

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE LAS RELACIONES ENTRE MÉDICO Y PACIENTE



Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD
MÉDICA DESDE LAS RELACIONES ENTRE MÉDICO Y
PACIENTE

AUTORES

Juan Daniel Otálvaro Pérez
Andrés Felipe López Muñoz

Enero de 2021
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mi bisabuelo Ignacio quien siempre se interesó sobremanera en todo lo que estuviera relacionado con la responsabilidad médica, y hoy cuando no pudiera verlo, con toda seguridad se habría regocijado por nosotros palmeándonos el hombro y felicitándonos estruendosamente. Y a su vez, agradecemos a nuestras familias y a nuestros amigos quienes siempre nos acompañaron en esta titánica labor.

Agradecimientos

Es nuestro deseo agradecer a las personas que de alguna u otra forma favorecieron el terreno para la culminación de este trabajo de grado, el cual, revestido en historias de dificultad, sorpresa y empeño, se ha logrado su terminación. A todo el Personal de la Biblioteca de la Universidad Autónoma Latinoamericana quienes siempre estuvieron dispuestos a asesorarnos en lo concerniente a bibliografía; Al Cirujano Daniel Jiménez, Al egregio Médico Álvaro Correa quien inconscientemente se convirtió en fuente de inspiración para propender a esta temática, al Dr. José Fernando Valencia Grajales quien ha estado en constante retroalimentación con nosotros sobre las pautas para este trabajo.

Hemos aquí su resultado

Resumen

La ley 23 de 1981 que se expidió el 18 de febrero del mismo año, reglamenta en su totalidad las normas de ética médica en Colombia, que regula concienzudamente los procederes del profesional de salud entorno a su ejercicio profesional, y que, de desconocer cualquier parágrafo de dicha ley le acarrearán, como es natural, responsabilidades tanto disciplinarias por su ética profesional, así como también responsabilidad contractual emanadas de las nociones civiles que instituye el código civil del mismo país, a todo este conjunto de deberes y obligaciones legaliformes se le denomina responsabilidad médica, y todos los médicos deben ceñirse a él en lo que respecta con el paciente. Sin embargo a lo largo de la historia se han precisado antecedentes que han coadyuvado a los ordenamientos jurídicos a evolucionar en su esquema de responsabilidad, para ello es menester distinguir lo que se conoce como Antecedentes, los cuales comportan por su evidencia o legado, un análisis de las relaciones entre el médico y paciente a lo largo de la historia para determinar la evolución de la responsabilidad médica, y teniendo en cuenta que la jurisprudencia colombiana ha favorecido con sus análisis jurídicos un adelanto ingente en esta responsabilidad médica, se destaca la utilización de aquellas providencias judiciales que tienen implicación en este caso.

Palabras clave: evolución de la responsabilidad médica, antecedente, rastreo histórico, jurisprudencia colombiana, relación médico y paciente, doctrina

Summary

The Law No. 23 of 1981, issued on 18 February 1981, fully regulates medical ethics in Colombia, which thoroughly regulates the procedures of the health professional in the context of his professional practice and, if he/she disown any part of that law, naturally, entails disciplinary responsibilities for his professional ethics, as well as contractual responsibility of the civil notions that the civil code of the same country institutes. This whole set of legaliform duties and obligations is called medical responsibility, and all physicians must adhere to it with regard to the patient. However, throughout history, a background has been specified that has helped legal systems to evolve in their liability scheme. This requires distinguishing what is known as the Background, which behave by their evidence or legacy, an analysis of the relations between the physician and patient throughout history to determine the evolution of medical responsibility, and taking into account that the jurisprudence of Colombia has favored with its legal analyzes a huge advance in this medical responsibility, the use of those judicial orders that have an implication in this case is highlighted.

