	------------------------------	---------------------------------------	--------------------

ELEMENTOS	<p>Daño: Es el detrimento y menoscabo ocasionado a una persona natural y/o jurídica.</p>	<p>Daño antijurídico: Es aquella acción u omisión que se desarrolla en contravía de los intereses de los sujetos y/o personas jurídicas, la cual, genera detrimento y lesión tanto a personas naturales y/o jurídicas.</p>	<p>Se diferencia principalmente porque va en contravía a lo consagrado en el ordenamiento constitucional.</p>
	<p>Culpa: Es el error de la conducta teniendo en cuenta la falta de previsión y/o la acción u omisión.</p>	<p>Imputación: En la responsabilidad extracontractual se realiza mediante la falla de servicio, siendo esta de forma funcional u orgánica de acuerdo al servicio en que la administración presta un servicio público.</p>	<p>En los procesos de responsabilidad administrativa no importa la culpa del sujeto que cometió o incidió en el proceso de responsabilidad.</p>
	<p>Nexo Causal: Es el elemento que vincula la conducta del agente con el daño.</p>	<p>Nexo causal: Es el vínculo entre el daño y la forma de generación del detrimento de acuerdo a las condiciones de la responsabilidad.</p>	<p>Se debe tener en cuenta principalmente la tipología en la que se desarrolló la imputación para conocer el criterio en el que se perdió el equilibrio de las cargas públicas.</p>

Fuente: (Gherzi, Wingarten, Iglesias, Ferrari, & Waisman, La relación médico-paciente en la responsabilidad civil, 1998)

Por lo anterior, la responsabilidad administrativa extracontractual se ha venido desarrollando y ha adquirido gran importancia dentro de los regímenes de responsabilidad, de modo que es importante tener en cuenta los elementos de la responsabilidad y su comprensión para el desarrollo del presente trabajo.

7. FACTORES GENERADORES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN ASPECTOS MÉDICOS EN COLOMBIA

7.1. Generalidades

La responsabilidad médica en Colombia es un común denominador en los procesos judiciales (Lizarazo, 2017), sin embargo, en la literatura académica se han desarrollado las causales por las que se podría ocasionar la misma y, la incidencia de dichos procesos en las féminas. Por tal motivo, los principales factores generadores de la responsabilidad médica en Colombia son (i) deber de suministrar información y consentir el procedimiento médico; (ii) deber de tratamiento y diagnóstico; (iii) deber de diligencia y cuidado.

Por tal motivo, el presente capítulo aborda cada uno de estos deberes de los prestadores de salud y el papel que desarrollan los pacientes en cada uno de dichos procesos. Asimismo, se planteará un estudio comparativo de la interrupción voluntaria del embarazo -IVE- haciendo énfasis en las transformaciones jurídicas del ámbito internacional y específicamente en Colombia, para de esta forma, lograr una garantía de protección de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres.

7.2. Factores que inciden en la responsabilidad médica en Colombia

El acto médico es emplear los medios que conozca la ciencia médica para los tratamientos, diagnósticos y pronósticos para lograr la identificación de los riesgos y la implementación de los medios e instrumentos disponibles para mejorar las condiciones de salud de los individuos (Beguiristáin, 1999).

De acuerdo a Carolina Deik (2010), los principales factores que inciden en la responsabilidad médica son el deber de diligencia y cuidado, el debido diagnóstico y el deber de información consagrado principalmente en el consentimiento informado y en la provisión del consentimiento de los procedimientos médicos y quirúrgicos a partir de los procesos de historia clínica respectivamente como lo podemos denotar de la siguiente manera:

Tabla 4. *Factores y elementos de la responsabilidad médica*

FACTORES	ACCIONES
Deber de información	Consentimiento informado - Historia clínica
Deber de diagnóstico	Diagnóstico prenatal y pos-operatorio
Deber de diligencia y cuidado en el tratamiento	(i) Restricción en infecciones nosocomiales e intrahospitalarias; (ii) Utilización de instrumentos adecuados en la intervención médica; (iii) Sostenimiento, dotación y equipamiento en la infraestructura hospitalaria y del personal médico.

Elaboración propia. Fuente: (Uribe, 2015)

Por lo anterior, es importante acatar los deberes de la responsabilidad médica con el fin de identificar las acciones y factores que inciden en los procesos gineco-obstétricos, teniendo en cuenta, los deberes de los profesionales médicos y asistenciales.

7.2.1. Deber de información

Este deber consagra esencialmente que los profesionales de la salud deben remitir la información relacionada con el tratamiento, procedimiento y/o acto quirúrgico intrínseco a la actuación médica, esto quiere decir, que debe informar al paciente de su procedimiento, riesgos y probabilidades, asimismo, sobre cómo se realizará la intervención, siendo esta explicación comprensible y entendible para el paciente, lo cual, se identificará mediante el acto propio del consentimiento informado. De igual manera, el profesional deberá regular su actuación médica de acuerdo a la información depositada en la historia

clínica para verificar el estado de salud y, dado el caso, completarla de acuerdo a los avances del paciente.

7.2.1.1. Consentimiento informado

Es uno de los derechos consagrados y estipulados de los pacientes, siendo además un deber por parte del personal médico que lo asistirá, por cuanto, consiste en una manifestación expresa a una persona competente mental y física, siendo necesaria en la toma de decisión para participar del proceso relacionado a la salud e integridad personal y/o familiar, debido a los riesgos, beneficios, alternativas, consecuencias, necesidades o problemas que puedan presentarse en el desarrollo y/o a falta del acto médico, lo cual, implica que no se puede realizar el tratamiento sin la confirmación del usuario. Este derecho se originó en 1767 en la doctrina anglo-americana, antes era denominado como la Teoría de la Información (Corte Constitucional, T-477, 1995), tal como lo referenció José Gómez y Jhon Gil, de la siguiente manera:

“La intervención médica necesita para su legitimidad el consentimiento: el consentimiento requiere para su eficacia de la claridad sobre el significado de la intervención; esa claridad debe producirla el acto médico a través de la información en caso de que quiera efectuar la intervención y poseer consentimiento del paciente (...)” (Gil & Gómez, 2012)

Por tal motivo, es indispensable que los métodos médicos que se realicen a los pacientes cuenten con la disponibilidad de información verídica y suficiente, siendo este un elemento esencial del deber de diligencia y cuidado.

En ese orden de ideas, el usuario del servicio de salud o doliente expresa su voluntad de aceptar o rechazar de forma deliberada el desarrollo del diagnóstico, investigación, asistencia médica, plan terapéutico, entre otros, que sean propuestos por los profesionales médicos, siempre que la pesquisa

otorgada sea adecuada, veraz y comprensible por parte del paciente logrando el entendimiento de la información, la libre elección y la no coerción sobre la decisión, esta debe ser mediante una firma que certifique el entendimiento de lo expuesto (Carrasco-Aldunate, Rubio-Acuna, & Fuentes-Olavarria, 2012), y entre más invasivo sea un tratamiento, mayor debe ser la información que debe ofrecerse a los pacientes (Corte Constitucional, Sentencia SU-337, 1999), a excepción de las intervenciones de urgencia debido al procedimiento que debe ser con mayor prontitud y diligencia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 19840, 2012), de igual manera, lo resalta Gloria Stella Ortiz con la ponencia de la Sentencia C-182 de 2016:

“(i) Cuando se presenta una emergencia, y en especial, si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) Cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) Cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) Cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento” (Corte Constitucional, Sentencia C-182, 2016).

De esta manera, este derecho está implícitamente relacionado con principios, tales como:

- **Principio de autonomía:** Basado principalmente en el reconocimiento de la independencia psicológica y biológica de los sujetos, relacionado con elementos socioeconómicos de la persona para la toma de decisiones en concordancia con los objetivos y el plan de vida individual y social, por ende, su fundamento principal es el respeto hacia y de la persona (Mendoza, Nava, & Escalante, 2003). Este principio también se le reconoce como la autodeterminación (De La Maza Gazmuri, 2010).

- **Principio de beneficencia:** Fundamentado en el deber de buscar los recursos necesarios para lograr la mejora, recuperación y/o estabilización del paciente en un determinado procedimiento médico, evitando el agravamiento del estado de salud del doliente. Sin embargo, el acto médico será determinado en concordancia con las creencias, valores y la moral social. Es de resaltar, que cuando el doliente es un menor de edad, la actuación médica se realiza buscando el mayor beneficio (Altamirano Bustamante, y otros, 2010) .
- **Principio de entendimiento:** Se desarrolla cuando el suministro de la información y/o datos sobre el diagnóstico, procedimiento y/o desarrollo del acto médico, son explicados a satisfacción de la persona intervenida, conjugando la inteligencia, habilidad de razonamiento, madurez y lenguaje, mediante una interlocución e interacción de escuchar y dar respuesta a las dudas e inquietudes (Macías Gelabert, 2006).
- **Principio de voluntariedad:** Este principio implica que durante el desarrollo del acto médico no puede presentarse amenaza física o psicológica, influyendo o cohibiendo en la toma de decisión subjetiva de participar en el diagnóstico, procedimiento e investigación.

Siguiendo esta línea argumentativa, Alejandra Caicedo y Adriana Caicedo (Caicedo & Caicedo, 2014), nos plantean que el consentimiento informado debe estar integrado por una información idónea, persistente y cualificada, teniendo en cuenta la relación médico-paciente, por lo tanto, debemos considerar lo siguiente:

“Actualmente es necesario que en el ejercicio de la profesión médica, el médico sea capaz de desempeñar tres roles fundamentales: en primer lugar, el de consejero, ofreciendo la cantidad de información tan compleja y comprensible como le sea posible; simultáneamente, el de educador, acerca de los derechos humanos que le asisten a todas y cada una de las personas por el hecho de ser

sujetos de investigación con el fin de protegerlos y evitar excesos que se pudieran llegar a cometer con estas experiencias; y por último, el de quien proporciona atención a la salud o asistencia médica, lo cual, supone que el personal médico no solo está capacitado para atender profesionalmente a sus pacientes respecto del tratamiento y manejo de las enfermedades sino que aplica conscientemente sus conocimientos de la técnica científica en valor del bienestar de la salud de los demás. Esta actividad, naturalmente, requiere inversión en tiempo y esfuerzo para revisar, discutir o acordar los procedimientos a realizar con el fin de crear y fortalecer una relación de confianza con el paciente” (Caicedo & Caicedo, 2014, pág, 137).

Por consiguiente, los profesionales de la medicina deben llevar una relación intrínseca con el paciente, debido a las situaciones de necesidad, tal como lo referencia Luis de las Heras Vives (2019), la cual, está asociada a una obligación consagrada desde los tiempos de Hipócrates, referenciándolo de esta forma:

“El paciente ante el padecimiento un mal físico busca, movido por la necesidad, la inmediata asistencia sanitaria al someterse a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud. Ya desde los tiempos de Hipócrates es objeto de estudio: *salus aegroti suprema lex* (la salud del paciente es la ley superior) y *voluntas aegroti suprema lex* (la voluntad del paciente es la ley superior). Para la primera postura, significadamente paternalista, el mantenimiento o la recuperación de la salud del enfermo es la máxima aspiración del sistema de manera que el profesional debe buscarla en todo caso. Mientras que, para la segunda, la actuación médica contaría con un límite claro e insuperable: la voluntad del paciente, aun cuando esta supusiera, de hecho, su muerte o pudiera parecer irracional (Vives, 2019)”.

De acuerdo a lo anterior, el profesional médico debe procurar la dignidad humana, respetando los principios del derecho al consentimiento informado, debido a que tiene como finalidad suministrar al doliente la información respectiva y así poder utilizar, comprender, archivar y transmitir adecuadamente la documentación clínica, para de esta forma, aplicar sus conocimientos y encontrar la solución a los problemas que aquejan al doliente, además de referenciarlo, por cuanto, está inmerso con el derecho a la historia clínica, de acuerdo con (Hernández Hierro, 2007) referenciado por (Gómez & Zuluaga Gil, 2012).

Adicionalmente, la historia clínica está relacionada con el acto médico por parte de los profesionales de la salud, lo cual, implica que debe existir una descripción del estado físico de lo tangible e intangible que demarque el estado de salud del paciente, como lo consagra el Artículo 15 de la Ley 23 de 1981, por ende, los actos médicos se deben decidir con el paciente y no por él, dada la superioridad del criterio médico (Barceló Domenech, 2018), concordante con la Resolución 2003 de 2014 expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social que definió de la siguiente manera:

“Consentimiento informado: Es la aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o usuario, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar un acto asistencial. Para efectos del estándar de historia clínica es el documento que se produce luego de la aceptación en las condiciones descritas. En caso que el paciente no cuente con sus facultades plenas, la aceptación del acto médico la hará el familiar, allegado o representante que sea responsable del paciente”. (Negrilla propia).

En este sentido, cuando el médico logra el consentimiento informado de manera eficaz sobre el procedimiento, indicando cómo se va a realizar, justifica a su vez el riesgo del acto médico y/o procedimiento, por lo tanto, no existe culpa profesional porque traslada el riesgo inherente de la actividad médica al paciente cuando se presentan los siguientes escenarios: (i) hay dificultad para lograr el resultado querido; (ii) no hay alternativa de otra conducta; (iii) existe justificación del hecho; y (iv) prima un fin noble por el médico (Duque Osorio, 2014).

Durante la actividad médica se desarrollan riesgos iatrogénicos y previstos; el primero es propio de la actividad, siendo éste previsible e irresistible con ocasión al procedimiento, es asumido por el paciente y no por el médico, empero, el paciente debe prever dicho riesgo, a diferencia del riesgo previsto, que puede anticiparse antes del procedimiento (Castro, 2008) por lo tanto, es

indispensable que el desarrollo del derecho al consentimiento informado no sea una enunciación genérica de los riesgos, sino una descripción de acuerdo a las condiciones propias del paciente, la realidad y el procedimiento (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 19840, 2012).

En referencia a los diagnósticos, se debe tener en cuenta la realidad social, dado que, el condicionamiento y la expresión de la enfermedad se encuentran enmarcados en una realidad concreta existente (Gómez & Gil, 2012), esto quiere decir, que las circunstancias actuales, la realidad social y su tratamiento, son condiciones de resaltar al momento de informar sobre los posibles riesgos, vicisitudes, beneficios y consecuencias; además, conforme la actividad médica, se desarrollan procedimientos de diagnósticos, tratamientos terapéuticos y quirúrgicos, tal como lo recordó Carlos Casabona (Casabona, 1994) al citar los principios de Ulpiano, quien expresaba *que no se puede querer lo que no se conoce*, por ende, es indispensable desarrollar el derecho al consentimiento informado.

En el siglo XX, este derecho del paciente no era una obligación intrínseca de los médicos, puesto que, informaban lo que les parecía necesario para obtener la colaboración del paciente, sin embargo, se consagraban principios para establecer la mejora de la relación paciente-médico desde la época del derecho romano.

Considerando lo anterior, el derecho al consentimiento informado en la actualidad ostenta las siguientes características:

- Suministro de información: Esta debe ser previa, ilustrada, concreta e idónea.
- Comprensión de la información: Debe tener en cuenta las condiciones socio-educativas y económicas de los pacientes.
- Consentimiento voluntario.
- Quien disponga el consentimiento debe tener la competencia para consentir la información y la actividad médica a implementar.

En el caso de los menores de edad el consentimiento debe ser de forma sustituta, a diferencia de los menores de cinco años con quienes se realiza un consentimiento asistido-cualificado mediante un apoyo interdisciplinario para proporcionar la información (esta autorización debe generarse de manera reiterada y consistente para dar plazos que autoricen el procedimiento y/o tratamiento), además, debe comprender los siguientes factores (i) la urgencia y la importancia del tratamiento; (ii) la intensidad del impacto del tratamiento debido a la autonomía actual y prospectiva del menor; (iii) la edad del menor (Corte Constitucional, Sentencia T-216, 2008).

Frente al planteamiento del consentimiento informado sustituido o asistido, es importante referenciar lo expresado por la Corte Constitucional:

“(…) desde un punto de vista cognitivo, conforme a los estudios de Piaget, entre los dos y los cinco años, los infantes superan la etapa preoperacional y empiezan a dedicarse al pensamiento operacional concreto, lo cual implica un desarrollo importante de la inteligencia y de la conciencia de lo que ocurre a su alrededor, pues los menores ya pueden, según la terminología de este autor, descentrar el pensamiento, concentrarse en las acciones y no solo en los estados, e invertir mentalmente las operaciones” (Corte Constitucional, Sentencia T-477,1995).

Por tal motivo, es indispensable el desarrollo de estos factores para identificar los modelos de consentimiento informado que han de implementarse para no vulnerar los derechos del paciente.

Agregando a lo anterior, y de acuerdo a lo afirmado por Iván Rondón Echeverry (2018), la información debe ser completa, oportuna y comprensible, concordante con los conocimientos y capacidades (Lesser, 1991), por lo tanto, debe integrar lo siguiente:

- El carácter invasivo del tratamiento.
- La naturaleza de la patología.
- El grado de aceptación, homologación clínica o su carácter experimental.
- La dificultad en aplicarlo y las probabilidades de éxito.
- La facultad de comprensión del doliente sobre los efectos directos e indirectos.
- La existencia de otras alternativas que generen resultados iguales o comparables.
- La afectación de derechos de terceros al no realizarse la intervención médica.
- El grado de afectación de derechos e intereses personales.

De esta manera, el consentimiento informado no solamente se vulnera al no suministrar la información sino también al otorgarla en exceso, generando así, confusión o falta de disposición para procesarla (Casabona, 2002, p. 93; Torreblanca, 2001) citado por (Gazmuri, 2010).

7.2.2.2. Historia clínica

Es un documento fundamental e imprescindible para prestar una asistencia médica de calidad, ya que, evidencia el registro del estado y la evolución de la

patología de acuerdo a las condiciones de salud y el diagnóstico del paciente (Arévalo, 2019), es por esto, que ostenta una doble connotación porque implica que el paciente tiene derecho a disponer de estos datos, como también, es deber de los médicos lograr prestar un servicio de manera eficiente (Lainz, 2017).

Este documento no es un tema de la actualidad, puesto que, surge en el proceso hipocrático que estipulaba la historia clínica como una estructura ordenada en el que se establecían la localización social, la referencia de la patología y datos amnésicos, dándolos a conocer a los pacientes (Duque, Sabogal & Jaramillo, 2016). Posteriormente, las prehistorias clínicas denominadas *consileas* en la Edad Media, evidenciaban el nombre del paciente, la dolencia del enfermo, los hábitos del paciente y, las enfermedades previas personales y familiares otorgando mayor importancia en los síntomas desde el inicio de la patología de acuerdo a las especialidades (Entralgo, 1949, pág. 751), hasta que en 1907, se lleva a cabo una historia clínica única por cada doliente (Vallejo, 1995) citado por (Carballo, 1997).

Según Paola Andrea Salazar Santafé (2017), señala que al ser la historia clínica un documento privado está sometido a reserva de terceros y se caracteriza por lo siguiente:

“(i) La patografía es un documento; (ii) el galeno tiene la obligación de registrar las condiciones de salud y la valoración médica del paciente; (iii) el galeno registra el tratamiento y/o procedimiento implementado o a implementar; (iv) el documento es privado, por lo tanto, sólo se usará en un proceso judicial o administrativo, o para cualquier otro propósito, previa autorización del paciente o de una orden de un juez de la república; (v) la información depositada en esta, servirá para lograr una secuencia de la atención futura al paciente” (Salazar, 2017).

Siguiendo la línea argumentativa relacionada por Maritza Liliana Cristancho (2019), la historia clínica debe contener lo siguiente:

“(…) anotaciones, registros e información sobre el paciente, exámenes, descripciones médicas, formulaciones, en otras cuestiones, no solo es la base de la orientación médica del profesional de la salud, sino también el respaldo documental del acceso del paciente a su derecho a la salud (Guzmán, Franco, Barrios & Vega, 1994) citado por (Arévalo, 2019)”.

Sumado a lo anterior, se deberá tener en cuenta la práctica más adecuada y cuidadosa, debido al interrogatorio y la constancia donde se describen los datos relevantes manifestados por el doliente, puesto que, esto implicaría el acompañamiento o abandono al paciente o la custodia del mismo (Ruiz, 2004).

En este sentido, la historia clínica es de vital interés porque el doliente puede conocer de forma detallada y descriptiva su evolución más allá de lo que el profesional manifieste y, de esta manera, no depender de este para continuar un procedimiento, tratamiento o seguimiento de la prestación del servicio (Lainz, 2017) y, son los profesionales quienes ostentan el deber de mantener actualizada la historia clínica por cada paciente, contrario sensu, estaría derivando una responsabilidad por mala praxis (Duque, Sabogal & Jaramillo, 2016).

Es que precisamente no es solo una manifestación sobre el diagnóstico, sino también evidenciar sobre cómo fue atendido, cuáles fueron las acciones que se implementaron según las condiciones del paciente, cómo se otorgó la prestación del servicio y qué requería el doliente para disminuir su patología y/o estabilizar su condición de salud, por tal motivo, deberá incluir los resultados de exámenes, imágenes, diagnósticos y formulas médicas. Siguiendo esta afirmación, José Luis Rodríguez Lainz (2017) expresó:

“La historia clínica es, no en vano, la forma gráfica en que se materializa el deber de documentar el seguimiento del paciente, los actos médicos que tienen lugar para atender sus necesidades de salud.

Resulta indispensable reflejar en una historia clínica aquella información relativa al estado de salud del paciente, los antecedentes personales y familiares de interés, la evolución, los resultados de las pruebas diagnósticas y los tratamientos” (Lainz, 2017).

Por tal motivo, es necesario que los profesionales de la medicina elaboren la historia clínica con la debida diligencia y cuidado, porque será un elemento fundamental para evidenciar la calidad en la prestación del servicio del paciente, asimismo, la perspectiva del paciente es un derecho que ostenta él mismo, a su vez, un instrumento probatorio, porque podrá identificar el daño que originó y el nexo causal entre él mismo y la actividad del profesional.

Es importante mencionar, que la falta de descripción de la historia clínica o no disponer de la misma, ocasiona una falla del servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 40057, 2016), la cual, es una de las pruebas determinantes para declarar la responsabilidad médica, porque evidencia una imprudencia por parte de los profesionales médicos, por ende, disponer de una historia clínica diligente es un deber de la acción médica (Echeverry, K. A, 2016).

Frente a lo anterior, Paola Andrea Salazar, en el artículo de reflexión denominado *La historia clínica en el proceso civil (2017)* manifiesta que la epicrisis es uno de los elementos esenciales para recaudar en los procesos de responsabilidad médica, resaltando las siguientes expresiones:

“Woolcott, Vivas y Garzón (2017) señalan que, en principio, le corresponde a la parte demandante -generalmente a la víctima- probar el daño y la relación causal entre este y el acto médico. Empero, en aquellos casos que resulten difíciles de probarse -por ejemplo, en el contagio de VIH a través de

transfusiones-, conforme al precedente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a carga de pruebas se invierte, siempre y cuando resulte factible de recaudarse por parte del galeno o la entidad prestadora del servicio (Salazar P.A, 2017, pág 38)”.

La epicrisis es un elemento esencial dentro de la responsabilidad médica porque se identificará qué pudo ocasionar o no el daño por negligencia e impericia, pero, igualmente, la falta de cumplimiento del mismo estaría irrumpiendo el deber legal del cuidado y diligencia, por ende, la carga probatoria recae sobre el doliente, a diferencia de los procesos de transfusión de sangre respectivamente (Echeverry K.A., 2016).

Por consiguiente, la historia clínica es un elemento material probatorio importante, toda vez que logra establecer las actuaciones implementadas, diagnósticas y realizadas, tanto por el personal asistencial concorde a la *lex artis* y al doliente, tal como lo señala Serrano (2012) de la siguiente forma:

“Se convierte así, en el medio de prueba por excelencia para evaluar el nivel de la calidad asistencial y para valorar si la conducta del médico se adecuó a la *lex artis*, de tal manera que constituye el objeto de estudio de todo informe pericial en materia de responsabilidad sanitaria, pues el perito médico requiere como elemento base para la elaboración de su concepto toda la información contenida en la historia clínica (Serrano, 2012, págs. 251-252)”.

La historia clínica torna especial interés en temas como el Wrongful toda vez que evidenciara el estado médico del embrión (Acuña, 2019), el feto o nasciturus y, que conjuntamente con el consentimiento informado, al relacionar la indagación sobre las anomalías de éste a sus padres, podrán decidir si continúan con el embarazo de considerar el niño con malformaciones que en vida representa un daño (Oliva, 2015). Aunque, moralmente es controversial, es viable desde la órbita jurídica (Kottow & Schramm, 2001) citado por (Oliva, 2015), tal como lo evidencia la aplicación del Wrongful Conception, dado que,

la mujer, al aplicar su derecho al libre desarrollo y la autodeterminación de la autoconcepción, preservaba y cumplía los lineamientos del método anticonceptivo, sin embargo, quedo embarazada, generando un daño al proyecto de vida por falta de información clara y por no conjugar los elementos correspondientes de la historia clínica que impidiera conocer la falla en el método anticonceptivo, es así, que se evidencia un daño resarcible (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262, 2016).

Por esta razón, la historia clínica es fundamental para los procesos de wrongful birth y life, además, permite identificar las posibles malformaciones y contraindicaciones para evitar un peligro inminente en la mujer gestante. Igualmente, en el tercer capítulo del presente trabajo, la historia clínica se tornará como un elemento material probatorio que incidirá en la responsabilidad administrativa por actuaciones médicas, como también, a falta de esta obligación procesal de diligencia y cuidado se tendrá como un indicio contra el demandado.

7.2.2. Deber del diagnóstico y tratamiento

El diagnóstico es uno de los procesos fundamentales para lograr una efectiva prestación del servicio de salud, puesto que, es la identificación del estado y la condición de salud del paciente bajo las dimensiones psicológicas, sociopáticas, corporales y físicas, con el fin de identificar los síntomas.

En este mismo procedimiento se encuentra una fase previa también conocida como sintomático, consistente en una identificación ocular sobre la condición del paciente, posteriormente, una fase de análisis mediante

procesos de palpación, auscultación, tomografía, radiografía, olfatación, entre otras; estas dependen de la condición y necesidad del paciente. Posteriormente, se realiza una fase interpretativa que se basa en relacionar, comparar la patología y la condición de salud del paciente (Cimadevilla, 2009).

En esta última etapa, se evidencian los procesos constitutivos de responsabilidad por situaciones tales como lo resalta la sentencia del Consejo de Estado (2018) con el radicado 39952 con ponencia de Jaime Orlando Santofimio de la siguiente manera:

- El profesional de salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante para conocer sobre el estado y el desarrollo de los síntomas.
- El profesional omitió utilizar los recursos científicos y técnicos para establecer la enfermedad que aqueja al paciente.
- El médico no sometió al paciente a una valoración completa.
- El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente.
- El médico dejó de hacerle el seguimiento sobre la transformación de la enfermedad, o simplemente incurrió en un deber inexcusable para un profesional de su especialidad.
- Hay una omisión en la práctica de los exámenes que resultan indispensables para cada caso en concreto.

De esta forma, el diagnóstico equívoco se podría resumir así: (i) falta de alguna de las fases del procedimiento; (ii) falta de seguimiento y control del tratamiento; (iii) falta de análisis e interpretación de los datos. Sumado a lo anterior, es importante realizar procesos de identificación de fenómenos espontáneos o provocados, subjetivos u orgánicos que puedan desarrollarse, por tal motivo, debe estar presente y/o identificar la causa que lo aqueja hasta

la terminación con los avances que puede disponer el mismo (Castellanos, 1996).

Siguiendo la línea de Manuel Quintana Ferguson (1949), es indispensable lograr identificar de forma eficaz la localización, la índole y la razón de dicha condición de salud del paciente, es así que expresa las siguientes palabras:

“Desde el punto de vista exclusivamente jurídico, define el diagnóstico, «como la serie de actos médicos que tienen por objeto recoger todos los signos susceptibles de iluminar al médico, interpretarlos y deducir el conjunto de hechos comprobados cual es la naturaleza de la afección que tiene el enfermo: consiste también en encajar esa situación particular en un cuadro patológico conocido» (Ferguson, 1949, pág. 411)

Dicho lo anterior, Jerónimo Salguero, citado por Nelson Chiriví y Roberto Barrera (Chiriví & Barrera, 2011), evidencia que en Argentina los procesos constitutivos de responsabilidad por diagnóstico equívoco tienen una alta representatividad porcentual, el 26% por ocasión a procesos de obstetricia, el 25% en cirugías no estéticas y el 14% en traumatología.

Por tal motivo, el diagnóstico es uno de los factores generadores de responsabilidad en los actos obstétricos, por cuanto, identifica los riesgos, pronósticos y los medios que puede disponer tanto la madre gestante como el neonato (Jiménez, 2013), de esta forma, diseñar y/o aplicar un tratamiento adecuado a las necesidades del paciente respectivamente.

7.2.3. Deber de diligencia y cuidado

De tal forma, la responsabilidad médica no solamente es constitutiva por errar en la identificación de la patología y/o en la localización de la misma, sino también por no realizar procesos de seguimiento post-tratamiento e intervención quirúrgica, y, por identificación tardía en ocasión a la complejidad del estado de salud del doliente respectivamente.

Tal como lo veremos a continuación, existen escenarios que afectan el acto médico desde el deber de la diligencia y cuidado que podrían ocasionar procesos de responsabilidad, siendo los siguientes:

a) Infecciones intrahospitalarias

Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas como nosocomiales son aquellas contraídas en puestos y/o centros de salud por un paciente internado a causa de una dolencia distinta a la infección; sin embargo, es importante resaltar que no es únicamente con pacientes internados sino también con todo aquel que ingresa a un puesto de atención de salud. De manera que, estas pueden ser ocasionadas por factores exógenos al paciente como la presencia de microorganismos en las instalaciones o factores endógenos presentes en el cuerpo, manifestados y desarrollados a raíz del ingreso.

Es importante mencionar que las infecciones intrahospitalarias se evidencian en procesos gineco-obstétricos creando mayor complejidad en el tratamiento médico y ocasionando hasta el deceso de la mujer gestante, siendo este un factor renuente dentro de los asuntos de responsabilidad médica en Colombia.

b) Transfusiones

El ordenamiento jurídico excluye la responsabilidad ante riesgos imprevistos; no obstante, las transfusiones no están exentas de ocasionar una enfermedad combinado protrombínico a la intervención quirúrgica, por lo tanto, existen elementos de convicción suficientes para demostrar el nexo causal correspondiente.

Ahora bien, frente a los procesos de responsabilidad por actos médicos en casos gineco-obstétricos, es importante mencionar que no están relacionados únicamente al surgimiento de enfermedades a raíz del proceso de transfusión sanguínea, sino también, por la falta de bancos de sangre e implementos correspondientes a la realización de dicho procedimiento.

c) Recursos e instrumentos para el acto médico

Es importante mencionar que esta obligación no recae exclusivamente sobre el personal médico porque el deber funcional es del centro hospitalario y/o de la salud, puesto que, debe disponer de los instrumentos, herramientas y recursos respectivos según el nivel de atención y así lograr una efectiva prestación del servicio de salud.

Por consiguiente, no se trata únicamente de contar con el recurso humano idóneo para la prestación del servicio según el nivel de atención, sino también, de disponer de servicios ambulatorios, servicios de emergencias y los instrumentos correspondientes para identificar el nivel de complejidad y/o la realización de los procedimientos requeridos según la necesidad y emergencia

correspondiente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 8380, 1994).

Por tal motivo, es indispensable atender los deberes propios del acto médico para salvaguardar las vidas, el estado de salud física, psíquica y psicológica de los individuos, aun cuando, el propio acto médico, en casos de procedimientos gineco-obstétricos, implica un alto grado de complejidad y es indispensable contar con los elementos necesarios para reducir los riesgos y hechos que generen casos de responsabilidad médica.

7.3. Falencias en la responsabilidad médica en actos obstétricos

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario relacionar los factores más recurrentes que han generado la responsabilidad médica en los actos obstétricos, de tal forma que se resumen a continuación:

Tabla 5. Factor generador de la responsabilidad médica en actos obstétricos

CAUSAS	DEFINICIÓN	TIPOLOGÍAS	SENTENCIA
EMBARAZO ECTÓPICO	Es aquel tipo de embarazo cuando un óvulo fecundado se implanta y crece por fuera de la cavidad principal del útero.	Se presenta principalmente las siguientes (i) embarazo abdominal; (ii) embarazo tubario – ruptura de la trompa de Falopio; (iii) embarazo ovárico; (iv) embarazo cervical; (v) cornual; (vi) intaligamentoso; (vii) embarazo mural	En la sentencia del Consejo de Estado Rad. 36257 del 22 de junio de 2017 C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, relata los hechos del deceso de la mujer gestante y el neonato por ocasión de un embarazo prolongado no atendido y por la falta de cuidado y diligencia en el tratamiento, debido a que pese a que el centro hospitalario conocía del diagnóstico no le brindó el tratamiento adecuado para reducir los riesgos tales como contracciones uterinas irregulares con expulsión del tapón mucoso, ocasionando una atonía uterina

<p style="text-align: center;">EMBARAZO MOLAR O MOLA HIDATIFORME</p>	<p>Es cuando se presenta un tumor que se desarrolla en el útero a causa de un embarazo no viable</p>	<p>Se presentan lo siguiente: (i) mola hidatiforme completa, incompleta o parcial; (ii) enfermedad trofoblástica.</p>	<p>En la sentencia del Consejo de Estado con radicado 16098 del 3 de mayo de 2007 C.P. Enrique Gil Botero, expone que debido a la falta de diagnóstico y el procedimiento médico ocasionado a raíz de la operación de los quistes en los ovarios y los miomas uterinos; sin embargo, el profesional de la medicina le práctico a aquella mujer una histerectomía sin previa autorización; previo estudio de patología de los órganos extraídos se identificó que dicha mujer tenía un feto de 12 semanas de gestación con mola hidatiforme parcial.</p>
<p style="text-align: center;">EMBARAZO CON FETO RETENIDO</p>	<p>Es cuando se presenta una muerte fetal temprana con retención y feto muerto.</p>	<p>Se presentan principalmente por ocasión de (i) demora en el tratamiento y diagnóstico; (ii) falta de diligencia y cuidado; (iii) detención del desarrollo del embrión.</p>	<p>En la sentencia del Consejo de Estado con radicado 28804 del 28 de agosto de 2014 C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, expresa que por ocasión al dilatamiento uterino de la mujer y, posteriormente, el desarrollo de una hemorragia, pese a que, la mujer gestante ya disponía de las semanas para el alumbramiento no la atienden en las fechas señaladas. Pese a lo anterior, la madre gestante pierde al neonato por ocasión a una indebida atención para el alumbramiento.</p>
<p style="text-align: center;">CAUSAS MÚLTIPLES DE ABORTOS</p>	<p>Es cuando se presenta complicaciones por infecciones, hemorragias y embolias.</p>	<p>Principalmente se presenta por: (i) placenta ácreta; (ii) desprendimiento prematuro de placenta; (iii) ruptura de útero; (iv) laceración obstétrica vaginal y de pelvis</p>	<p>En la sentencia del Consejo de Estado con radicado 37493 del 2 de mayo de 2017 C.P. Stella Conto Díaz de Castillo, referencia entre los hechos principales que por falta de atención diligente pese al historial clínico que disponía la paciente (dos abortos anteriores por ocasión de toxoplasmosis y paludismo) con edad de 35 años, presentaba infección</p>

			urinaria, esto por ocasión a que no hubo atención especializada y generó un hemorragia en la placenta por la adhesión de la pared endometrial, como consecuencia, generó el aborto inducido del neonato y la muerte de la mujer gestante.
TRANSTORNOS HIPERTENSIVOS Y PROTEINURIA	Se presenta con el aumento de proteínas en orina por los cambios renales del embarazo.	Por ocasión de estos trastornos pueden presentarse: (i) preclamsia; (ii) síndrome HELLP; (iii) eclampsia.	En la sentencia del Consejo de Estado con radicado 21190 del 12 de agosto de 2011 C.P. Danilo Rojas Betancourth señala que se declaró la responsabilidad administrativa debido que la atención a la mujer gestante no fue oportuna por ocasión a que está se presentó con claros síntomas de preclamsia, esto implica que debió ser hospitalizada para la administración de medicamentos y la observación permanente de su evolución, adicionalmente, necesitaba una atención inmediata; pero, dicha atención fue recibida cuando su estado de salud estaba deplorable debido a la falta del profesional de anestesiología no desarrollando prioridades ante dichas eventualidades.
COMPLICACIONES DURANTE EL EMBARAZO	Se presenta por ocasión principalmente durante el desarrollo del deber de cuidado y tratamiento.	Se presentan los siguientes eventos: (i) complicaciones cardíacas tales como paro cardíaco, falla e insuficiencia cardíaca; (ii) complicaciones pulmonares neumonitis por aspiración de meconio.	En la sentencia del Consejo de Estado con radicado 29590 del 10 de septiembre de 2014 C.P. Enrique Gil Botero, declaró la responsabilidad administrativa por cuanto durante el proceso de parto se presentó una expulsión de meconio en el que se mezcló con el líquido amniótico generando falta de oxígeno en el cerebro -hipoxia cerebral- de forma irreparable quedando el

			menor de forma vegetativa de por vida.
COMPLICACIONES NO OBSTÉTRICAS	Se presenta por ocasión a síntomas preexistentes en la persona y/o por ocasión durante el embarazo pero que si es identificado se puede diseñar un tratamiento que controle los riesgos de los mismos.	Se presentan los siguientes eventos: (i) diabetes; (ii) hipertensión; (iii) cardiopatía; (iv) nefropatía hipertensiva; (v) tuberculosis; (vi) sífilis; hepatitis; (vii) anemia; (viii) enfermedades endócrinas	En la sentencia del Consejo de Estado con radicado 34578 del 1 de agosto de 2016 C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, expone que por ocasión a las fallas en la atención inicial incrementó el riesgo por las complicaciones e indebido tratamiento oportuno a la hipertensión y, es por esto que se presentó una grave lesión neuro cerebral de la menor. Si bien es cierto, la sentencia no aduce que dicho daño fue por ocasión a la hipertensión de la menor, fue un hecho que si se trataba y controlaba los riesgos se pudiese evitado dicho daño antijurídico.
EMBARAZO MÚLTIPLE	Se presenta por ocasión de gestaciones que complican el proceso de alumbramiento.	Se presentan los siguientes eventos: (i) embarazo gemelar; (ii) embarazo múltiple; (iii) feto papiráceo	En la sentencia del Consejo de Estado con radicado 43646 del 30 de agosto de 2017 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, relata que por ocasión de la falta de diligencia por ocasión a la demora injustificada para tramitar órdenes y realizar los exámenes y tratamientos pertinentes debido a que la mujer gestante disponía de un embarazo gemelar; lo anterior, fue por ocasión a que no tuvo un diagnóstico para establecer la viabilidad de una cirugía fetal, por tal motivo, perdió la oportunidad de que el embarazo culminará con el nacimiento de sus dos hijas.