Keywords: evolution of medical liability / background / historical research / Colombian jurisprudence / physician and patient relation / doctrine

Tabla de contenido

Dedicatoria	3
Agradecimientos	4
Resumen	5
Summary	6
Tabla de contenido	8
Planteamiento del problema	12
Introducción	12
Pregunta de investigación	14
Objetivos	14
General	14
Específicos	14
Justificación	15
Marco Teórico	17
Antecedente de responsabilidad civil médica en la Roma imperial	17
Antecedente primeras relaciones entre el médico y paciente	20
Manejo legal de la actividad médica en la Castilla Medieval	22
Responsabilidad médica en Colombia. Aportes doctrinarios	24
Marco jurisprudencial de la evolución de la responsabilidad médica	24
Diseño Metodológico	25
CAPÍTULO I.	27
1.Evolución histórica de la relación médico-paciente	27
2. Fenomenología relación entre el médico y paciente	31
3. Antecedentes históricos frente a la responsabilidad	37
4. Responsabilidad médica en la Antigua Grecia	40
5.Responsabilidad médica en Babilonia. El Código Hammurabi	42
6. Fundamentos éticos de la medicina	44
6.1 Galeno de Pérgamo y sus aportaciones a la ciencia médica	44
CAPÍTULO II	49
1.Evolución normativa que exige la responsabilidad médica.	49
1.1 Estructuras jurídicas secundarias para la evolución de la responsabilidad médica.	51
2.Relación Jurídica Profesional a través de un contrato	53

CAPÍTULO	III
59	
1. Fundamentos jurisprudenciales de la responsabilidad médica	59
2. Antecedentes de responsabilidad médica en España, particularmente en Castilla	59
2.1 Fuero Real de Alfonso X	61
2.2. Las Siete Partidas de Alfonso X	64
3. Jurisprudencia española sobre responsabilidad civil médica. Aspectos más destacados	65
4. La responsabilidad civil médica desde la jurisprudencia colombiana	70
4.1. Origen de la responsabilidad civil en materia médica en la jurisprudencia colombiana	71
4.2. Estado actual de la responsabilidad civil médica en Colombia	77
4.2.1 Diagnóstico médico desde una mirada científica	
Jurisprudencia en relación al derecho al diagnóstico.	77
4.2.2 Consentimiento informado. Jurisprudencia relacionada	
81	
4.6. Estado jurisprudencial actual de la responsabilidad civil contractual en materia médica	83
Conclusiones	87
Referencias	94

Introducción

Las relaciones que se producen entre un médico y el paciente no se limitan a la prestación de un servicio de salud por parte del primero, y a la contraprestación económica del paciente al que se le suministró el servicio. Hoy en día todos los ordenamientos jurídicos del mundo están determinados por una regulación jurídica en lo que comporta al ejercicio del médico y por las resultas que tenga con el paciente. A esto se le denomina responsabilidad médica, con esto surgen preguntas luego de que se tenga hoy día total certeza de lo imprescindible que es la responsabilidad médica tanto para los profesionales de la salud como para las instituciones prestadoras de servicios. No obstante, es necesario considerar que en la Antigüedad hay una muestra contundente de que no siempre las relaciones entre el médico y el paciente se regularon de la forma como hoy se hace, de hecho, la problemática comienza cuando surgen cuestionamientos de esta índole: por qué no se hablaba puntualmente de la responsabilidad médica en la antigüedad, y desde cuándo comenzó a entenderse como una obligación a cargo del médico con el o los pacientes.

Mediante un análisis de estas relaciones dadas entre el médico y el paciente desde la evolución histórica de la responsabilidad médica es que se pueden llegar a resolver estos interrogantes. Por consiguiente el conocimiento que se pueda obtener de la responsabilidad médica requiere el conocimiento de esos procesos históricos en los que entra en escenario el profesional de la salud, el médico, o como se le conocía anteriormente el galeno, con el paciente, que se constituye como el objeto de atenciones y procedimientos, y más sabiendo que la responsabilidad médica recibe la entera atención en la actualidad de todos los ordenamientos jurídicos en tratándose de un régimen o ente regulador de lo que pueda suceder en el médico y el paciente. Saber hoy día de esto es crucial, más cuando se comprende el importante rol que juega hoy día y el alcance que posee su concepto, concepto que históricamente no se acogió de la forma como hoy si ocurre.

Para requerir una respuesta con respecto al desarrollo histórico de esas relaciones jurídicas y profesionales entre un médico y el paciente desde la responsabilidad médica primero se necesita entender que esta investigación compromete la utilización de los antecedentes históricos fidedignos de la antigüedad para estudiar a la responsabilidad médica y su evolución, sumado a un análisis de la evolución de la responsabilidad médica a la luz de la jurisprudencia colombiana. Solo esto será posible profundizando en las relaciones históricas entre el médico y el paciente, por lo tanto, ¿Cuál ha sido el desarrollo histórico de las relaciones jurídicas y profesionales entre el médico y el paciente desde la responsabilidad médica?

Si bien, con este proceso de rastreo y cavilación o ponderación de esas fuentes históricas pertinentes, no solo se comprende la finalidad de la exigencia de responsabilidad médica sino también la evolución de la misma. Todo esto potenciará la comprensión de la exigencia de la responsabilidad médica y lo que se presentó detrás de ella a punto de

Entender el porqué de la existencia de la constitución de los diferentes momentos medicales, por qué se han creado conceptos jurídicos como error y culpa médica como instrumento de

regulación de la ciencia médica desde un espectro legaliforme y elementos que surgen paulatinamente producto de este rastreo. Lo anterior nos permite formularnos la siguiente pregunta ¿Cuál ha sido el desarrollo histórico de las relaciones jurídicas y profesionales entre el médico y el paciente desde la responsabilidad médica? Para ello se propuso: Analizar las relaciones entre médico y paciente a lo largo de la historia para determinar la evolución de la responsabilidad médica. Lo antes propuesto se desarrolló por medio de la descripción de la evolución histórica de la relación médico-paciente frente a su responsabilidad; la evolución normativa que exige la responsabilidad médica; y finalmente se intentó comprender la finalidad de la exigencia de la responsabilidad médica desde la jurisprudencia colombiana

La responsabilidad médica ha sido un tema ampliamente tratado en los ámbitos tanto doctrinales como jurisprudenciales en el Derecho Positivo, incluyendo por supuesto nuestro ordenamiento jurídico colombiano y podría pensarse que todo está dicho en este asunto. Sin embargo, desde siempre se ha visto y se ha analizado esa relación entre médico y paciente, al menos desde la óptica del Derecho, como una mera relación jurídica, como algo rígido y frío en el que simplemente se ejecuta una labor a cambio de una contraprestación económica y que, si ocurre algún daño entonces el médico, como sujeto activo de dicha relación, es merecedor de un ‘castigo’ que se traduce en responsabilidad civil.

Mal haríamos en decir que esta noción es errada, mas es insuficiente pues hemos encontrado que ese análisis jurídico suele dejar a un lado el componente humano y ético en la relación ya mencionada, pues por momentos no puede evitar decidir cómo regir determinado comportamiento humano sin dejar a un lado su naturaleza intrínsecamente legalista. No se puede pues dejar de lado el punto de vista de los médicos en este asunto, toda vez que son ellos los protagonistas esenciales del desarrollo mismo de la ética médica, razón que nos motivó a ahondar a su vez en los razonamientos que los más avezados de los médicos que la historia ha parido tienen para decirnos.

Todo lo anterior fue lo que nos motivó a emprender la búsqueda de antecedentes no solo médicos sino de justificaciones o motivos de índole ética y humanista que han moldeado a la responsabilidad médica, pasando por estadios históricos remotos como la Roma Clásica y su influencia aún viva en el derecho contemporáneo; las distintas codificaciones de la Castilla Medieval, en particular la del Siglo XIII, con especial énfasis en aquellas codificaciones que presentan una gran relevancia histórica y jurídica no solo para Castilla y España misma sino también para el resto de las naciones que rigen sus estados por el derecho positivo; la jurisprudencia española de esta nueva era nutrida a su vez de la francesa, hasta finalmente llegar a la doctrina y jurisprudencia colombiana de nuestros días, para que de esta manera se pueden entremezclar la Medicina, la ética detrás de ella y el Derecho con el fin de entender el qué, el cómo, el por qué y el hacia dónde de la responsabilidad civil en materia médica en Colombia.