Elaboración propia. Fuente: (PAHO, 2012)

Sumado a lo anterior, hay eventos en que se presentan casos de responsabilidad médica por casos obstétricos diferentes a los relacionados con anterioridad, tales como las lesiones por ligamentos pelvianos con ocasión

de una histerectomía (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 4094, 2011), embolias por el líquido amniótico debido a un coágulo sanguíneo y, los hallazgos anormales por el alumbramiento o por ocasión de la omisión de un oblitio quirúrgico (Consejo de Estado, Sección Tercera, P. 17276, 2008).

7.4. El aborto y la despenalización en Colombia

El aborto, definido por la OMS (2004) citado por (Betancur, 2006) como la “interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno”, difiere de lo planteado por Garraud y Stoppato, citado por Muñoz (2017), quienes lo determinan como aquella “expulsión prematura del producto de la concepción”. En este sentido, es importante resaltar que el aborto no se concede únicamente por términos eugenésicos sino que también se otorga para salvaguardar la vida de las mujeres gestantes, por lo tanto, no se podría conceptualizar el aborto solamente como la no viabilidad del feto fuera del vientre, porque hay que resaltar las consideraciones terapéuticas y la aplicación del derecho a la autodeterminación que ostenta las mujeres, por ello, considero que el concepto de la OMS es errado, puesto que, no toma en consideración estos factores anteriormente reseñados.

Es importante resaltar que el aborto es una práctica antigua pero notablemente rechazada y/o secreta entre las comunidades y sociedades, principalmente las que están bajo el yugo católico, dado que, esta considera que el óvulo es la generación de la vida otorgada por Dios y el ser humano no podrá disponer de esta voluntad divina (Dalén, 2011), menos aún, podría estar en contravía de dicha decisión sin importar el derecho a la vida de la mujer

gestante, como tampoco, la dignidad humana del menor concebido si nace con enfermedades que puedan colocarlo en peligro en un futuro.

Pese a lo anterior, en las sociedades prehispánicas esta práctica era implementada con el fin de controlar el crecimiento demográfico, preponderando el género masculino, siendo abortados los fetos de género femenino y aquellos que tuvieran defectos congénitos porque no podían realizar las actividades comerciales y/o agrícolas respectivamente, hasta la llegada de los españoles donde se castigaba y prohibía esta práctica por las razones expuestas, situación que continúa en algunos países (Cely, 2013, pág. 33).

Sin embargo, las prohibiciones y castigos no restringieron estas prácticas pues se realizaban de forma clandestina ocasionando graves afectaciones por infecciones y la muerte durante el procedimiento. Es por esto, que ha manera de reivindicación de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, se dio origen a movimientos sociales en los años sesenta para principalmente lograr la despenalización o legalización del aborto (Betancur, 2006).

Fue hasta el año 2006, en el que se emitió la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional, en la que se autoriza la despenalización parcial del aborto bajo tres escenarios, siempre que se consideren los elementos materiales probatorios, aunque sigue estando en contravía y en detrimento del derecho a la autodeterminación de la concepción y los derechos sexuales y reproductivos (Sierra, 2014), siendo estos los siguientes:

Tabla 6. Causales y requisitos del IVE

CAUSAL	REQUISITO
1.- Cuando el embarazo constituye el peligro para la salud o la vida de la mujer.	Certificado de un médico.
2.- Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida.	Certificado de un médico.
3.- Cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento (violación), abusivo, o, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto.	Copia de la denuncia por violación interpuesta por autoridad competente.

Fuente: (Gómez, Niño, & Patiño, 2016)

Es una carga desproporcionada por cuanto establece una obligación a las mujeres gestantes que quieren acceder a su derecho de forma libre y autodeterminada, puesto que, en concordancia con las causales para la despenalización, deberá contar con un certificado médico que acredite las causales primera y segunda respectivamente. Lo anterior, implica volver a revictimizar a la fémina, al recordar los hechos ocasionados a causa del acto ilícito para otorgar la credibilidad y dar cumplimiento a la Causal 3, siendo esta, una situación que va en contra de la madre, al no poder decidir sobre su cuerpo, desconocer su propia voluntad y no proteger sus derechos reproductivos y sexuales, a la vez, que su propia vida e integridad personal (Echeverry, K, A., 2016).

Por consiguiente, la despenalización del aborto se entiende de forma controversial, entre la facultad de la mujer gestante de decidir bajo su propia voluntad, el garantizar el derecho a la maternidad deseada, saludable y segura y, el derecho a la anticoncepción frente al del nasciturus a nacer (Morillo, 2008). Esto quiere decir, que este derecho se encuentra en medio de otros, como el de la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía

procreativa de la mujer, contra el valor de la vida del concebido no concebido (Muñoz, 2017).

En virtud de ello, la Sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006, estableció lo siguiente:

“La protección a la vida del feto no podía protegerse en detrimento de la mujer gestante en ejercicio pleno de sus derechos, en tanto que ser autónomo, libre, dueña de su cuerpo y de su proyecto de vida, pero, el ejercicio de dicha práctica se realizará bajo las causas antes señaladas” (Corte Constitucional, Sentencia C-355, 2006).

Agregando a lo anterior, integran esta causal, las malformaciones que ocasionan la inviabilidad de la vida del feto o del menor. Entre las más comunes se encuentran: Síndrome de Down, Síndrome de Marfan, Síndrome de Potter, Síndrome de Aspiración de Meconio y Eritroblastosis fetal, las cuales, se caracterizan por:

- **Eritroblastosis fetal:** Manifestación de anemia que ataca los glóbulos rojos del niño ocasionado por la incompatibilidad entre el tipo de sangre de la madre y del concebido.
- **Síndrome de Potter:** Insuficiencia renal generada por la falta de líquido amniótico, a esto se le denomina como oligohidramnios, ocasionando extremidades anormales o sostenidas en posiciones anormales y/o la paralización del funcionamiento habitual de los pulmones.
- **Síndrome de Marfan:** Trastorno que afecta el tejido conectivo en el gen de la fibrilina, ocasionando problemas en el corazón y los vasos sanguíneos.
- **Síndrome de Down:** Se presenta por tener una copia adicional al cromosoma 21, por esta condición, puede nacer con enfermedades cardíacas, demencia, problemas en los órganos vitales y/o el

esqueleto. No obstante, sólo podría realizarse el IVE, cuando dicha malformación presente síntomas severos que comprometan al que está por nacer.

- **Aspiración del meconio:** Se presenta cuando el recién nacido aspira una mezcla de meconio y líquido amniótico, esto puede obstruir parcial o completamente las vías respiratorias y generar la inactivación del agente tensioactivo, sustancia natural que ayuda a la expansión de los pulmones.

Debido a lo anterior, si la mujer gestante dispone de un concebido con algunas de estas enfermedades, podría estar cobijada bajo los parámetros de la sentencia que permitió la IVE.

Tabla 7. Condiciones del aborto en el derecho comparado

CONSAGRACIÓN DEL ABORTO	PAÍSES
Se permite, aplicando un sistema de plazos.	USA, Canadá, Guayana, Cuba, Uruguay y Puerto Rico
Se prohíbe, excepto si coloca en peligro la vida de la fémina.	Nicaragua, Chile, El Salvador y República Dominicana
Se prohíbe, excepto si está en peligro la vida de la fémina o el embarazo es producto de un delito sexual.	Argentina y Ecuador -en estos países debe ser una persona con déficit mental -Guatemala, Brasil y Bolivia-.
Se prohíbe, excepto si existe peligro para la salud o la vida de la fémina, si el nasciturus ostenta defectos o fue producto de un delito sexual.	Colombia, Belice y Panamá
Se prohíbe, excepto si existe peligro para la salud o la vida de la madre y el feto tiene defecto o es producto de un delito sexual.	Colombia, Belice y Panamá

Fuente: (Sierra, 2014)

En relación con el cuadro anteriormente referenciado, el sistema de plazos hace referencia a que la fémina tiene la decisión de interrumpir su gestación durante la primera fase, a diferencia del sistema puro de plazo que establece

la concepción prenatal y genera garantías mediante el asesoramiento preventivo, pero no implica que se vulneren los derechos reproductivos y sexuales (Antón & Arnau, 2012).

Por tal motivo, en el próximo cuadro se mencionarán las características otorgadas a raíz de la consagración de los derechos sexuales y reproductivos, a la autoconcepción y autodeterminación (Quiroga, 2001), en los siguientes países:

Tabla 8. Comparativo de la interrupción voluntaria del embarazo

PAÍS	ORIGEN	CARACTERÍSTICAS
ALEMANIA	<p>En 1927, se legalizó por vía judicial el aborto legal y seguro por ocasión terapéutica; no obstante, en la imposición del nazismo el aborto era castigado con la pena de muerte. En 1976, se legalizó el aborto hasta las 12 semanas por razones terapéuticas y emocionales con dictamen de dos profesionales médicos (Priester, 2014). El 18 de mayo de 1993, el Tribunal Constitucional Federal, estableció que el IVE no será punible dentro de las doce (12) primeras semanas de gestación (Domingo, 1994), debido a que se presentaba la antijuridicidad mediante la Ley de Asistencia a Mujeres en Situación de</p>	<p>I. La IVE, se podrá llevar a cabo durante las primeras doce (12) semanas siempre que la mujer gestante asista a un centro de consulta de gestación. II. Aunque no ostenta la tipicidad jurídica, se establece una antijuridicidad, por eso, no pueden ser practicados por el Sistema de Seguridad Social a excepción de quienes no ostenten recursos económicos para proteger este derecho bajo los siguientes motivos (i) terapéuticos; (ii) eugenésicos; (iii) por consecuencia de una violación.</p>

	Embarazo y a Familias de 1995, en consecuencia, el Parlamento estableció que no habría antijuridicidad siempre que se realizara dentro de las primeras doce (12) semanas y la asistencia de centros de consulta (Steiner, 1993).	
FRANCIA	El movimiento "Choisir" (<i>Elegir</i>) de la década de los 70`s por abortos clandestinos, ocasionó problemas de salubridad pública y la judicialización de las mujeres (Alberdi, 1981). En enero de 1975, se expide ley por parte del Ministerio de Salud en el que permitió la IVE sin necesidad de aducir ninguna causal específica dentro de las 10 semanas de gestación, pero, si la vida de la fémina se encuentra en riesgo, podrá hacerlo en cualquier momento como lo estableció la Ley 7517 del 17 de enero.	<p>I. Mediante la Ley 223-10 se penaliza la IVE sin la voluntad de la solicitante.</p> <p>II. En 1982, se estipuló que el derecho al aborto se incluiría dentro de las prestaciones de la seguridad social.</p> <p>III. A partir de 2001, la IVE se podrá realizar dentro de las primeras doce semanas de gestación.</p> <p>IV. Mediante la Ley 2001-588 del 4 de julio de 2001, las féminas menores de edad ya no tendrían la obligación de buscar la autorización de los padres para practicarse el IVE y permite la posibilidad de elegir la técnica utilizada (Labrador & Pieiga, 2001).</p> <p>V. La implementación de medicamento para IVE mediante misoprostol/mifepristona implementada durante las 49 semanas de gestación para su efectividad (Labrador & Pieiga, 2001).</p>
	La Constitución de 1978 consagró derechos fundamentales, siendo estos, los de la libertad sexual y reproductiva, la	I. La IVE se podrá implementar entre las primeras 14 semanas de gestación.

<p style="text-align: center;">ESPAÑA</p>	<p>educación sexual y la autodeterminación reproductiva. A través de la Ley 9 de 1985 se despenalizó el aborto; sin embargo, fue mediante la Ley Orgánica 2 del 3 de marzo de 2010 estableciendo el derecho al libre aborto.</p>	<p>II. Debido a causas médicas, cuando (i) exista riesgo de ocasionar graves anomalías al feto previamente con dictamen de dos médicos especialistas; (ii) presenta anomalías fetales incompatibles con la vida de la fémima gestante y el feto, previo dictamen y consentimiento expreso; (iii) detección en el nasciturus de una enfermedad extremadamente grave e incurable bajo las causales expuestas del IVE, entre las 22 semanas de gestación; a excepción de la segunda causal que podrá realizar la IVE en cualquier momento.</p> <p>III. Sólo para la aplicación de esta normativa, se entenderá que la mujer es mayor de edad si ostenta tener más de 16 años (La Constitución de 1978 establece que es mayor de edad quien tenga más de 18 de edad) y quien sea menor de edad deberá tener el permiso del representante legal para realizar la intervención quirúrgica.</p> <p>IV. Antes de la expedición de dicha normatividad no se imputaba el delito del aborto siempre que este realizara el IVE por causas médicas en pro de la fémima gestante y se realizara en centros hospitalarios con previo dictamen, asimismo, si la gestación fue por ocasión de una violación.</p>
--	--	---

ITALIA	En la Ley 194 del 22 de mayo de 1978, se estableció la protección de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres específicamente sobre la IVE.	I. La IVE se podrá adelantar dentro de los primeros noventa días, cuando exista serio peligro para la salud física o psíquica de la madre, por sus condiciones socioeconómicas o familiares y, en caso de la concepción por delito sexual. II. Se implementará la IVE por (i) malformaciones del feto que puede colocar en peligro la salud física y psíquica de la fémina. III. La IVE dispone de un sistema de causales y semanas de gestación, pero no está definido en el Código Penal.
---------------	---	---

Elaboración propia. Fuente: (Sierra, 2014)

Según lo expresado por Ana Guèzmes (2004) citado por (Vignoli, 2017), los países que presentan mayor índice de participación son los que tienen más garantías de protección de los derechos reproductivos y sexuales de las féminas, pero, ostentan una permisividad del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en un plano determinado, superado este término, estarán bajo causales como las situaciones terapéuticas, eugenésicas y por consecución de los delitos sexuales.

Sin embargo, en los países relacionados en el siguiente cuadro, se protegió y consagró el derecho al aborto posterior a los países referenciados anteriormente; asimismo, no se otorga una protección completa solamente bajo las causales, esto quiere decir, que el aborto no es libre y autodeterminador. Es importante resaltar las afectaciones económicas porque

como lo veremos más adelante esto es considerado una afectación patrimonial, siendo este resumido de la siguiente manera:

Tabla 9. Comparativo en origen y características de la interrupción voluntaria del embarazo

PAÍS	ORIGEN	CARACTERÍSTICAS
GUYANA	Aunque el aborto era ilegal y tenía criterios de punibilidad, la ineficiencia de la norma y las infecciones intrahospitalarias, por ocasión de los abortos clandestinos, generaron que en 1995 entrara en vigor la Ley de Terminación Médica del Embarazo, que establecía el IVE de forma legal y segura (IPPF, 2018).	<p>I. La IVE se realizará antes de las ocho semanas sin causales para adelantar dicho procedimiento.</p> <p>II. Entre las 8 y 12 semanas la IVE se podrá interrumpir bajo los siguientes contextos: (i) Colocar en riesgo a la mujer o lesionar su salud física o mental -teniendo en cuenta aspectos socioeconómicos actuales y futuros de la mujer-; (ii) El feto presenta anomalía física o mental que ocasione seriamente una incapacidad a futuro; (iii) La mujer gestante es demente y no está en capacidad mental de cuidar al concebido; (iv) La mujer razonablemente cree que su embarazo fue por consecuencia de una violación o incesto; (v) La mujer sabe que es VIH positivo; (vi) Si hay evidencia clara que el embarazo ocurrió a pesar de la implementación de un método anticonceptivo reconocido.</p> <p>III. Después de las 16 semanas se podrá realizar la IVE siempre que corra riesgo la vida de la mujer o se lesione la integridad física o mental de la fémica como al concebido.</p>
	En 2004, se promulga la Ley de Elección sobre la terminación del embarazo para aumentar el acceso al	I. La IVE se implementará entre las primeras doce semanas de embarazo sin restricción alguna y con la manifestación expresa de la fémica gestante.

<p>SUDÁFRICA</p>	<p>IVE (Boland & Katzive, 2009)</p>	<p>II. Durante la semana 13 y 20 está permitido el IVE si (i) el embarazo constituye riesgo ocasionando un daño a la salud de la fémmina; (ii) riesgo sustancial en que el nasciturus ostente una anormalidad psíquica o física severa; (iii) el embarazo es el resultado de un incesto o violación; (iv) el embarazo puede afectar económicamente o socialmente de forma significativa a la mujer.</p> <p>III. Descentralizó la autoridad reguladora sobre el acceso al IVE de acuerdo al cumplimiento de los requisitos establecidos.</p> <p>IV. Después de las 10 semanas de gestación se puede interrumpir por (i) el feto se encuentra en riesgo o peligro; (ii) la vida de la fémmina está en situación de peligro; (iii) el feto resulta con una malformación.</p> <p>V. Establece un sistema de causales y el aborto no se encuentra tipificado como delito dentro del ordenamiento jurídico penal.</p>
<p>ESTADOS UNIDOS</p>	<p>En la Sentencia Rose vs. Wade de 1973, la Corte Suprema, declaró inconstitucional la prohibición del aborto en el Estado de Texas, por tal motivo, ningún Estado podía prohibir la IVE dentro de los primeros meses.</p>	<p>I. La IVE se podrá implementar durante las primeras doce semanas.</p> <p>II. El consentimiento informado es indispensable para generar la IVE como parte esencial del derecho a la autoconcepción y autodeterminación, pero este, debe ser propio y no ser de los padres ni los esposos de las fémminas gestantes porque se debe respetar el derecho a la vida privada y el derecho reproductivo (Caso Planned Parenthood of Central Missouri</p>

		<p>V. Daforth, 1976), tampoco será por una autorización judicial para menores de edad (Caso Belloti V. Baird, 1979).</p> <p>III. El IVE está relacionado con el derecho a la privacidad, esto supone implementar métodos anticonceptivos con o sin pareja, asimismo, la posibilidad que la fémina decida terminar su embarazo de forma voluntaria.</p> <p>IV. El IVE se podrá implementar (i) el embarazo genera lesiones permanentes en la fémina gestante; (ii) el embarazo es producto de una violación; (iii) el nacimiento del niño tendrá discapacidad física o mental permanente (Caso Doe vs. Bolton, 1973).</p>
URUGUAY	<p>A partir de 1985 se buscó implementar la adecuación de la Ley 9763 de 1938 que restringía la interrupción voluntaria del embarazo, pero solo hasta 2012, mediante la Ley 18987, se logró la consagración del derecho al IVE (Gómez & Carril, 2020).</p>	<p>I. La IVE podrá solicitar el procedimiento entre las doce primeras semanas de gestación, pero debe ostentar una valoración de los profesionales médicos (ginecólogo, psicólogo y asistente social) y la rectificación de la voluntad de la mujer.</p> <p>II. Si la interrupción voluntaria del embarazo es por ocasión de (i) malformaciones del feto que hacen su vida inviable; (ii) el proceso de gestación pone en riesgo la vida y salud de la mujer; (iii) el embarazo se constituyó producto de un ilícito ocasionado a raíz de un delito sexual. Bajo estos factores se podrá acceder de forma permisiva a la interrupción del embarazo en cualquier semana de gestación.</p>

Elaboración propia. Fuente: (IPPF, 2018; Hoz, 2016)

Aunque hay avances en dichos países, el derecho al aborto debe ser libre, voluntario y autodeterminado, puesto que, se consagra bajo las causales respectivas. Es importante manifestar que la Unión Africana adoptó el Protocolo de Maputo, en el que consagró que las mujeres ostenten el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo dado el reconocimiento a la protección de los derechos reproductivos y sexuales.

7.5. La interrupción voluntaria del embarazo en Colombia

En Colombia las cosas no han sido distintas, puesto que, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo ha tenido luchas históricas para generar garantías, aunque esté consagrado bajo las causales terapéuticas, eugenésicas y por ocasión de un ilícito tras la concepción por violación sexual, es por esto, que en la actualidad las mujeres continúan accediendo a los abortos en el marco de la ilegalidad (Lemaitre, 2009) citado por (Hoz, 2016). De igual manera, la institucionalidad, a través los prestadores del servicio de salud, disponen de obstáculos para que las mujeres no puedan acceder a este derecho, lo cual, ha generado que se reduzca tan sólo el 0,08% de dichos abortos clandestinos (Minsalud, 2014; UNFPA, 2014) citado por (Hoz, 2016).

En el estudio *Millones de mujeres no tienen acceso a la planificación familiar en el mundo (2014)*, se evidenció que la tasa anual sigue en aumento todos los años:

“Para 2008 se estimaron 39 abortos por 1.000 mujeres de 15 a 44 años; en 1989 eran 36 por 1.000 mujeres. Según el mismo estudio, Bogotá y la región Pacífica -66 y 54 abortos por cada 1000 mujeres respectivamente- son las zonas en las que se presentan las tasas más altas de aborto. En 1992, aproximadamente el 23% de las mujeres colombianas entre los 15 y los 55 años

declararon haber tenido un aborto; para el 2008, una de cada 26 mujeres dijo haber tenido un aborto inducido (UNFPA, 2014) citado por (Hoz, 2016).

Teniendo en cuenta las estadísticas de nacimientos y defunciones realizadas por el DANE en la vigencia 2018, se evidenció que los departamentos con mayor incidencia de abortos clandestinos han sido Bogotá y Antioquia, ocasionando 49 muertes en cada uno de ellos.

Adicionalmente, el índice de mortalidad materna en Colombia es de 130 por cada 100.000 nacidos vivos, tal como lo referencia la OMS (2012) debido a los siguientes factores:

- El 35% de la mortalidad materna se ha desarrollado por la toxemia.
- El 35% presentan defunción por las complicaciones del trabajo de parto.
- El 16% de las féminas presenta mortalidad por ocasión de abortos sin conocer si es producto de la clandestinidad y/o por ser inducido.
- El 8% por ocasión de las complicaciones del puerperio.
- El 7% dado por las hemorragias durante el proceso de gestación.

No obstante, los movimientos sociales han buscado la implementación del aborto como un derecho pese a las disposiciones penales que castigan su práctica, así, fue manifestado en el Código Penal de 1837, que estipulaba el aborto terapéutico, pero restringía los demás así fuera consentido y no consentido. Posteriormente, el Código Penal de 1936, restringió las causales para desarrollar este derecho.

En 1975, el senador Iván López Botero, presentó la propuesta legislativa que otorgaba el derecho al aborto -después fue conocido como Interrupción

Voluntaria del Embarazo- bajo las siguientes circunstancias: (i) Interrupción del embarazo hasta las 12 primeras semanas para proteger la vida o salud de las féminas siempre que estuviese científicamente probado por una enfermedad o lesión genética incurable; (ii) el requisito son dos dictámenes médicos que certifiquen dicha condición, la fémina debía ser mayor de 15 años y, si la gestante era casada, debía contar con la autorización del esposo (Dalén, 2011). Esto significa que la libertad sexual era limitada y restringida, porque se lograba a partir de autorizaciones y permisos ajenos a su propia voluntad. Posteriormente, en 1979, se modificó del Código Penal, principalmente donde se incluyó la causal de la despenalización siempre que el embarazo fuese consecuencia del acceso carnal violento o abusivo y fuera comprobado ante un juez. Aunque fueron propuestas legislativas de gran relevancia estas no fueron aprobadas.

Fue hasta 1980 que se otorgó el derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, a honoris causa, sólo a mujeres con buena fama, lo cual, equivalía a que tuvieran buena condición socioeconómica, pese a que surgieron movimientos feministas que manifestaban su voluntad de autoconciencia y libertad sexual sin restricciones, limitaciones y/o comprobación, que este derecho fuera libre y voluntario, tal como se rectificó con la suscripción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Esta propuesta legislativa evidencia dentro de su exposición de motivos, que la interrupción voluntaria del embarazo es un problema social que afecta a las mujeres con más baja condición económica y, que, debido a este proceso que se adelanta de forma clandestina, se pone en riesgo la vida de

las fémininas. Posteriormente, en el año 1987 y 1989, se presentaron propuestas legislativas que no consagraban la autorización del esposo y, adicionaban dos causales, siendo estas, que la mujer fuera drogadicta con problemas físicos y, si el proceso de gestación dejaba en riesgo la salud física y psíquica, además de su condición socioeconómica o familiar.

Sin embargo, en las propuestas legislativas del noventa, se consagraba que la interrupción voluntaria del embarazo es una manera de manifestar el derecho sexual y reproductivo, como mecanismo de aplicabilidad del derecho a la libertad de opción a la maternidad.

Fue con la expedición de la actual Constitución y por las obligaciones adquiridas en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo, la Convención de Belém do Pará, la Conferencia Mundial de Beijing y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que se reconocieron los derechos reproductivos, sexuales y a la autodeterminación conceptiva, desarrollados mediante (i) recibir métodos anticonceptivos; (ii) acceder a los servicios del IVE; (iii) acceder a tratamientos de infertilidad; (iv) reproducción asistida.

La protección de estos derechos según Simone de Beauvoir (1949), tiene el objetivo de reducir las desigualdades ocasionadas en las siguientes acciones, y por tal motivo, los derechos están basados en:

- Ausencia de toda clase de violencia, coacción o abuso.

- La capacidad de mujeres y hombres de disfrutar las relaciones sexuales de forma satisfactoria.
- El acceso al servicio de salud para prevenir y tratar infecciones, dolencias y enfermedades de transmisión sexual.
- El reconocimiento de la independencia entre la reproducción y la sexualidad.

Pese a los cambios constitucionales, se emitió la Sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 1994, que consagraba la constitucionalidad de la sanción penal de quien interrumpía el embarazo de forma voluntaria, basado en:

- (i) La protección del derecho a la vida es un deber del Estado desde la concepción misma.
- (ii) El derecho de la pareja sobre el número de hijos debe ejercerse antes de la concepción y no durante la gestación.
- (iii) La penalización surge al provocar la muerte de seres no nacidos.

Lo anterior, es concordante con la expedición de la Sentencia C-195 de 1995, al determinar que la existencia de la persona inicia desde que el feto se desprende de la madre, pero, el derecho a la vida debe protegerse desde el momento de la concepción, siendo este, uno de los argumentos de la iglesia católica al hacer alusión que la vida humana surge a partir de la formación del cigoto, creando a su vez, una contradicción interpretativa del mismo ordenamiento jurídico (Hoz, 2016).

Por lo tanto, la Iglesia Católica es la expresión del patriarcado que impide la conquista de los derechos reproductivos de las féminas, específicamente, la libre autodeterminación y concepción (Luna, 2004), fundamentos

controversiales en el sistema jurídico, asimismo, comparables con otras religiones como la musulmana al estipular que en el transcurso de los primeros 40 días el embrión recibe el espíritu, o la judía, que admite el diagnóstico prenatal antes del día 40 (Badillo & Yunta, 2016). Por otro lado, el budismo busca evitar el sufrimiento y, es precisamente lo que se debe evitar, porque la vida ha de garantizarse desde que el feto se desprende de la fémina gestante, y no desde la concepción misma, por consiguiente, evidencia que persiste y no limita el derecho a la libertad sexual (Hoyos, 2005).

La Sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006, surge a partir del proyecto colaborativo denominado LAICIA, que buscaba la despenalización total o parcial del aborto, como también, la implementación de programas y proyectos que protegieran el derecho a la libertad sexual bajo las concepciones de la salud pública, equidad de género y justicia social (Gómez C., 2006) citado por (Dalén, 2011), a causa de las prácticas clandestinas que se desarrollan en Colombia, aproximadamente 300.000 por cada año (Koch, y otros, 2012) citado por (Zamudio, Rubiano & Wartenberg, 1999) y, el cerca de un cuarto de las féminas que han tenido un aborto inducido (Zamudio, Rubiano & Wartenberg, 1999).

Aunque la sentencia referenciada estableció el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo bajo las causales correspondientes, en la vigencia de 2009 se realizaron 177 abortos legales al año, de los cuales, el 61,3% se debía a malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, el 20% se consideraron un peligro a la vida o la salud de las féminas gestantes y el 18,7% fueron a causa de incesto y/o violación (PGN, 2011). Los anteriores indicadores serían superiores debido a los requisitos adicionales exigidos que

implican cargas desproporcionadas para ejercer este derecho, tal como lo recordó la ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto en la Sentencia de la Corte Constitucional T-388 de 2009, siendo las más comunes:

- Evidencia forense de penetración sexual.
- Solicitar que la violación sea rectificada por el juez.
- Elementos materiales probatorios que certifiquen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva.
- Solicitar que un oficial de policía certifique la veracidad expuesta por la fémina sobre los hechos de abuso sexual violento y/o sin consentimiento.
- Exigir que la fémina previamente obtenga permiso por parte de sus progenitores y/o esposo o compañero permanente.

Tal como lo expresa la Sentencia de la Corte Constitucional T-388 de 2009, que sistematiza los mecanismos que impiden, restringen y/o limitan adelantar el proceso de interrupción voluntaria del embarazo, siendo estos los siguientes:

- “Realizar juntas médicas de revisión o de aprobación por auditores que generen una espera injustificada.
- Suscribir pactos individuales conjuntos para negarse o practicar la interrupción del embarazo.
- Impedir a las niñas menores de 14 años realizar el consentimiento para adelantar el IVE cuando sus progenitores no están de acuerdo con la IVE.
- No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de IVE.
- Dictámenes de medicina forense.

- Ordenar exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna” (Corte Constitucional, Sentencia T-388, 2009).

Sumado a lo anterior, se han consagrado alegaciones de objeción de conciencia colectiva que desencadenan, a su turno, en objeciones de conciencia institucionales e infundadas, asimismo, la solicitud de autorizaciones por parte de familiares, progenitores, asesores jurídicos, auditores, médicos y una pluralidad de galenos que restringen y/o limitan el acceso a este derecho. Por último, la renuencia al descalificar los conceptos médicos expedidos por profesionales en psicología que evidencian el deterioro del estado psíquico de las féminas.

Estas imposiciones arbitrarias y discrecionales de los centros hospitalarios vulneran los derechos fundamentales a la autoconcepción y la libertad reproductiva y sexual de las féminas, por cuanto, al generar y/o solicitar estos mecanismos e instrumentos, se niega de forma relacional el ejercicio del propio derecho (OMS, 2012).

Cabe resaltar, que las sentencias de la Corte Constitucional han despenalizado parcialmente la interrupción voluntaria del embarazo y a su vez, no han establecido un límite temporal para adelantar dicha práctica; sin embargo, esta práctica se llevaría a cabo por consecuencia de violaciones sexuales, toda vez que es difícil de identificar el período y/o semana de gestación, por tal motivo, se recomienda que se desarrolle hasta la semana quince (UNFPA, 2014) citado por (Hoz, 2016).

Los movimientos sociales siguen luchando por la protección de los derechos referenciados y en lograr la despenalización total del IVE, sin embargo, a pesar de las causales aplicables en Colombia, esta práctica continúa realizándose de forma clandestina a causa de las limitaciones arbitrarias del actuar institucional, lo cual, restringe el acceso a la autodeterminación de la concepción y el derecho a la salud.

Es importante afirmar, que los retrasos generados al proceso de interrupción voluntaria del embarazo provocan daños morales y posiblemente físicos, asimismo, secuelas psicológicas en las féminas gestantes, puesto que, tienen que llevar el embarazo y el crecimiento del feto sin desearlo, o la muerte unas semanas después de haber nacido, además, de generar depresión y patologías más extremas que afectan la salud mental de las féminas.

En cuanto a los daños fisiológicos, la demora puede ocasionar un deterioro en el aparato reproductivo de la gestante, la infertilidad por un procedimiento mal practicado o la generación de enfermedades colaterales (Gómez, Niño & Patiño, 2016). Por tal motivo, Jorge Merchán Price (2012), resalta que el acto médico debe garantizar la protección del derecho a la vida, manifestándolo así:

“(…) Y como es obvio que puede concebirse la salud sin la vida, la medicina busca siempre y en todo lugar y circunstancia preservar la vida del enfermo. En ese sentido, el médico sólo es un subordinado de ese fin y nunca lo es, en primera estancia, de la ley ni del estado, de ningún grupo social ni tampoco de ninguna ideología o religión que no respete el valor biológico de la vida (Price, 2012, pág. 34).”

Por consiguiente, la IVE debe proteger la vida que se encuentra y no aquella que está concebida, porque, tal como lo establece el Artículo 90 del Código

Civil, se consagra la existencia legal de la vida de una persona cuando esta se desprende completamente de la fémima, a su vez, el acto médico de los profesionales de la salud debe proteger la vida actual y no la que se encuentra concebida.

En este sentido, la Corte Constitucional ha consagrado lineamientos para proteger los derechos de las mujeres como los mencionados en el presente capítulo, es así, que se establecen criterios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional T-209 de 2008:

- “La objeción de la conciencia solo puede ser manifestada por el médico que participa de forma directa en el procedimiento y no por enfermeros, administradores o personal de anestesiología, por ende, no puede abstenerse en dar información, ni persuadir a cambiar de decisión.
- En casos de urgencia en que persista el peligro inminente para la vida de la mujer y en la jurisdicción sólo haya un prestador del servicio, no se puede alegar la objeción, lo cual, implica que tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales de la fémima.
- Quien manifieste la objeción de conciencia deberá remitir a la mujer gestante a donde un profesional que no sea objetor de conciencia” (Corte Constitucional, Sentencia T-209, 2008).

Adicionalmente, la Circular No. 003 del 26 de abril de 2013 de la Superintendencia de Salud, estableció lo siguiente sobre la objeción de conciencia por parte del personal médico:

“a) Debe presentarse por escrito y de manera individual donde se expongan los fundamentos que impiden al médico ejercer la práctica del procedimiento; b) No puede ser colectiva, ni institucional, ni vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres; c) Quien la alegue debe remitir de inmediato a la mujer a otro médico que esté en condiciones de realizar

el procedimiento; d) los prestadores del servicio de salud deben definir previamente los profesionales médicos que realicen el procedimiento y establecer los mecanismos para determinar si la objeción de conciencia es o no procedente conforme a los parámetros establecidos por la profesión médica y demás normas”.

Por lo tanto, aunque el personal médico ostenta el derecho a la objeción de conciencia, este debe estar fundamentado teniendo en cuenta razones personales con el fin de garantizar los derechos de las féminas, los cuales se dan en los siguientes escenarios, como los menciona Mónica Omaña (2016):

- Derecho a tener el número de hijos elegidos libremente.
- Derecho a la reproducción propia, tanto natural como asistida y en todo caso, consentida.
- Derecho a no tener hijos y a utilizar las medidas contraceptivas legalmente autorizadas.
- Derecho a la vida, intangibilidad genética e integridad y salud física y psíquica del feto.
- Derecho al aborto terapéutico, ético y embriopático.

Para proteger y garantizar el derecho a la IVE, es indispensable que los centros hospitalarios de primer nivel tengan la capacidad de ofrecer el servicio de aspiración endouterina hasta las 15 semanas y los medicamentos necesarios hasta las diez semanas de embarazo. Los centros de atención médica de segundo nivel, deben ofrecer todos los servicios y estar preparados para atender a la mujer gestante bajo cualquier circunstancia y etapa del embarazo. Y en los centros de atención médica de tercer nivel, deberán recibir los casos de mujeres con enfermedades coexistentes, lo cual, implica un trato especial de alta complejidad y disponer de la infraestructura física necesaria y el personal idóneo para dicho procedimiento (Cetina, 2014).

8. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN ACTOS MÉDICOS GINECO-OBSTÉTRICOS EN COLOMBIA DURANTE EL PERÍODO 1991 A 2018

8.1. Generalidades

La jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual en actos y procedimientos médicos gineco-obstétricos en Colombia, ha tenido una variación que se corrobora en dos períodos de tiempo entre 1991 y 2018. El primer período de tiempo, está consolidado entre las vigencias de 1991 a 2000, donde la responsabilidad estatal se otorgaba por falla en la prestación del servicio en centros hospitalarios durante los actos médicos, entendida esta por una omisión, negligencia y/o extralimitación de una acción que ocasiona un daño, adicionalmente, está consagrada mediante la tipología de imputación que es la falla presunta, por cuanto, el demandante debía demostrar el daño y el nexo causal y, la parte demandada debió que adjuntar elementos materiales probatorios que quedará demostrado la diligencia y el cuidado durante el intervención y/o tratamiento, las causales exonerativas y, la experticia y conocimiento idóneo de quienes realizan estos actos médicos.