Desde luego que un proceso de implementación de providencias judiciales emanadas de los distintos órganos del ordenamiento jurídico colombiano, y con ellas llegando a la comprensión de la finalidad de la responsabilidad médica y su respectiva evolución, resaltarán en el marco de esta investigación un aporte valioso para la doctrina puesto que permite dilucidar el cómo la

jurisprudencia colombiana en los casos referidos a lo largo de su historia con respecto a la responsabilidad médica, surten un efecto de profundización en esta responsabilidad misma ya que a la luz de esas interpretaciones y consiguientes providencias jurídicas de casos atinentes entre médico y paciente, es que se amplía el panorama de comprensión de responsabilidad y a que esta misma tenga mayor alcance y desde luego continúe evolucionando como lo ha hecho hasta ahora, y adicionalmente rescatar que elementos de humanización de la medicina ocurren y han ocurrido gradualmente.

Antecedente de responsabilidad civil médica en Roma imperial

Es menester hacer alusión a los juristas de la época Clásica Romana Próculo y Labeón utilizaron de manera prolífica conceptos jurídicos y médicos a la hora de resolver casos específicos en los que se debatía posible responsabilidad por parte de los médicos. Decía Labeón que la responsabilidad exigía la existencia de un nexo causal directo entre la conducta y el hecho y que estaba obligado por la Lex (específicamente la Lex Aquilia que se mencionara más adelante). Los mencionados juristas recopilan sus análisis en las Institutas de Justiniano en donde se expresa: “*si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa*”. (L.IV, T.III. p.6). En esta cita encontramos que estamos ante una responsabilidad de carácter netamente objetivo puesto que basta con que el médico abandone al paciente después de la operación para que se le endilga responsabilidad por culpa, lo que a su vez nos lleva a concluir que además de lo anterior existía una obligación de seguridad a cargo del médico y que dado el caso podía ser señalado de culpa por abandono.

En este sentido, estamos dos momentos diferenciados en la prestación del servicio: Al momento de usar el medicamento por parte del médico y que dicho uso sea errado (culpa in eligendo) Y, después de la operación o procedimiento en donde, dado el caso, ocurre lo que se denomina culpa por imprudencia al abandonar al paciente a su suerte como se mencionó más arriba. Esa serie de actuaciones podían darse distintos tipos de culpa según su gravedad, además de que se contaba a la impericia del médico dentro de la así llamada Culpa, debido a que la pericia o dominio de una ciencia o arte (en este caso la medicina) y con la extemporaneidad del servicio como criterios o componentes a analizar en dado caso que se llegase a presentar un litigio entre médico y paciente, ya que eran necesarios para entender la responsabilidad médica como una práctica compleja.

Siendo así, vimos que se presentaban dos elementos a analizar, a saber: la impericia del médico y la categoría social del paciente. La impericia se entendía como *de facto* en el entendido que se presumía la idoneidad del médico a la hora de ejercer su oficio y que además su actuar debía de estar regido por la *bona fide* o la Buena Fe. Por su parte el carácter social, o más bien, económico social señalaba que si el que sufría el daño era un esclavo, la naturaleza de la responsabilidad era netamente indemnizatoria y patrimonial, mientras que, si el afectado era un ciudadano romano libre o un *sui iuris patricio*, entonces entra a ser del conocimiento del derecho penal público, como regla general, tal cuestión queda explicitada como Labeón lo haría, que si alguien golpeará a un esclavo enfermo pero de forma leve y que luego este muera, lo obligara la ley Aquilia, a sabiendas que no todos los golpes son mortíferos e iguales (Doria, 2009)

Más adelante, encontramos que, en el año 468 de Roma, como producto de las rencillas entre Patricios y Plebeyos, la Ley Aquila instauró la Acción del daño injusto sobre las cosas,

desarrollando con ello la ‘damnum iniuria datum’, la cual presentaba un carácter eminentemente penal pero que tiene relevancia e incidencia en materia civil a día de hoy. Había en ella una tendencia finalista pues se tomaba al concepto de ‘injustamente’ como criterio para valorar la conducta en forma integral. Dicha Ley Aquilia presentaba una dosimetría o tasación proporcional que se determinaba según el mayor valor que haya tenido la cosa objeto de litigio en el año en que aquello hubiese sucedido, lo que se denomina proporcionalidad de la sanción, sumándole a ello el carácter netamente casuístico con el que se resolvían las diferencias no solo en materia de responsabilidad médica sino en los demás tipos de responsabilidad.