Esta falla presunta, es concebida a raíz de la consagración del artículo 90 del ordenamiento constitucional vigente, por cuanto el paciente, en este caso, la mujer gestante, no está en el deber jurídico de soportar los daños antijurídicos causados por el ejercicio médico gineco-obstétrico, lo cual, generó que se consagraran nuevos modelos de prestación del servicio, por consiguiente, el mejoramiento de la infraestructura hospitalaria y la capacitación del personal médico (Calderón, Botero, Bolaños, & Martínez, 2011).

Es importante advertir que durante el período comprendido entre las vigencias 2000 al 2005, persistió una variación jurisprudencial en la responsabilidad médica bajo la aplicación de la carga dinámica de la prueba, siendo un avance significativo en los estamentos normativos y jurisprudenciales, toda vez, que el juez determinó, según las reglas de la experiencia, quién estuviera en mejor condición de adjuntar elementos materiales probatorios que den sustento de las afirmaciones jurídicas y fácticas de los actos médicos gineco-obstétricos.

La carga dinámica de la prueba está consagrada mediante los principios de acceso, idoneidad e información del procedimiento, siendo estos determinantes para la selección de la parte del proceso que pueda aportar elementos materiales probatorios contundentes; pese a lo anterior, la aplicación de dicha variación jurisprudencial estaba estipulada en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, esta consagración de la línea jurisprudencial mencionada con anterioridad fue abordada por poco tiempo y, no se aplicó en la responsabilidad administrativa por actos obstétricos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 12123, 2000), por cuanto, durante este período se retornó a la teoría de las sentencias de 1990, siendo éste el segundo período, en las cuales, la imputación se otorgaba por la falla del servicio probada, lo que implicaba que el demandante probara los elementos de la responsabilidad, tales como, que la paciente fue intervenida en el centro hospitalario, las complicaciones y efectos durante la omisión y/o acción del procedimiento, sin abordar los elementos de diligencia y cuidado respectivamente.

Pero, la diferencia a resaltar, consagrada durante este último período, es la implementación de los procesos de aligeramiento probatorio mediante la utilización y aplicación de pruebas indiciarias, abordándose principalmente con teorías foráneas, tales como, la *rep ipsa loquitur*, la culpa virtual, *prima facie*, la probabilidad estadística, conocida también como pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado, con el fin de utilizar todos los elementos materiales de prueba que corroboren los aspectos fácticos y jurídicos del acto médico gineco-obstétrico.

Actualmente, la falla de servicio probada se sigue aplicando pese a la estipulación y vigencia de la carga dinámica de la prueba consagrada en el Artículo 167 del Código General del Proceso. La aplicación de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo al artículo referenciado, es de vital importancia, así lo resaltó el consejero Enrique Gil Botero, al expresar que servirá para dar aplicación del principio de equidad y que la Ley 1564 de 2012, debía ser implementada en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a partir de la vigencia de 2014 (Auto del 6 de agosto de 2014 del Consejo de Estado).

8.2. Primer período: La falla presunta en la responsabilidad extracontractual en actos médicos gineco-obstétricos en Colombia

A partir del año de 1990, se tiende a demostrar la *falla presunta* con relación al problema que podrían tener los demandantes ante el escaso conocimiento sobre la prestación médica impartida, de manera que, se considera una carga desequilibrada, por tanto, en la sentencia del 24 de octubre de 1990, el consejero ponente Gustavo de Greiff, hace distinciones entre la *falla presunta* y la *falla probada*, con respecto a la carga de la prueba, de la siguiente forma:

“La diferencia desde el punto de vista probatorio entre la responsabilidad estatal por falla probada del servicio y por falla presunta, radica entonces, en que, en la primera especie el perjudicado deberá demostrar que existía un servicio que debía prestarse y no se prestó o se prestó mal (por tardanza en hacerlo o por haberse omitido) y que por ello se causó un daño; en cambio, en la segunda especie basta la prueba del daño ocasionado con instrumento que pertenecía al servicio o que de alguna manera estaba bajo su control” (CE Sentencia del 24 de octubre, 1990), citado por (Rojas Echeverry, 2016).

Debido a lo anterior, la falla del servicio médico se aplicaba bajo la imputación de la falla probada, señalando a la parte actora la siguiente carga a demostrar:

“a) Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente porque no se prestó dentro de las mejores condiciones que permitía la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo cuanto a equipo, sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) Que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y c) Que entre aquélla y éste existió una relación de causalidad.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 6754, 1992).

En consecuencia, buscando una distribución equitativa de la carga de la prueba, por lo tanto, no debe recaer en su totalidad sobre el paciente o los familiares, sino también, debe endilgarse la culpa y el accionar sobre la parte demandada, es decir, sobre el centro hospitalario y sus funcionarios, es así, que los procesos de responsabilidad médica deben regirse sobre el principio de equidad, expresando lo siguiente:

“La teoría de la falla presunta del servicio médico estatal, en la medida en que este fallo aborda el cuestionamiento de los criterios tradicionales hasta ahora aplicados en materia probatoria en responsabilidad por daños, planteando la reflexión en torno a la necesidad de la inversión de la carga probatoria, considerando que el artículo 1604 inciso 3° del C.C., debía ser aplicado, tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual y, en este orden de ideas, en todos los casos sería el deudor -el Estado como prestador del servicio médico asistencial-, el que conocerá lo realmente ocurrido y la forma en la cual su incumplimiento se presentó, de manera que, sería la demandada, la parte que tendría una mayor facilidad para acreditar la diligencia que estaba obligada a observar, y por tanto, no es al perjudicado a quien le corresponde la demostración de la falta de diligencia y cuidado de la persona que los ejecuta,

sino que es a esta, quien le toca probar que actuó con diligencia y cuidado, por ser la persona que está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido, mientras que el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de las circunstancias que le impidieron cumplir con su prestación” (Serrano, 2012, págs. 152-159) citado por (Rojas Echeverry, 2016).

En este orden de ideas, le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda, por cuanto, la recolección de elementos materiales probatorios es excesivamente difícil, cuando no imposible, debido a las condiciones científicas o técnicas profesionales que incumben los actos obstétricos, es por esto, que es la parte accionada la que deberá comprobar que su actuación fue realizada con eficacia, prudencia e idoneidad para el caso concreto (Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 6897, 1992).

De esta forma, la teoría de la falla presunta en la responsabilidad médica, tuvo abordajes teóricos donde resaltaban la importancia de la inversión de la carga de la prueba para la parte demandante, por cuanto, consideraban la actividad médica como una actividad peligrosa y cualquier daño que ocasionare el acto deberá probar los supuestos mínimos del hecho generador del daño (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 8025, 1993), es así que se aplica la teoría de la falla presunta, referenciando lo siguiente:

“Cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de la 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 de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se puede exonerar 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 carga de la prueba al que implica la - noción de falla presunta es apenas relativa, porque actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operación de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegara 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” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 8025, 1993).

La *teoría de la falla presunta*, implica que los centros hospitalarios y el personal que labora en ellos, están en mejores condiciones de probar su diligencia, su acción y la falta de omisión en las actividades médicas, dado que, conocen las condiciones del paciente y el procedimiento implementado, como también, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que ocasionaron la gravedad y/o la salvedad durante el procedimiento.

Por consiguiente, son los centros hospitalarios y médicos quienes deben desnaturalizar esta presunción de falla en su contra, demostrando su diligencia, cuidado y acción de la *lex artis*, junto a los componentes técnicos, conocimientos científicos, operativos, infraestructura y recurso humano con que disponen; y que adecuó su proceder a las normas legales.

Lo anteriormente descrito, nos muestra que la parte actora debe probar la situación fáctica que funda su presunción y la parte demandada demostrar la prueba de los hechos que excusan su conducta, siendo esta, expuesta sobre la debida diligencia, cuidado y falta de omisión de su actuación, puesto que, durante el procedimiento obstétrico se presentan hechos y/o inconvenientes, tal como sucedió en el caso de una mujer con desprendimiento de placenta, quien fue trasladada de inmediato a otro centro hospitalario que carecía de una sala de cirugía apropiada. Pese a la diligencia operativa del traslado de forma inmediata y el procedimiento realizado, el menor solo alcanzó a vivir dos (2) minutos.

Esto implica, que la parte actora no solamente tiene que demostrar la demora en el traslado, sino también, en el tratamiento, lo cual, en el caso anteriormente descrito, sucedió de forma diligente y la doliente no tenía un diagnóstico de riesgo, y, pese a que hace alusión a la carga dinámica de la prueba, no optan como medio establecido para los aspectos probatorios sino que optan por la falla presunta, puesto que, la carga dinámica es considerada para el sustanciador como una medida excepcional de equidad y para este caso no tendría aplicación porque el tratamiento, traslado y diagnóstico fueron idóneos pero el deceso del nenoato fue por circunstancias imprevistas que sucedieron durante el alumbramiento (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 7973, 1994).

Es así, en el caso referenciado, que la parte demandada demostró la prudencia y diligencia que realizó durante el proceso de alumbramiento donde se la diagnosticó en su momento ser de alto riesgo y que debía realizarse una cesárea, pero al no contar con dichos elementos en la infraestructura fue necesario el traslado inmediato a otro centro hospitalario, por ende, el factor de tiempo del traslado no fue determinante en el hecho generador del daño ocasionado al nenoato y a sus familiares. En este sentido, se constituye una falla presunta porque la parte actora debió haber demostrado las razones fácticas que ocasionaron dicho daño.

Es importante resaltar, que la responsabilidad médica en procesos obstétricos es propia de los procedimientos de la rama de la medicina, lo cual, implica que los profesionales de la salud no se obligan a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (Consejo Superior de la Judicatura, 2019), sino a desarrollar actos para un tratamiento médico con miras a obtener el resultado deseado teniendo en

cuenta la prudencia, el conocimiento y la diligencia la *lex artis* y en los lineamientos normativos sobre el procedimiento médico, pero, esto no implica que se garantice ni constituya la prestación objeto de su obligación, es así, que se considera que dicha labor está relacionado con la obligación de medios, porque los profesionales de la salud proporcionan al doliente todos aquellos cuidados que estén relacionados al conocimiento y criterio científico de los profesionales de la medicina y la práctica curativa, pero, no se puede ni debe asegurarse la obtención del mismo, por cuanto, confluyen varias situaciones considerándose como un acto de alta complejidad.

Adicionalmente, los procesos gineco-obstétricos no solamente hacen alusión al procedimiento realizado durante la gestación y alumbramiento, sino también, a la esterilidad y la oportunidad de procrear; este último, puede ser realizado tras contraer infecciones por una mala sutura durante una cesárea y/o cualquier procedimiento, o al dejar elementos quirúrgicos dentro del cuerpo.

Dichas infecciones, la falta de diligencia y un diagnóstico oportuno, ocasionaron la extirpación de la matriz y una peritonitis en la mujer, lo cual, provocó la *pérdida de la oportunidad* de procrear. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que la parte accionada debió demostrar la diligencia y cuidado en dicha intervención, esto implica demostrar que la infección no fue ocasionada a partir de la cesárea, lo que finalmente generó consecuencias sustanciales, tales como, la pérdida de la matriz de la mujer y la oportunidad de poder volver a procrear (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 9142, 1995).

Adicionalmente a lo anterior, al dejar objetos extraños en el cuerpo durante la intervención quirúrgica, la parte actora solamente tendrá que demostrar la presencia de dicho elemento en el cuerpo y los daños ocasionados dentro del mismo, de modo que, se inferirá una falla del servicio probada, por cuanto, los mismos no son adecuados en la recuperación de cualquier acto médico sino que podrían agravar las condiciones físicas de los pacientes, asimismo, por ocasión de ese óbito infeccioso edifica una obligación de resultados por cuanto el deber ser del profesional de salud es garantizar en no ubicar u olvidar definitivamente la ubicación de instrumentos quirúrgicos en el cuerpo del paciente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 11301, 1996), expresándolo a continuación:

“De la actividad del cirujano, como ya se ha dicho pueden desprenderse obligaciones típicas de resultado, tales como las que corresponden a la necesidad de culminar la operación sin dejar dentro del organismo objeto de su intervención, elementos extraños, como compresas, pinzas, tijeras u otros instrumentos. Naturalmente se exceptúa el caso en que, por razón misma del objetivo propuesto, se pretende un injerto, trasplante o aposición de prótesis caso en el cual la omisión consistiría precisamente en no ubicarlos donde científicamente corresponde u olvidar definitivamente su ubicación.

Semejante olvido o grave negligencia de suyo suficiente para edificar por ese concepto la responsabilidad, parece inexcusable y de allí que en el caso concreto pudiera hablarse de una responsabilidad sin culpa derivada de la violación de una obligación de seguridad de garantía a favor del paciente.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 11301, 1996).

La debida y oportuna atención es esencial para estos procedimientos, toda vez, que de estos factores depende el método a implementar, puesto que, con el debido estudio de pelvimetría, se podrá identificar si el procedimiento es el parto natural o si la paciente requiere la realización de una cesárea, pero, además es necesario adelantar tratamientos adecuados con la debida diligencia y cuidado para que los instrumentos quirúrgicos no queden en el cuerpo de las féminas porque podrían generar mayor riesgo o lesión.

Dicho estudio refiere que el procedimiento a implementar puede ser errado, por lo tanto, podría coexistir una omisión al no proceder a tratarla en los términos y tiempos adecuados, como tampoco al proceder con diagnósticos que podrían ocasionar daños colaterales a la doliente y/o al feto, puesto que, ante las reiteradas oportunidades en que la doliente acudió al centro hospitalario para una debida atención, sólo le recetaban medicamentos, constituyéndose una omisión en la prestación del servicio y un diagnóstico erróneo, lo cual, ocasionó el alumbramiento de un neonato con problemas respiratorios debido a la atención tardía. Por consiguiente, la Sala consideró que la medicina gineco-obstétrica es una obligación de resultado, dado que, lo que se espera de dicha actividad médica materno-infantil, es que, si el proceso de gestación es normal, el proceso de alumbramiento y parto, también deben de serlo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 12123, 2000). De esta manera, se evidencia, como lo resaltaré posteriormente, un aligeramiento probatorio dentro de la falla presunta, abordado conceptualmente por Carlos Alberto Gherzi (1997), de la siguiente forma:

“Más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto -o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Estas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito” (Gherzi, 1997, pág. 114)

Por lo anterior, se evidencia que, con ocasión del daño, deben demostrarse por parte del demandante las circunstancias fácticas que ocasionaron dicho daño, y la parte demandada, debe demostrar la exoneración del daño, resaltando principalmente la diligencia, el cuidado durante el procedimiento médico y que el daño se ocasionó por hechos imprevisibles e irresistibles.

8.3. Transformaciones jurisprudenciales: Teoría de la falla presunta a la carga dinámica de la prueba en la responsabilidad médica a excepción de los actos obstétricos

La teoría de la falla del servicio presunta duró hasta la emisión de la Sentencia del 10 de febrero de 2000, en la que se manifiesta que la parte actora tienen la facilidad de demostrar la falla del servicio, a lo que se le considera como carga dinámica de la prueba, por cuanto, es el juez, el que determina quién se encuentra en una situación más favorable para demostrar, dada la dificultad de desvirtuar la presunción y que la parte demandada no siempre se encuentra en desventaja al recolectar el acervo probatorio, expresándolo de la siguiente forma:

“Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar en cada caso si estas se encuentran presentes o no. Así habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta. Donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión (Sentencia del Consejo de Estado del 10 de febrero de 2000 C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez) citado por (Rojas Echeverry, 2016).

Lo anterior significa, que el juez está encaminado a intervenir en el proceso para que pueda determinar quién está en mejores posibilidades de probar los fundamentos fácticos y/o los supuestos que soportan la misma.

En este sentido, la carga dinámica de la prueba implica que la parte demandante es quién tendrá la potestad de demostrar los elementos materiales de prueba respecto a la falla en la prestación del servicio médico gineco-obstétrico, pero, si dicha recolección de los elementos probatorios resulta imposible y excesiva, tanto por las condiciones físicas y/o psicológicas, como por falta de conocimientos técnicos y científicos, se invertirá la carga probatoria, correspondiéndole a la parte demandada, siendo concordante con el principio de equidad estipulado en el ordenamiento constitucional (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 14696, 2004).

En resumen, la carga dinámica de la prueba implica que el juez deberá evaluar quién está en mejores condiciones de demostrar un acervo probatorio, debido a factores como el acceso, la idoneidad, la información y el conocimiento técnico científico del procedimiento implementado. Esto fue una novedad en el ordenamiento jurídico en cuanto al procedimiento probatorio a implementar, toda vez, que anteriormente no se consagraba la inversión de la carga de la prueba y la obligatoriedad a la parte demandante para demostrar el daño y el nexo causal respectivamente, junto a la aplicación del principio de equidad en las decisiones judiciales de la responsabilidad médica.

Sin embargo, pese a los avances jurisprudenciales en la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, en la responsabilidad médica por actos obstétricos se emitió el fallo del 17 de agosto de 2000 con ponencia del magistrado Alier Eduardo Hernández donde señala que es indispensable retornar a la teoría de la falla probada tal como se aplicaba antes de la emisión de la sentencias de la vigencia de 1990.

Lo anterior, se basa bajo la siguiente premisa cuando el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin complicaciones, científicamente evidentes o previsibles, el proceso de alumbramiento no debe registrar problemas que ameriten un tratamiento especial, por cuanto, si registra un evento contrario se genera intrínsecamente una falla probada (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 12123, 2000).

8.4. Segundo período: Entre el aligeramiento probatorio y la teoría de la falla probada. Surgimiento de la prueba indiciaria en los procesos de responsabilidad médica gineco-obstetricia

El 17 de agosto de 2000 se retorna a la falla probada en cuanto a la madre gestante no se le practicaron exámenes, tales como, el monitoreo uterino y el estudio pelvimétrico, igualmente, por la atención tardía ocasionaron una histerectomía abdominal a la fémina y al menor una lesión permanente de cuadriparesia espástica anoxia; no obstante, la madre gestante disponía de un estado de embarazo sin complicaciones previamente evidentes, es por esto, que se aduce que tendría un alumbramiento en el mismo sentido, y si se hubiese adelantado dichos exámenes se hubiera previsto estos riesgos para prevenir los mismos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 12123, 2000).

Dada las circunstancias y la dificultad de recolectar elementos materiales probatorios que se desarrollen en los procesos de responsabilidad médica gineco-obstetricia, el Consejo de Estado retomó la falla probada, pero con una variación, la implementación de procesos de aligeramiento probatorio, como son los indicios (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15276, 2005) siendo estos los siguientes:

- Res ipsa loquitur, que significa, las cosas hablan por sí mismas (Rojas, 2016).
- Faute virtuelle, referencia la teoría de la culpa virtual (Rojas, 2016).
- Prima facie, hace alusión a la primera apariencia.
- La probabilidad estadística o también conocida como la teoría de la pérdida de una oportunidad.
- En la vigencia del 2010, se comenzó a aplicar la teoría del resultado o daño desproporcionado.

Es allí donde señalan que la valoración de los indicios tendrá especial relevancia en la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño, en el caso en concreto, la madre gestante sufría de anemia y atonía uterina, empero, mediante el análisis de los indicios se imputa la falla probada, por cuanto; (i) la paciente no contó con una valoración previa de un médico sobre el estado de salud y los antecedentes; (ii) se le restó la posibilidad de ser atendida de acuerdo a los riesgos que exigía.

Como consecuencia de lo anterior, la madre gestante presenta un deceso por ocasión a la falta de atención de acuerdo a las condiciones físicas y riesgos que ella requería (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15276, 2005).

A partir de la vigencia 2006, la Sentencia del Consejo de Estado resalta que dentro de la falla probada deberá la parte actora evidenciar el nexo causal del hecho generador, señalando lo siguiente:

“Esta Corporación nunca ha dejado de reconocer la dificultad que los demandantes enfrentan al asumir el deber de probar la relación de causalidad [...]. [...] No obstante, a propósito de la responsabilidad médica, debe quedar claro que los alivios dispuestos en ese régimen para la carga probatoria de la

falla en el servicio no pueden también operar en lo que tiene que ver con la prueba de la relación de causalidad. La consecuencia directa del cuestionamiento permanente a propósito de la causalidad ha sido la de ver como posible una modulación que no sólo se ha mostrado necesaria en nuestro medio, sino en casi todos los regímenes jurídicos modernos. Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política. Sin embargo, el aligeramiento de la carga probatoria del demandante en estos casos no conlleva, per se, una presunción de causalidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante la carga probatoria en cuestión. [...] Es decir, la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15283, 2006).

Sumado a lo anterior, la prueba indiciaria sirve para acreditar la responsabilidad y la falla en la prestación del servicio de salud -nexo causal- y es lo que debe demostrar la parte actora es la causa eficiente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15563, 2008), por cuanto, este elemento de la responsabilidad toma importancia como un medio constitutivo de prueba, con la que el juez puede llegar a una convicción judicial fundamentado en el principio de equidad, debido a que descarga en el demandante la acreditación de los elementos que configuran la responsabilidad médica pero adjuntando todos los elementos probatorios, incluyendo la prueba indiciaria, para ayudar a la resolución del conflicto, tal como se señala a continuación:

“Respecto del nexo causal, la Sala ha realizado observaciones similares a las anteriores, que aluden a las dificultades del demandante para probar la relación de causalidad existente entre la acción u omisión de la entidad demandada y el daño alegado, en consideración a que están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta en ocasiones imposible para el actor. Así en sentencia del 7 de octubre de 1999, se afirmó que, “...aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente – indiciariamente–...”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15655, 2006)

Pese a lo anterior, frente a los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (Corte Constitucional, Sentencia C-06, 2016), pese a que la expedición del Código General del Proceso fue emitida en la vigencia de 2012, en el que referencia principalmente la carga dinámica de la prueba en el artículo 167, indica lo siguiente:

“(…) No obstante, según las particularidades del caso, **el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar**, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentra la contraparte, entre otras circunstancias similares (…)” (Negritas y subrayado propio).

Siguiendo esta línea argumentativa, la carga dinámica de la prueba consiste en que la parte que se encuentre en una situación más favorable es quien tiene que probar este determinado hecho, tanto a petición de la parte y/o por oficio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, P. 20087, 2010). Sin embargo, en los procesos de responsabilidad extracontractual médica por actos obstétricos no ha sido aplicada porque aún se emplea la falla probada mediante procesos de aligeramiento probatorio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16132, 2008).

Tal como se ha señalado, los casos de responsabilidad médica en actos obstétricos se desarrollan mediante la imputación de la falla probada, a excepción de que el embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina de forma satisfactoria, es así, que bajo ese escenario el centro hospitalario cumple con una obligación de resultado. Pero, dicha situación, es decir, que el proceso de alumbramiento no hubiera sido satisfactorio

constituye un indicio de la falla del servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16085, 2008).

En temas de responsabilidad médica con énfasis gineco-obstétricos, la histerectomía, el consentimiento informado y la diligencia de la historia clínica, son causantes de responsabilidad médica (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16098, 2007), por cuanto, en la Sentencia del 3 de mayo de 2007 la mujer gestante deseaba la operación de los quistes de ovarios y los miomas, pero no el procedimiento de la histerectomía, por lo que ocasiona la imposibilidad absoluta de fecundar y por ende, de tener hijos; sin embargo, tal como evidencia una de las causales de responsabilidad médica, la vulneración de uno de los derechos de los dolientes tiene que ver con el consentimiento informado, tal como lo estableció el Artículo 11 del Decreto 3380 de 1981, reglamentado en la Ley 23 de 1981, al referenciar dos excepciones de la siguiente forma:

- “Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan.
- Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.

Por consiguiente, ante el incumplimiento de las excepciones referenciadas, persiste la responsabilidad médica por violación del derecho al consentimiento informado que tienen los pacientes, tal como lo resalta la Sentencia de la Corte Constitucional T-1229 de 2005 de la siguiente forma:

“El derecho constitucional y en particular en lo relacionado con los derechos fundamentales de toda persona, el paciente tiene el derecho a conocer, de manera preferente y de manos de su médico tratante, la información concerniente a su enfermedad, a los procedimientos y/o a los medicamentos que podrán ser empleados para el mejoramiento de su estado de salud, con el

fin de que pueda contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan, en uso de sus derechos a la libertad, a la autodeterminación y a la autonomía personal, otorgar o no su asentimiento acerca de las actuaciones médicas que incidirán en su salud, y en su propia vida” (Corte Constitucional, Sentencia T-1229, 2005).

En este sentido, el derecho al consentimiento informado es un derecho fundamental que incluye información sobre la enfermedad, medicamentos y procedimientos a implementar para lograr la comprensión y hacer uso del derecho a la libertad. Sin embargo, en este caso, el procedimiento requerido por la paciente fue la eliminación de los quistes en el ovario y miomas, pero el médico procedió a realizar una histerectomía sin haber informado el consentimiento de la paciente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 25870, 2013). En el caso referenciado, el médico procedió a informar a la familia después de haber desarrollado dicho procedimiento, ocasionándole la imposibilidad de tener hijos, pese a que dicha mujer le manifestó el deseo de engendrar y el análisis de patologías demostró que en los órganos extraídos había un feto de doce semanas de gestación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16098, 2007).

Ahora bien, la falla del servicio se presenta ante la tardía prestación del servicio médico, puesto que, podría ocasionar la imposibilidad de nacer al feto o generar daños fisiológicos y/o psicológicos, tanto a la madre y/o al neonato. Así se determinó, que, ante una cesárea, esta debe ser inmediata por las hemorragias uterinas, porque ocasiona el ahogamiento del nasciturus generando el fallecimiento del mismo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16085, 2008). Por lo tanto, se evidencia una culpa virtual, porque este evento dañoso se produce por razón de una conducta negligente (Soler, 2005), como es, la demora en la atención para la realización del procedimiento de la cesárea de la madre gestante, o

como se evidenció también en otro caso, al no proceder con un tratamiento pese a dolores abdominales junto con la expulsión de mucosa vaginal generando como resultado la muerte fetal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección B, P. 24257, 2013)

De la misma forma, se expresó la Sala en el 2011, toda vez que se comprendía el diagnóstico de una mujer gestante con poliomielitis -atrofia muscular- que le había provocado secuelas permanentes como la estrechez de su cadera que le impedía tener un parto natural. Pese a lo anterior, la mujer fue atendida dos días después de comenzar el trabajo de parto, generando una hipoxia -falta de oxígeno en la sangre- y un síndrome convulsivo refractario -epilepsia- que le impide vivir una vida digna al menor (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 21273, 2011).

Los procesos gineco-obstétricos tienen su complejidad toda vez que durante el procedimiento pueden presentarse alteraciones en la salud de la fémina gestante o del feto, pero, en los procesos de responsabilidad médica, se deben resaltar la diligencia, el cuidado y la debida atención para el desarrollo del procedimiento, al ser considerado el *res ipsa loquitur*, doctrina que infiere que “las cosas hablan por sí mismas”, asumiendo que si el proceso de gestación es normal, el proceso de alumbramiento también debe desarrollarse de la misma forma (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 28860, 2013).

Aunado a lo anterior, esto puede ocasionar alteraciones al nasciturus y/o la aspiración del meconio, generando daños al menor como la encefalopatía hipoxia isquémica (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Tercera, Subsección B, P. 27641, 2013), y en casos particulares, en embarazos gemelares, el deceso de uno de estos puede generar daños colaterales al feto sobreviviente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 27743, 2013), asimismo, puede provocar el deceso del menor (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 4094, 2011). Sin embargo, se aplicaría la teoría de la pérdida de oportunidad debido a la diligencia en la atención porque esta otorga una relevancia esencial para la supervivencia del menor, la disminución de los daños físicos y/o psicológicos, o el procedimiento efectivo de alumbramiento del neonato.

Siguiendo esta línea argumentativa, el 8 de noviembre de 1995, la madre gestante presentaba problemas de salud a lo que solo le medicaron analgésicos y poco a poco fue sufriendo complicaciones sin que haya sido trasladada a un centro hospitalario especializado, siendo una encefalopatía hipertensivalo, debido al error en el diagnóstico la fémina fallece y la falta de cuidado y diligencia para el tratamiento ocasiona el deceso (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 20139, 2011), es así que lo resalta:

“Las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencial al momento de prestar el primer servicio de salud excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para dispensar una eficaz prestación del servicio público, puesto que no obstante que se trataba de una mujer en embarazo a quien se omitió establecer sus signos vitales y tampoco se le realizó examen físico alguno, amén de que no se efectuó análisis médico-técnico para efectos de establecer –y tratar de descartar– patologías severas luego de ser dada de alta del centro asistencial. Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima hubiere recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder a la paciente el chance u oportunidad de recuperarse. Así las cosas, dado que la actuación de la entidad le restó oportunidades a la paciente de sobrevivir, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual sí tiene nexo directo con la

primera y deficiente actuación administrativa” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 20139, 2011).

Igualmente, la pérdida de la oportunidad es otorgada por indebida atención para identificar los síntomas o las condiciones de un procedimiento adecuado en el alumbramiento, así se evidenció, con la omisión en el diagnóstico a una mujer gestante que se golpeó en su residencia con el posterior deceso del feto. La negligencia en la debida atención, al no realizarse el procedimiento de ser hospitalizada, generó la pérdida de la oportunidad para que el feto pudiera sobrevivir (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26933, 2014).

En un caso contrario, puede suceder que el proceso de gestación se encuentre en normalidad con hechos imprevisibles tanto para el personal médico como para la mujer gestante y pueda otorgarse una atención diligente, pero, en el caso estudiado el 21 de marzo de 2012, la fémina gestante con 39 semanas, sufre un accidente de tránsito ocasionando la intervención del personal médico y la realización de una cesárea puesto que el accidente ocasionó un sufrimiento fetal y la aspiración del meconio, sin embargo, la atención e intervención sucedió después de ocho (8) horas de ocurrido el accidente, toda vez que la fémina gestante esperó la debida atención diligente.

La anterior, fue la primera sentencia a raíz de procesos de responsabilidad médica gineco-obstetricia que utilizó la teoría de la probabilidad estadística, en el sentido, que al haberse realizado dicha intervención la mujer gestante habría tenido una mayor probabilidad para que el nasciturus hubiese podido sobrevivir (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 22747, 2012).

Por el contrario, si el deceso de la mujer o del feto persiste por otras razones distintas y/o enfermedades desarrolladas durante la gestación y/o alumbramiento, como una pancreatitis hemorrágica u otra enfermedad, no se puede responsabilizar a los centros hospitalarios (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 24577, 2013).

La medicina implica comprender los riesgos inherentes al ejercicio de la misma, estos son entendidos como riesgos previstos, así lo resaltó Enrique Gil Botero, de la siguiente manera:

“En el ejercicio de la medicina hay riesgos inherentes, son catalogados como “riesgos previstos” entendido que la medicina no es una actividad peligrosa, entonces por lo cual el médico no será responsable por reacciones adversas al tratamiento, más allá no debe ser condenado por riesgos imprevistos” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 292621, 2013).

Esto significa que el ejercicio de la medicina está cobijado bajo las obligaciones de medio, ostentando una pretensión curativa con el fin de proporcionar la correcta aplicación de la *lex artis*, como lo estableció Ricardo Lorenzetti (2016), expresando lo siguiente:

“El deber del médico es con el paciente, y conlleva a la pretensión de brindar y suministrar cada uno de los mecanismos e instrumentos dirigidos a la recuperación del paciente; no obstante, es evidente que de ello no deriva a predicar la necesidad de obtener un resultado específico en todos los casos, lo cual, tornaría imposible el ejercicio de la medicina, ya que esta no es una ciencia exacta” (Lorenzetti, 2016, pág. 234).

Ante esta situación, es evidente que el ejercicio de la medicina implica obligaciones de medios, esto quiere decir, que el personal médico debe

implementar todos los instrumentos y mecanismos respectivos para proceder con atención, cuidado y diligencia en beneficio de la salud de los dolientes, siendo esta una finalidad más no el resultado, porque como lo he reiterado, implica la conjugación de elementos imprevisibles e irresistibles, siendo esto concordante con el Artículo 10 del Decreto 3380 de 1981, conforme a la Ley 23 de 1981, que reza de la siguiente manera:

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

Aunque estos riesgos son desarrollados por la complejidad de la medicina, hay factores que permiten al personal médico realizar un mejor tratamiento para la doliente teniendo en cuenta en su diagnóstico la altura uterina, el peso del feto y la posición en la que se encuentra el feto (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 22735, 2012). En este caso, el centro médico es responsable porque debió realizar el traslado a otro centro hospitalario con mayor cobertura en el servicio, puesto que el diagnóstico determinó que se debía proceder a una episiotomía -incisión entre la abertura vaginal y el ano-, cesárea u otros procedimientos complejos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 31614, 2014), evidenciándose la *prima facie* por cuanto el personal médico no actuó a pesar de las reglas otorgadas por la experiencia (Feliu, 2018), lo cual, causó el deceso del menor.

Los pacientes también ostentan obligaciones en los procedimientos gineco-obstétricos. Así lo evidencia el caso de negligencia de una paciente que después de 19 días de haberse realizado una ecografía ordenada por el

médico para evidenciar el estado del feto, no entregó los resultados ocasionando la descomposición del feto dentro de su vientre, exonerando la responsabilidad del centro hospitalario debido a que no se evidenció la falla en el servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, P. 18946, 2010).

También persisten los procesos de responsabilidad médica al conjugar distintos factores y elementos fácticos que determinan la responsabilidad, como son la falta de diligencia y supervisión de la historia clínica, la falta de atención en el proceso de gestación y alumbramiento, asimismo, el error en el diagnóstico. Después de frecuentes visitas de una mujer gestante al centro hospitalario por fuertes contracciones y dolores abdominales, sólo fue atendida hasta después de once días y se constató muerte fetal a causa de anoxia fetal -carencia absoluta de oxígeno en la sangre o en los tejidos del cuerpo- por insuficiencia útero placentaria -dificultad de proveer nutrientes al bebé durante el embarazo- esta puede ser prenatal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 22075, 2012) de 28 de marzo de 2012 C.P. Enrique Gil Botero) y/o perinatal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 22163, 2012). Este daño pudo evitarse si hubiese sido atendida con diligencia y cuidado de acuerdo con las sentencias referenciadas.

Adicionalmente, persistió la responsabilidad médica debido a las siguientes pruebas indiciarias:

- La edad gestacional en la historia clínica es incorrecta, asimismo, la historia clínica se encontraba incompleta, puesto que, el feto se encontraba en fase de posmadurez -igual o superior a 42 semanas-.

- El embarazo presentó líquido amniótico meconial debido a que el feto no tenía oxígeno, lo cual, implicó un sufrimiento fetal.
- La placenta se encontraba calcificada debido a la baja circulación de nutrientes y oxígeno.

Estas pruebas indiciarias implican el daño y el nexo causal, por ende, la primera se constituye con el deceso del menor y el nexo causal se evidencia con el error de diagnóstico en la edad gestacional, lo que originó la falta de atención argumentando que no se encontraba en el momento adecuado, pero en realidad su estado de embarazo de posmadurez fue lo que ocasionó la anoxia fetal. Es allí, donde se resalta la importancia fundamental de la historia clínica porque reúne información de los profesionales de la salud para dar un diagnóstico, tratamiento de forma prospectiva o una curación, en vista de los procedimientos establecidos por la ciencia médica.

La supervisión de la historia clínica es un deber de los centros médicos y es a partir de allí que se comprenden los datos relativos a la salud del doliente. Así lo resaltó el Consejo de Estado al evidenciar que la paciente advirtió sobre los riesgos que sufrió en un parto anterior por un prolapso del cordón umbilical; sin embargo, el personal médico omitió lo manifestado por la paciente y procedió a realizar el parto natural, pero durante su desarrollo se presentaron los mismos resultados, persistió un prolapso del cordón umbilical ocasionando una hipoxia cerebral al menor de forma permanente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 32202, 2015), esto implica que la omisión de la supervisión de la historia clínica generó un daño desproporcionado en el menor dejándole secuelas permanentes.

El traslado de los pacientes es de gran importancia porque en él se estabilizan las condiciones de salud de la fémina gestante como del que está por nacer. En este sentido, el traslado es un elemento importante de la debida atención porque pese a que el centro hospitalario remite a otro con mayor cobertura de servicios, en el trayecto debe cuidar a quien transporta.

Esta situación fue desarrollada en la Sentencia del 29 de septiembre de 2015, por consecuencia de la atención indebida y el pésimo transporte que ocasionó la pérdida del 67% de la capacidad laboral y un retardo psicomotor, asimismo, el deceso de la mujer gestante tras un mal diagnóstico con un medicamento indebido provocándole alergia al mismo y un colapso cardiovascular (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 22454, 2015).

Hubiera sucedido lo contrario si se advierte dentro de los controles prenatales, por medio de ecografías, que el nasciturus tiene la particularidad del prolapso del cordón umbilical o que se encuentra envuelto con doble circular del cordón umbilical. Teniendo en cuenta que son eventualidades imprevisibles e irresistibles del ejercicio médico se debe atender de acuerdo con la *lex artis* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 30623, 2015).

La falta de atención diligente en los centros hospitalarios es objeto de incursión en la responsabilidad médica, tanto para la realización del procedimiento de alumbramiento como en los controles prenatales de la fémina gestante, evidenciándose una de las visiones de aligeramiento probatorio como la culpa virtual. En este caso, se realizó un diagnóstico sin que se evidenciara afectación alguna del feto, pero el resultado en poco tiempo

fue la pérdida del mismo, es así, que la atención a los pacientes debe ser de forma diligente, con celeridad y prevención, tampoco debe ser omitida por la falta de algún documento y/o actuación administrativa como es la falta de pago, entre otros (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 38805, 2015).