Por su parte, a partir del derecho Justiniano se empiezan a dar una serie de transformaciones al antiguo concepto de derecho clásico, pasándose de un derecho netamente penal a uno de carácter civil, más precisamente el de las Obligaciones. Dichas transformaciones o evoluciones se fueron manifestando a lo largo de posteriores épocas romanas e incluso hasta la Edad Media.

Además, se manifiesta la posibilidad de que la conducta pueda ser considerada culposa, lo cual hace posible la indemnización por el daño causado en virtud de la evolución que la precitada norma tuvo a lo largo de la historia romana, es decir, pasó de tener un carácter penal a presentar una naturaleza civil.

Como último punto y para concluir con la responsabilidad médica en el derecho romano, no podemos olvidar señalar que la jurisprudencia colombiana ha hecho uso de las premisas de la responsabilidad subjetiva del derecho romano, premisas que han devengado en posteriores teorías como la del hecho probado.

Antecedente primeras relaciones entre el médico y paciente

Los estadios históricos de la región de la media luna fértil, entre ellos, Egipto, aporta primigenias uniones entre el médico y el paciente, destacando profesiones en el saber médico para distinción de las partes anatómicas del ser humano, con estas especialidades médicas se da una profundización en el ramaje médico, es decir una evolución en la medicina a través de las interacciones entre el médico y el enfermo. y aun con estos descubrimientos y materia empírica no se habla remotamente de una responsabilidad médica tal como la que se conoce hoy día, en esta situación dilucida que, si bien hay elementos de una punición por parte del faraón, no posee la estructura de un sistema orientado a conocer y modelar las interacciones del médico y su experticia profesional como lo hace la responsabilidad médica misma.

El imperio asirio está ubicado en la zona que se le conoce por los historiadores como padam-aram o Mesopotamia , civilización en proceso de formación que contribuye a las relaciones entre un médico y un paciente desde fenomenologías o prácticas arriesgadas en la integridad del paciente, mencionar que recibe la nomenclatura de “médico” aquel que atiende a los enfermos en este estadio histórico adolecería de un anacronismo puesto que la naturaleza conceptual de un médico está marcada por una ética, un canon de conocimientos y una praxis delimitada por un régimen de responsabilidad , por consiguiente en la esfera de una interacción entre esa persona que asume actos tendientes a atender la salud del enfermo descuella la intención precursora de atender en partes de riesgo anatómico para el individuo, tanto así que prefigura la primera base de una anestesia para procedimientos quirúrgicos.

Babilonia bajo el reinado del político egregio Hammurabi instituyó un cuerpo de leyes para la regulación de la sociedad y sus proceder, a estas leyes las engloba en la definición de código o

código, que llega a trastocar el tema de la responsabilidad de un médico o curandero (según la cosmovisión de aquel tiempo) produciendo un sistema de castigo basado en la ley del ojo por ojo y de la tasación de perjuicios según el status social del individuo, una visión hoy día retrógrada e inaceptable, constituyendo esa revelación no un antecedente para la evolución de la responsabilidad médica sino un esquema atípico y sui generis que no coadyuva directamente a la responsabilidad médica pero sí profundiza en el elemento castigador ante un daño que produzca un médico a un enfermo, y esta noción si es rescatable primigeniamente pues describe los procesos sociales históricos que experimentó el médico y el enfermo en el margen de sus relaciones.

Grecia clásica también tiene una fundamentación teórica y legado práctica imprescindible para describir esa evolución histórica de la relación médica y paciente desde un esquema de responsabilidad, y añadida humanización de la profesión médica.