Los controles prenatales son esenciales para un efectivo diagnóstico que logre comprender el tratamiento, procedimiento y medicamento a implementar en las pacientes, así quedó consagrado en la Sentencia del 27 de septiembre de 2013, con el caso de una mujer gestante que ostentaba un embarazo gemelar, por tanto, se procedió a implementar una cesárea segmentaria obteniendo un diagnóstico de falla hepática fulminante precipitada con hepatitis A. Por consiguiente, persistió una pérdida de oportunidad toda vez que si se hubiese realizado el control prenatal se habría diagnosticado la falla hepática de la mujer gestante y de esta forma tener una probabilidad de seguir viviendo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26406, 2013).

Teniendo en cuenta que el diligenciamiento de la historia clínica debe ser adecuado, diligente y oportuno, concordante con los criterios de diligencia, pericia y prudencia; su carencia es objeto de uno de los instrumentos de aligeramiento probatorio como es que las cosas hablan por sí mismas, puesto que, podría incurrirse en que dicha falta de diligenciamiento es con un fin de culpabilidad al ocultar información sobre la atención y/o la omisión del mismo.

En el caso concreto, la Sala Tercera del Consejo de Estado, al realizar la valoración probatoria de la historia clínica en la que se omite el diligenciamiento del mismo por dos días consecutivos y la integralidad de los

elementos probatorios aportados dentro del proceso ratifican que la mujer gestante acudió por tres días consecutivos al sentir fuertes dolores abdominales; se determina, luego de recibir atención, el fallecimiento del feto y el posterior deceso de la mujer gestante. Esta situación, manifiesta que es una falla probada por prueba indiciaria porque imposibilita obtener una prueba directa que implique la falla del servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 22076, 2013), pero, se debe hacer una valoración integral de cada uno de los elementos probatorios basados en las reglas de la experiencia, haciendo énfasis principalmente del dictamen pericial, afirmando lo siguiente:

“En atención al principio de la valoración integral de la prueba que recoge nuestra codificación instrumental civil en su artículo 187, lo cual referido a esa sana crítica demanda que: “Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquel no puede tener plena eficacia probatoria”, e igualmente, en palabras del insigne tratadista en materia de pruebas y su valoración, profesor Döhring: “(...) El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterla a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarla si lo convence plenamente”. Y es que, de los testimonios y demás pruebas obrantes en el proceso, se colige sin esfuerzo alguno y con claridad meridiana, que el dictamen se quedó corto frente a la universalidad o tratamiento completo de la actividad médica, lo que hizo desequilibrar la objetividad del experticio al ocuparse sólo de una faceta dejando de lado la integralidad que demandaba el asunto sometido a estudio” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16098, 2007).

La valoración integral de los elementos materiales de prueba que alleguen dentro del proceso, teniendo en cuenta los dictámenes periciales, según la doctrina, referencia que:

“Es la opinión fundada de una persona especializada. Para adquirir tal carácter deberá estar basada en evidencia científica que aporte elementos reales y objetivos referentes a la materia en la que se requiera y en la que es experto,

para que el juzgador cuente con mayores elementos para dictar una sentencia justa y apegada a derecho” (Mesa, 2007, pág. 540).

Siguiendo esta línea argumentativa, es indispensable que en la historia clínica se evidencie la ruta implementada, el procedimiento y el diagnóstico, con el fin de tener certeza de la atención adecuada durante el proceso de gestación, alumbramiento y postparto (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 37493, 2017).

En consecuencia, la falta de atención a la mujer gestante, el fallecimiento del feto dentro del vientre materno y posteriormente el de la mujer, fueron por causa de la falta de atención, porque si hubiese recibido buena atención estarían en mejores condiciones de salud y la madre hubiera ostentado la oportunidad de vivir, por ende, se consagraba la teoría de la falla probada mediante pruebas indiciarias de los criterios de la culpa virtual y rep isa loquitur (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 36257, 2017).

Es importante resaltar que la literatura médica ha estipulado posibles síntomas que podrían ocasionar el agravamiento de la fémina gestante y el feto, entre ellos, las pulsaciones entre y mayor a 130 por minuto, membrana rota, ruptura del útero, anomalías uterinas, expulsión de líquido mecónico grado II y amniótico, o la falta del mismo (Medina & Alfonso, 2010; Oro, Gómez-Villa, Barrios-García, & Alvis-Estrada, 2017; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 49117, 2017)

Estos síntomas, las particularidades de cada embarazo y la condición física de las mujeres gestantes pueden ocasionar el agravamiento de las condiciones de vida y salud de la madre gestante o del feto, toda vez, que tanto la atención como el diagnóstico son importantes para comprender el procedimiento a implementar, asimismo, la omisión en la no utilización de los recursos puede generar complicaciones en el cuadro clínico de la madre. Así se evidenció en la Sentencia del 17 de agosto de 2017, donde se manifiesta que la madre, al ostentar un cuadro clínico de diabetes, obesidad mórbida, hipertensión y macrosomía fetal, generó un embarazo de alto riesgo, adicionalmente, al no implementarse todos los recursos, es responsable el centro hospitalario por ocasionar la fractura del húmero y la secuela neurológica del retraso mental por ocasión de la hipoxia al menor (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 40912, 2017).

Adicionalmente, la hipoxia ocasiona secuelas neurológicas como alteraciones sensoriales, auditivas o visuales, parálisis cerebral, deficiencia mental, crisis convulsivas, como también, el fallecimiento del feto dependiendo la diligencia en la atención a la mujer gestante (Esquiliano, Ramírez, Valdés, & Aguilar, 2004).

Continuando con los elementos esenciales que otorgan un estudio minucioso de la responsabilidad médica, se debe resaltar el consentimiento informado, puesto que, debe otorgarse antes de la realización de cualquier procedimiento y no durante el desarrollo del mismo. Así se evidenció al desarrollarse una salpingectomía bilateral -intervención de la ligadura de trompas- debido a la inflamación aguda y/o al realizar un embarazo ectópico -por fuera del útero-. Sin embargo, la inflamación aguda no generaba un riesgo

para la mujer y dicho consentimiento informado fue solicitado y otorgado durante el procedimiento de salpingectomía, por ende, se atribuyó responsabilidad administrativa por falla probada por cuanto el consentimiento informado debe brindarse antes de la realización de cualquier procedimiento (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 43378, 2017).

La responsabilidad médica estatal está encaminada en la imputación del régimen subjetivo teniendo en cuenta la falla del servicio incluyendo el procedimiento gineco-obstétrico; sin embargo, persisten tres elementos fácticos que otorgan una imputación del régimen objetivo, tales como:

- Cuando se practique un tratamiento o procedimiento que conlleve un progreso para la ciencia y se considere novedoso, pero, por esta razón, se desconozcan las consecuencias a largo plazo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 20836, 2011).
- Aquellos eventos que involucren la manipulación de cosas peligrosas o que el procedimiento empleado implique peligro, siempre que la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa, o por ella misma, al ser la lesión producto de una ejecución irregular del acto médico y, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o de falla en el servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 41390, 2018).
- Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas, como puede ocurrir, por ejemplo, en la medicina nuclear (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 36816, 2017).

- En los supuestos que se presenten por la utilización de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 22424, 2012).
- Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 36565, 2017).

Lo anterior indica que pese a que se realicen procesos de alumbramiento de forma exitosa, el proceso de postparto debe tener la misma relevancia, por cuanto puede persistir una infección intrahospitalaria durante el parto que ocasione el deceso de la mujer, tal como sucedió en la Sentencia del 18 de mayo de 2017, con la cual, se responsabilizó al centro hospitalario bajo el régimen objetivo por el caso de una paciente que contrajo necrosis uterina causado por un cuadro nosocomial durante el proceso de alumbramiento (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 36565, 2017).

Por tal motivo, la responsabilidad médica cobija también el proceso de postparto, así lo dejó entrever la Sentencia del 28 de febrero de 2013, toda vez, que a la parte actora se le realizó la cesárea de forma exitosa, pero, después de dicho procedimiento la paciente empeoró hasta proceder a extirparle el útero y uno de los ovarios, producto de una infección causada durante el procedimiento de alumbramiento, sin embargo, para comprender la responsabilidad administrativa del centro hospitalario, arguye lo siguiente:

- A la parte actora no se le brindó el tratamiento adecuado para eliminar el absceso formado en la zona abdominal debido a una complicación en la cesárea.
- No se adjuntaron elementos materiales probatorios como tampoco elementos fácticos que indiquen que la parte actora omitiera las precauciones y recomendaciones médicas después del procedimiento.
- La parte actora se presentó constantemente al centro hospitalario a causa de fuertes dolores abdominales sin que el personal médico haya procedido a un diagnóstico ni un procedimiento para controlar la infección.

En el caso concreto, es importante reflexionar sobre la responsabilidad administrativa por un mal diagnóstico y la falta de atención de forma diligente, lo cual, ocasionó la extirpación del útero y uno de los ovarios, por otro lado, la parte demandada, con el fin de exonerarse de responsabilidad, argüía que dicha infección fue ocasionada por la omisión en el cuidado de la parte actora (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 22076, 2013); pero, reiteramos que, en estos procesos de la falla de servicio probada, todas las afirmaciones deben tener un contenido probatorio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26398, 2013).

Durante el período 2018, se desarrolló con mayor auge la teoría de la probabilidad estadística, también denominada como la pérdida de la oportunidad. Por consiguiente, pese a que hubo inobservancia de los elementos propios del diagnóstico y/o atención, se logra disminuir la capacidad de sobrevivir tanto de la mujer gestante y/o del nasciturus, tal como se corrobora en los elementos fácticos de la Sentencia del 10 de mayo, la cual

manifiesta, que la mujer gestante hace presencia en el centro hospitalario por embarazo prolongado, disminución de movimientos fetales y macrosomía fetal, por ello, es trasladada a un centro hospitalario de III nivel, empero, no disponía del personal ni el recurso físico -camas- para brindar una atención inmediata y efectiva, provocando una atención tardía. Lo anterior, generó el deceso de la mujer gestante por paro cardiorrespiratorio y al feto por bradicardia.

Lo anterior, implica que, si hubiese recibido atención durante los 4 días respectivamente, según el dictamen pericial, habrían tenido mayor probabilidad de sobrevivir la mujer gestante y el nasciturus. La actuación no diligente del centro hospitalario, al no contar con la infraestructura correspondiente, ocasionó la pérdida de posibilidad a uno o a los dos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 38888, 2018). La Sala considera que la falta de atención médica puede ocasionar la pérdida del feto o poner en riesgo de sobrevivir a las mujeres gestantes, específicamente, en el caso del 11 de octubre de 2018, en el que el feto fallece en un lapso de 30 a 48 horas antes de ser atendido, pese a que, la madre gestante duró aproximadamente cinco días esperando la atención integral por fuertes dolores abdominales (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 43817, 2018).

Sin embargo, no es solamente la pérdida de oportunidad en la capacidad de sobrevivir, sino también, en la disminución de la capacidad física y/o psicológica. Así lo evidencia el caso del proceso de alumbramiento que tuvo que realizar la luxación de la clavícula al menor para lograr su nacimiento pero que no estipuló un tratamiento para subsanar y lograr su recuperación. Esto quiere decir, que no solamente perdió la capacidad física por luxación de la

clavícula, sino que dejó una secuela permanente, perdiendo la posibilidad de lograr un tratamiento efectivo para recuperar la movilidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 43149, 2018).

De la misma manera, al realizarse un parto vaginal, se le practicó a la mujer una epistomía generando complicaciones como la inconsistencia para retener gases y materia fecal, como también, la expulsión de heces por la vagina. Por lo tanto, aunque el procedimiento del parto natural fue exitoso, se incurrió en responsabilidad administrativa al realizarse la epistomía y ocasionar secuelas permanentes sin posibilidad de recuperación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 45789, 2018).

Desde la vigencia del 2006, se ha logrado un desarrollo jurisprudencial en la responsabilidad médica gineco-obstétrica mediante la imputación de la falla de servicio probada por medio de la prueba indiciaria. Esto nos indica, que la parte actora del proceso debe demostrar los elementos fácticos y evidenciar la no diligencia y cuidado respectivo, lo que implica que los centros hospitalarios prestarán sus servicios de acuerdo al nivel de atención que corresponda. Así lo reitera la Sentencia del 19 de abril de 2018, en el caso de una mujer gestante que fallece luego haber sido trasladada a otro centro hospitalario por una persona que no era funcionario del hospital.

No obstante, cada centro hospitalario presta sus servicios dependiendo del nivel de atención, por lo tanto, la cesárea tenía que realizarse en un centro hospitalario con mayor cobertura, aunque se haya ordenado el traslado a tiempo, evidenciándose parámetros de diligencia y cuidado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección

A, P. 44222, 2018). Por consiguiente, realizar afirmaciones de los elementos fácticos no quiere decir que no deba persistir una valoración integral de los elementos materiales probatorios, como tampoco, que la parte actora no deba comprobar sus afirmaciones.

La Sala afirma, que, aunque las féminas gestantes sean atendidas durante el proceso de alumbramiento por un médico general, esto no implica que el centro hospitalario sea responsable administrativamente por lo que este pueda ocasionar. Por lo tanto, hay que tener en cuenta factores como la atención oportuna y diligente del mismo, el conocimiento técnico-científico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 40729, 2018) y/o traslado oportuno a un centro hospitalario con mayor cobertura de servicios (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 45926, 2018). En este sentido, la parte actora debe demostrar el daño como elemento constitutivo de la responsabilidad y el nexo causal, teniendo en cuenta, omisión o negligencia en la atención (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26398, 2013). De igual manera, debe comprobar error en el diagnóstico, vulneración del consentimiento informado, falta o error en la diligencia de la historia clínica y mal procedimiento y/o tratamiento médico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 23012, 2012).

Esto implica, que la responsabilidad médica debe tener la relación de las patologías del paciente, implementar los instrumentos, la capacitación y el conocimiento técnico-científico, puesto que, el servicio médico debe estar cobijado bajo el principio de integralidad, oportunidad e identidad, para realizar el diagnóstico, la atención, el suministro de medicamentos y los

procedimientos; factores determinantes durante una cesárea. En este caso, el personal médico no contaba con los instrumentos ni la capacitación para el procedimiento, lo cual, ocasionó una lesión neuro cerebral.

De igual manera, el centro hospitalario incurrió en un error de diagnóstico al omitir las ecografías y exámenes que hubieran podido identificar el mejor procedimiento a realizar, sin embargo, se ocasionó un daño neuro cerebral permanente en la paciente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, P. 34578, 2016).

Por consiguiente, debido a las variaciones jurisprudenciales, se mantiene la falla probada en los procesos gineco-obstétricos, pero con aligeramiento probatorio, asimismo, se aplica la carga dinámica de la prueba con algunas excepciones, puesto que se requiere el criterio médico para disponer la carga de desvirtuar los elementos fácticos y jurídicos de la prueba frente a la situación demandada.

9. Conclusiones

La responsabilidad administrativa viene desde la antigüedad, sin embargo, fue llevada a cabo como una forma de justicia distributiva hasta ser concebida y aplicada desde un ordenamiento jurídico inherente de la administración, para acudir y regular la prestación de los servicios públicos y no generar afectaciones a terceros durante la prestación del mismo y/o por ocasión del mismo, lo que conllevó a un desequilibrio entre las cargas públicas.

En este sentido, el acto médico es un proceso complejo debido a la conjunción entre las condiciones del paciente, los instrumentos que dispone para el tratamiento, el diagnóstico y/o la información otorgada entre la relación médico-paciente, por tal motivo, el profesional de la medicina deberá hacer lo posible para lograr el mejoramiento de las condiciones de salud, la sintomatología y salvaguardar la integridad, vida y dignidad humana de los dolientes.

De esta manera, al hablar de procesos médicos en actos gineco-obstétricos, se debe entender que no sólo hay que considerar los derechos sexuales, reproductivos y la autoconcepción que ostentan las féminas, sino también, las condiciones en que se desarrolla el nasciturus, porque es a partir de este proceso que se incide en escenarios posteriores, como la condición fisiológica, la pérdida de algún órgano, las lesiones, la pérdida de funcionalidad del aparato reproductor o el deceso.

Por lo anterior, el presente trabajo resalta los cambios en la jurisprudencia desarrollados a raíz de los procesos gineco-obstétricos, toda vez, que esta

especialidad se desarrolla bajo el enfoque de las obligaciones de medios. En segundo lugar, destaca las variaciones en los procesos de imputación llevados a cabo en el marco de la prestación de un servicio público, por ende, se entenderá como una falla del servicio y la imputación se basa en la falla probada con aligeramiento probatorio, esto quiere decir, que se le otorga mayor importancia a los indicios como elementos materiales de prueba, a pesar de lo consagrado en el Código General del Proceso al estipular la carga dinámica de la prueba, dado que se aplica de forma excepcional.

Actualmente, la interrupción voluntaria del embarazo no está despenalizado en Colombia pero en el marco normativo internacional este derecho se ha desarrollado bastante, lo cual, implica que debe garantizarse a todas las féminas y, al no aplicarse, se podrían generar procesos como el wrongful life y birth respectivamente, como lo desarrollé de forma sucinta dentro del presente trabajo; incluso, al no garantizarse de forma efectiva, se podría causar una responsabilidad administrativa a raíz de las prácticas clandestinas y los decesos, a su vez que no se dispone de un control y vigilancia de esta práctica.

En conclusión, el trabajo considera los procesos de responsabilidad extracontractual desde el punto de vista administrativo, el cual, a nivel jurisprudencial, desarrolla actualmente la imputación mediante la falla probada con aligeramiento probatorio, mediante los errores en el diagnóstico, tratamiento, procedimiento y atención, que afectan notablemente los derechos de las féminas.

10. Bibliografía

- Acuña, J. R. (2019). *Responsabilidad patrimonial por wrongful conception, wrongful birth y wrongful life*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Altamirano Bustamante, N., Altamirano Bustamante, E., Olaya, A., de Rubens, J., García de la Puente, S., y Altamirano Bustamante, M. (2010). Consentimiento informado en grupos vulnerables: Participación de niños y adolescentes en protocolos de investigación. *Boletín Médico del Hospital Infantil de México*; Vol. 67 (p 248-258). Pág. 256.
- Antón, T. V., & Arnau, M. L. (2012). *El debate acerca de la legalización del aborto*. Barcelona: Tirant Lo Blanch.
- Arcusa, E. (1966). *Responsabilidad médica: Manual de deontología médica orientaciones, soluciones y casos prácticos*. Manizales: Ediciones Paulinas.
- Arévalo, M. L. (2019). *Responsabilidad médica en Colombia desde el caso de las obligaciones jurídicas que surgen por la historia clínica. Artículo para obtener título de abogada*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Badillo, R., & Yunta, E. R. (2016). El cigoto. Inicio de la vida humana desde una perspectiva biológica y metafísica. *ARS Medica Revista de ciencias médicas*, 1-15.
- Barceló Domenech, J. (2018). Consentimiento informado y responsabilidad médica. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* (8), (p. 279-296).
- Beauvoir, S. d. (1949). *La madre. En el segundo sexo*. Siglo veinte.
- Beguiristáin, J. A. (1999). Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica. En *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, vol. II (p. 581). Madrid: McGraw-Hill Interamericana.
- Betancur, C. M. (2006). *El derecho al aborto en Colombia. I Parte: El concepto jurídico de vida humana*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Boada, C. I. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Boland, R., & Katzive, L. (2009). Acontecimientos en las leyes sobre aborto inducido: 1998-2007. *Perspectivas internacionales en salud sexual y reproductiva*, 30-41.
- Bolívar, D. M. (2007). *¿Se puede considerar la actividad médica como una actividad peligrosa?* Medellín: Universidad EAFIT.
- Caicedo, A. & Caicedo A. (2014). La actividad médica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de consentimiento informado sustituto

en los casos de estados intersexuales y mentalmente incapaces (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Calderón, C. A., Botero, J. C., Bolaños, J. O., & Martínez, R. R. (2011). Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciencia y salud colectiva*, 2817-2828.