El juramento hipocrático y todo su legado ético orientaron la profesión para fortificarla desde el cimiento de la adecuada atención que el enfermo debe recibir del galeno, y de los diagnósticos médicos que colaboran a que la relación entre ambos se optimice para evitar la producción de daños que ya comienza a ligarse desde una responsabilidad

Galeno de Pérgamo, orientó no tanto en el tema de una evolución en la responsabilidad médica a partir de un antecedente fructífero sino a través del perfeccionamiento en las relaciones del médico con el paciente, las cuales al mejorar pueden favorecer un terreno de mejoría en la responsabilidad médica. Su influencia ha sido tal que su nombre fue utilizado para referirse al profesional de salud. Sus más grandes aportes es el de la creación de una terminología médica, verbigracia: epíffisis. Y su ingente producción literaria de anatomía valió al mundo de la ciencia un adelanto en cuanto a la comprensión del cuerpo humano y de la gran responsabilidad que está depositada en manos del galeno con el enfermo que lo solicita.

Manejo legal de la actividad médica en la Castilla Medieval.

Abordamos el estudio de variadas disposiciones normativas que vieron la luz en el Siglo XIII que se encargaron de dejar por escrito aquellas disposiciones referentes a la actividad médica y los castigos que podían sufrir quienes, al ejercer tal actividad se vieran envueltos en errores o malas prácticas que a su vez repercutieron en un daño sobre el paciente , esto con el fin de hacer un paralelo entre lo preceptuado en esas normatividades y las que le siguieron en el derecho positivizado, con especial énfasis en el español en lo referente a la responsabilidad médica y cómo este influyó a su vez en el derecho colombiano sobre la misma materia.

Responsabilidad médica en Colombia. Aportes doctrinarios

La responsabilidad médica se enmarca en la ley 23 de 1981 que instituye las reglas en lo relacionado con el ejercicio profesional, pero también en virtud a sinfín de apreciaciones jurisprudenciales que generan peso de ley. En el ámbito legislativo, tal mencionada ley y leyes como las aplicables de los artículos del código civil en un ámbito contractual, son elementos normativos que constituyen genéricamente la responsabilidad médica, podemos sintetizar la responsabilidad civil contractual médica como la aparición de ciertos efectos jurídicos como consecuencia de un hecho u omisión por parte de los profesionales de la salud que repercuta en

un daño sobre la salud o la vida de aquellos que contraten sus servicios médicos y que el actuar del galeno sea negligente o culposo, no desde un punto de vista subjetivo sino desde un ámbito obligatoriamente objetivo. Este hecho dañoso necesariamente ha de ser resarcido patrimonialmente en favor de la víctima, quien además deberá demostrar probatoriamente la ocurrencia del hecho u omisión que le causó el daño que alega. Existen a su vez dos categorías de obligaciones en la actividad médica, a saber: de medios y de resultado. En la primera, al médico se le exige únicamente que ponga a disposición del paciente todo su saber y toda su pericia profesional a fin de minimizar los riesgos inherentes a la actividad médica que por su misma naturaleza es imprecisa y para nada absoluta pero que sin embargo se le deben de respetar y garantizar al paciente la máxima garantía y seguridad en los procedimientos médicos que contrate.

No podrá olvidarse además que lo que está preceptuado en el código civil colombiano, en cuanto a sus artículos relacionados con obligaciones, aplicables al modelo de responsabilidad médica será utilizable ya que continúe la fuerza de ley en sus párrafos que ceñirá la relación del médico y paciente ante la constitución de una responsabilidad médica desde el esquema contractual y no el ético disciplinario de la ley 23 de 1981.

La implementación de análisis doctrinarios constituidos en libros de responsabilidad médica, son de gran utilidad para profundizar en los conceptos que sean extraídos para complementar las resultas jurisprudenciales colombianas y los antecedentes históricos con respecto a la evolución normativa de la responsabilidad médica.