Casabona, C. R. (2002). *El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: Aspectos jurídicos*. Barcelona: Fundación Víctor Grifols i Lucas.

Casabona, C. (1994). El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Centro de Madrid: Estudios Ramón Areces S.A. Pág. 197

Castellanos, J. M. (1996). *Buena y mala práctica*. Buenos Aires: Alcotán.

Castro, R. (2008). Responsabilidad médica consentimiento informado y nuevas tecnologías. (Monografía). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.

Carballo, C. M. (1997). La historia clínica. *Documentos de ciencias de la información*, 41-64.

Carrasco-Aldunate, P., Rubio-Acuna, M., y Fuentes-Olavarria, D. (2012). Consentimiento informado: Un pilar de la investigación clínica. *Aquichan*. Vol. 12 (pp. 32-41).

Cely, W. M. (2013). *Del monopolio católico a la explosión pentecostal. Pluralización religiosa, secularización y cambio social en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Cetina, D. M. (2014). *El goce efectivo de la objeción de conciencia en la práctica del aborto (Interrupción voluntaria del embarazo -IVE-) en Colombia. Tesis de maestría en derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Chiriví, N. M., & Barrera, R. V. (2011). *Responsabilidad estatal por falla médica en la prestación de servicios de salud -diagnóstico equivocado estudio de caso - Casanare*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.

Cimadevilla, M. d. (2009). *Responsabilidad médica en la neurocirugía. Trabajo de grado para optar el título de abogada*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

Consejo Superior de la Judicatura. (2019). *Responsabilidad médica en la especialidad civil*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura de Colombia.

Dalén, A. (2011). *El aborto en Colombia cambios legales y transformaciones sociales. Tesis de maestría en género*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- De La Maza Gazmuri, I. (2010). Consentimiento informado, una visión panorámica. *Revista Ius Et Praxis*(2).
- Duque, C. X., Sabogal, S. D., & Jaramillo, D. G. (2016). *Evolución jurisprudencial respecto a la responsabilidad del Estado colombiano por falla médica. Tesis para obtener título de especialista en derecho administrativo*. Pereira: Universidad Libre de Colombia.
- Duque, A. (2014). Tema de prueba en la responsabilidad médica. Medellín, Colombia: Editorial Universidad CES y Biblioteca Jurídica Dike.
- Echeverry, I. H. (2018). *La vida como daño antijurídico reparable: La responsabilidad del Estado con los casos Wrongful Conception/ Birth / Life* . Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Echeverry, K. A. (2016). *La carga probatoria de la culpa y de la falla del servicio en la responsabilidad médica. Estudio comparado entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Tesis para obtener maestría en derecho*. Manizales: Universidad de Manizales.
- Echeverry, K. A. (2016). Diferencias teóricas y prácticas en materia de responsabilidad médica entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. *Revista ámbito jurídico*, 45-70.
- Eisner, D. M. (1979). *Diccionario Médico Ilustrado*. Bogotá: Editorial Reverté S.A.
- Entralgo, P. L. (1949). La historia clínica: Historia y teoría del relato patográfico. *Consejo superior de investigaciones científicas de madrid*, 730-757.
- Esquerra, J. C. (2010). *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis Editores.
- Feliu, J. S. (2018). Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Revista de derecho civil*, 55-97.
- Ferguson, M. Q. (1949). *La responsabilidad civil del médico*. Madrid: Trivium.
- Fernández, G. O. (2014). *Règimen general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial TEMIS .
- Gherzi, C., Wingarten, C., Iglesias, A., Ferrari, G., & Waisman, B. (1998). *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*. Medellín: Librería Jurídica Sanchez R Ltda.
- Gil, J. A., & Gómez, J. J. (2012). *Presupuestos básicos para que se presente el consentimiento informado tácito del paciente en el marco de la relación*

médico-paciente en el derecho colombiano. Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.

- Gómez, L. F. (2011). *Pèrdua de la oportunitat en la responsabilitat civil: Aplicació en el camp de la responsabilitat civil mèdica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, J. A., & Zuluaga Gil, J. J. (2012). Presupuestos básicos para que se presente el consentimiento informado tácito del paciente en el marco de la relación médico-paciente en el derecho colombiano. (Tesis de Especialización). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Gómez, L. T., Niño, R. A., & Patiño, A. M. (2016). Responsabilidad por negligencia médica y administrativa en la práctica del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los casos autorizados en Colombia. *Revista sociojurídicos*, 189-212.
- Granda, D. A., Bataille, I. B., & Valdés, A. L. (2013). Responsabilidad ante el error y la mala práctica del actuar del médico. *Revista cubana de ortopedia y traumatología*, 134-143.
- Henao, J. C. (2007). *El daño: Anàlisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francès*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, L. C. (2016). De la culpa de la lex aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano. *Revista de derecho privado*, 287-335.
- Hernandez, A. C. (1987). *La responsabilidad mèdica ante la ley: Ètica mèdica y moral profesional*. Medellín: Copiyepes.
- Hernández Hierro, J. (2007). Sistema de responsabilidad médica. Granada, España: Editorial Comares. Pág. 217.
- Hoz, B. N. (2016). *Análisis del derecho a la elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Tesis para obtener título en Magister en Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- IPPF. (2018). *Aborto legal: Regulaciones sanitarias comparadas. Un análisis en América Latina y algunos países de Europa y África*. New York: Federación Internacional de Planificación de la Familia.
- Janeiro, D. B. (2015). *La responsabilidad mèdica en el derecho español*. Bogotá: Editorial TEMIS.
- Lainz, J. L. (2017). La omisión de información en las historias clínicas en el ejercicio de la medicina privada como supuesto de responsabilidad por mala praxis médica. *Cuadernos de medicina forense*, 100-111.

- León, I. D. (2017). *La carga de la prueba en la responsabilidad médica del Estado por acto quirúrgico, a partir de la Constitución de 1991*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Lesser, H. (1991). The patient's right to information . En M. Brazier, & M. Lobjoit, *Protecting the vulnerable. Autonomy and consent in health care* (págs. 93-159). Londres: Routledge.
- Lizarazo, D. F. (2017). *Influencia de las decisiones judiciales en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en la planeación, formulación y ejecución de políticas públicas en Colombia. Trabajo de investigación para obtener título de Magíster en Derecho* . Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Lorenzetti, R. L. (2016). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Luna, L. G. (2004). *Los movimientos de mujeres en América Latina y la renovación de la historia*. Obtenido de Creatividad Feminista: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/57194/losmovimientosdemujeresenamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Madiedo, C. D. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de derecho privado*, 3-26.
- Macías Gelabert, A. (2006). El consentimiento informado en Pediatría. *Revista Cubana de Pediatría*; Vol. 78 (p 51-55). Pág. 52.
- Mendoza M., Nava, N., y Escalante J. (2003). Aspectos éticos y legales del Consentimiento Informado en la práctica e investigación médica. *Gaceta Médica Mexicana*; Vol. 139. (p 184-187). Pág. 184.
- MINSALUD. (2016). *Análisis de situación de salud (ASIS) Colombia* . Bogotá: MINSALUD.
- Morillo, A. M. (2008). Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. *Revista jurídica*, 189-210.
- Muñoz, M. F. (2017). El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. *Revista de derecho*, 317-337.
- Oliva, J. L. (2015). La teoría de la vida: Como daño en la responsabilidad médica en Colombia los aportes y vacíos de la corriente principalista en las tensiones generadas con la aplicación de esta teoría. *Revista advocatus*, 45-69.
- Omaña, M. A. (2016). *Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que debe garantizar el sistema de salud colombiano. Tesis de maestría en derecho constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- PAHO. (2012). *Guía de la OMS para la aplicación de la CIE-10 a las muertes ocurridas durante el embarazo, parto y puerperio: CIE-MM*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- PGN. (2011). *Acuerdo de voluntades por el respeto a la vida de los niños y niñas*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Price, J. M. (2012). *Derecho a la vida. Ética médica. Abusos y atropellos*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Quintero, A. M. (2019). Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y constitución democrática. *Verba Iuris*, 15-44.
- Quiroga, J. L. (2001). *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ramos, J. M. (2018). *Responsabilidad médica del Estado*. Bogotá: Librería Jurídica Sanchez.
- Rodriguez, L. (2015). *Derecho administrativo: General y colombiano*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A.
- Rojas, A. S. (1977). *Derecho administrativo*. México: Porrúa.
- Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio jurídico*, 195-216.
- Salud Capital. (24 de 10 de 2018). <http://www.saludcapital.gov.co/sitios/VigilanciaSaludPublica/Protocolos%20de%20Vigilancia%20en%20Salud%20Publica/Mortalidad%20Materna.pdf>. Obtenido de <http://www.saludcapital.gov.co/sitios/VigilanciaSaludPublica/Protocolos%20de%20Vigilancia%20en%20Salud%20Publica/Mortalidad%20Materna.pdf>
- Sanchez, D. C. (2017). *La responsabilidad extracontractual patrimonial del Estado: Una mirada hacia la teoría de la socialización de los riesgos en el Estado posmoderno: Caso colombiano*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Santafe, P. A. (2017). *La historia clínica en el proceso civil: Una crítica a su empleo como principal medio de prueba en los casos de responsabilidad médica. Tesis para obtener el título de abogada*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Sepulveda, D. A. (2014). La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica. *Revista Acta Médica*, 207-213.
- Serrano, L. G. (2012). *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina & Ley Ltda.

- Sierra, P. A. (2014). *El acceso al aborto en Colombia, ¿Un estado de cosas inconstitucional?. Tesis para optar título de maestría en derecho, con énfasis en derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Soler, L. A. (2005). La culpa en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Estado jurisprudencial y modalidades de manifestación. *Revista calidad asistencial*, 223-227.
- Taborda, L. D. (2014). *La culpa y su carga probatoria en la responsabilidad médica: Análisis jurisprudencial (años 2003-2013) Tesis en maestría en derecho privado*. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Torreblanca, J. C. (2001). *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001*. Madrid: CCJC.
- UNFPA; Ministerio de Salud. (2014). *222 millones de mujeres no tienen acceso a la planificación familiar en el mundo*. Bogotá: UNFPA & Ministerio de Salud.
- Uribe, A. M. (2015). *Responsabilidad del Estado frente a la prestación de los servicios de salud y los actos médicos*. Medellín: Universidad CES.
- Vallejo, F. J. (1995). La historia clínica en atención primaria. *Revista el médico*, 48-63.
- Vignoli, J. R. (2017). Deseabilidad y planificación de la fecundidad adolescente en América Latina y El Caribe: Tendencias y patrones emergentes. *Notas de población*, 44(104), 121-144.
- Villanova, R. R. (1955). Sobre el concepto y definición de la responsabilidad legal del médico. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 11-26.
- Vives, L. (2019). El consentimiento informado viciado o inexistente y el régimen de responsabilidad médica. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*. (p. 568-585).
- Zamudio, L., Rubiano, N., & Wartenberg, L. (1999). *El aborto inducido en Colombia: Características demográficas y socioculturales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Referencias jurisprudenciales

- Corte Constitucional, Sala Séptima, T-477 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sala Plena, SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena, C-355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sala Plena, C-133 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sala Octava, T-388 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Novena, T-209 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sala Plena, C-182 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, Sala Octava, C-216 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional, Sala Primera, T-1229 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 6344 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 30 de Octubre de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 30620 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 16 de Octubre de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. ACU-1016 (C.P. Maria Elena Giraldo: 18 de noviembre de 1999).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 29590 (C.P. Enrique Gil Botero: 10 de septiembre de 2014)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 30419 (C.P. Stella Conto Diaz del Castillo: 26 de junio de 2015).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 36794 (C.P. Carlos Alberto Zambrano: 27 de mayo de 2015).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 40558 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 5 de Julio de 2018).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 40912 (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico: 17 de agosto del 2017).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 19760 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 25 de mayo de 2011).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 19840, 2012 (C.P. Hernán Andrade Rincón: 9 de mayo de 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 40057, 2016 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 3 de octubre de 2016).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262, 2016 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 5 de diciembre de 2016).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 39952, 2018 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 2 de mayo de 2018).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 4094, 2011 (C.P. Gladys Agudelo Ordoñez: 24 de marzo de 2011).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 17276 (C.P. Enrique Gil Botero: 30 de junio de 2008)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 12123, 2000 (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 17 de agosto de 2000).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 8380, 1994 (C.P. Julio Cesar Uribe Acosta: 15 de septiembre de 1994).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 8025, 1993 (C.P. Daniel Suárez Hernández: 30 de julio de 1993).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 7274, 1992 (C.P. Daniel Suárez Hernández: 13 de agosto de 1992).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 6477, 1992 (CP. Carlos Betancur Jaramillo: 14 de febrero de 1992).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 6754, 1992 (C.P. Carlos Betancur Jaramillo: 24 de agosto de 1992).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 6897, 1992 (C.P. Daniel Suárez Hernández: 30 de julio de 1992).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 7973, 1994 (C.P. Julio César Uribe Acosta: 18 de abril de 1994).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 9142, 1995 (C.P. Carlos Betancur Jaramillo: 3 de febrero de 1995).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 6513, 1993 (C.P. Juan de Dios Montes Hernández: 8 de octubre de 1993).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 11301, 1996 (C.P. Jesús María Jaramillo Ballesteros: 22 de mayo de 1996)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15276, 2005 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio: 14 de julio de 2005).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16098, 2007 (C.P. Enrique Gil Botero: 3 de mayo de 2007).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 25870, 2013 (C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz: 13 de febrero de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 21190 (C.P. Danilo Rojas Betancourth, 12 de agosto de 2011).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15283, 2006 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez: 31 de agosto de 2006).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15655, 2006 (C.P. Ramiro Saavedra Becerra: 27 de abril de 2006).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16132, 2008 (C.P. Myriam Guerrero de Escobar: 1 de octubre de 2008).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, P. 20087, 2010 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez: 28 de abril de 2010).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15563, 2008 (C.P. Ramiro Saavedra Becerra: 20 de febrero de 2008).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16085, 2008 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio: 26 de marzo de 2008).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 18098, 2009 (C.P. Myriam Guerrero de Escobar: 7 de octubre de 2009).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 19566, 2009 (C.P. Myriam Guerrero de Escobar: 23 de septiembre de 2009).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15852, 2009 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez: 25 de febrero de 2009).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, P. 28804, 2014 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 28 de agosto de 2014).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16132, 2008 (C.P. Myriam Guerrero de Escobar: 1 de octubre de 2008).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 21273, 2011 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 14 de septiembre de 2011).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección B, P. 24257, 2013 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 29 de julio de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 28860, 2013 (C.P. Danilo Rojas Betancourt: 27 de septiembre de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 27641, 2013 (C.P. Danilo Rojas Betancourt: 5 de abril del 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 27743 (C.P. Carlos Alberto Zambrano: 20 de julio de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 20139, 2011 (C.P. Mauricio Fajardo: 2 de mayo de 2010).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26933 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 9 de octubre de 2014).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, P. 22747, 2012 (C.P. Carlos Alberto Zambrano: 21 de marzo de 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 24577 (C.P. Enrique Gil Botero: 9 de septiembre de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 292621 (C.P. Enrique Gil Botero: 24 de Julio de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 22735, 2012 (C.P. Carlos Alberto Zambrano: 8 de febrero del 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 31614, 2014 (CP. Danilo Rojas Betancourth: 29 de mayo de 2014).

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 32202, 2015 (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz: 26 de febrero de 2015).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 38149, 2015 (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz: 26 de febrero de 2015).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 36816 (C.P. Hernán Andrade Rincón: 25 de enero de 2017).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 22424, 2012 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 28 de septiembre de 2012).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 22454, 2015 (C.P. Danilo Rojas Betancourt: 29 de septiembre de 2015)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 18991, 2012 (CP. Stella Conto Diaz del Castillo: 21 de marzo de 2012).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26406, 2013 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 27 de septiembre de 2013).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 37493, 2017 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 2 de mayo de 2017).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 36565, 2017 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa : 18 de mayo de 2017).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 36257, 2017 (C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas: 2 de mayo de 2017).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 20836, 2011 (C.P. Enrique Gil Botero: 24 de marzo de 2011).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 40912, 2017 (C.P. Marta Nubia Velásquez: 17 de agosto de 2017).

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 49117, 2017 (C.P. Jaime Enrique Rodríguez: 24 de abril de 2017).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 22076, 2013 (30 de octubre de 2013 C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 30 de octubre de 2013).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26398, 2013 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 28 de febrero de 2013).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 41390, 2018 (C.P. María Adriana Marín: 26 de abril de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 30623, 2015 (C.P. Olga Valle de la Hoz: 28 de febrero de 2015).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 38888, 2018 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 10 de mayo de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 38805, 2015) (C.P. Olga Valle de la Hoz: 26 de noviembre de 2015).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 45789, 2018 (C.P. Maria Adriana Marin: 21 de noviembre de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 44222 de 2018 (C.P. Martha Nubia Velasquez: 19 de abril de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, P. 34578 de 2016 (C.P Stella Conto Díaz: 1 de agosto de 2016).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 23012 de 2012 (C.P. Carlos Alberto Zambrano: 9 de mayo del 2012).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 26398, de 2013 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo: 28 de febrero de 2013).

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 43149, 2018 (C.P. Maria Adriana Marin: 13 de noviembre de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 43817 (C.P. Maria Adriana Marin: 11 de octubre de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 22075, 2012 (C.P. Enrique Gil Botero: 28 de marzo de 2012).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 22163, 2012 (C.P. Enrique Gil Botero: 28 de marzo de 2012).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 43378, 2017 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 30 de noviembre de 2017).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, P. 40729, 2018 (C.P. Jaime Enrique Rodriguez: 9 de julio de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 14696 (C.P. Alier Eduardo Hernandez Enriquez: 1 de julio de 2004).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, P. 18946 (C.P. Myriam Guerrero de Escobar: 14 de abril de 2010).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 45926 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: 14 del julio de 2018)