Marco jurisprudencial de la evolución de la responsabilidad médica

La utilización de la jurisprudencia colombiana es un elemento intrínseco y fundamental para comprender a la luz de los litigios suscitados en un escenario jurídico procesal y con providencia judicial, una fuente de conocimientos agregados en tratándose del proceso de evolución de responsabilidad médica, y esto, no puede lograrse de otra forma ya que son las relaciones entre el médico y paciente lo que despliegan la jurisprudencia misma, partiendo de un elemento fáctico, una comprensión de las finalidades de la responsabilidad médica y una descripción de su evolución normativa se da, sirviéndose de sentencias destacables del ordenamiento que dada la naturaleza de su regulación contribuye para entender ese desarrollo histórico.

La sentencia T- 158 De 2018 de la corte constitucional cuyo tópico es el de responsabilidad médica en materia civil desde el manejo de un defecto fáctico en tutela contra providencia judicial, aporta matices y nuevas interpretaciones importantes para entender esa transición de la responsabilidad médica y los elementos que se estudian en ella, que, desde luego, aportan a su perfeccionamiento en materia de régimen de responsabilidad.

La sentencia T-235 De 2018 analizada desde un enfoque de protección del acceso efectivo del derecho fundamental de la salud que trastoca la responsabilidad médica, y añadidos análisis de otras sentencias dan luz a esa evolución de responsabilidad médica, no solo complementada doctrinariamente sino jurisprudencialmente, lo que le acuña a esta responsabilidad que se encuentra en proceso de transición.

La utilización de la sentencia con ID 418701 del 5 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia, es un antecedente jurisprudencial colombiano remoto que comienza a implementar

elementos doctrinarios de juristas que se pronuncian sobre el tema de responsabilidad médica, y constituye un dechado para las sentencias judiciales que comienza a regular procesos de responsabilidad médica y con ello tener un seguimiento de la evolución normativa a la luz de lo más destacado de la responsabilidad médica.

El tribunal supremo de España en la sentencia del 30 de diciembre de 2004 aporta jurisprudencialmente un precedente sobre distinción de obligación de medios y resultados, netamente funcional si se trata de procurar la búsqueda de cuales o cual es la finalidad de la exigencia de responsabilidad médica y cuál es su consiguiente evolución normativa. Es de recordar que las nociones jurídicas legadas de España se tienen en cuenta no solo por la jurisprudencia colombiana sino hispanohablante cuando se trata de tener fundamentos doctrinales o elementos jurídicos para solventar un caso.

DISEÑO METODOLÓGICO

Es una metodología cualitativa descriptiva que se apoyó en la investigación histórica, con el fin de dar cuenta de las categorías o concepto de la responsabilidad médica con los cuales vamos a darle sentido a la comprensión del porqué en la antigüedad no se hablaba de ella y desde cuándo comenzó a entenderse como una obligación a cargo de los médicos respecto de sus pacientes y para lo cual se hará un rastreo en las sentencias más significativas en materia de responsabilidad médica por parte de la jurisprudencia colombiana.

A su vez, se realizó una recopilación y un análisis documental de distintas codificaciones que rendían cuenta del tratamiento que se le daba a los errores o malas prácticas de índole médica en la Castilla del siglo XIII, esto con el fin de rastrear los antecedentes más significativos cuando de derecho médico (al menos lo que hoy entendemos por tal) en nuestra lengua castellana, con el fin de comprender cómo se desarrolló la jurisprudencia española actual, que a su vez influyó en el manejo jurisprudencial que se le da en a día de hoy en Colombia a la responsabilidad médica de carácter contractual.

Para las relaciones entre el médico y paciente a lo largo de la historia, requerirá un análisis de esos antecedentes históricos como Egipto, Asiria, Babilonia, Grecia, Roma, que complementaran las bases de investigación y comprensión de la responsabilidad médica, teniendo en cuenta estos antecedentes que si bien son más remotos, orientan en cómo estaba la situación de responsabilidad médica entre médico y paciente, y adquirir un significado en porque hoy día hay exigencia de responsabilidad médica.

Capítulo I

Evolución histórica de la relación médico paciente

La evolución de las relaciones entre un médico y su paciente a lo largo de la historia están determinadas por el escenario histórico en el que se comenzó a dar esas interacciones sucintas que se fueron amoldando. Para destacar esto es menester comprender que la medicina ha pasado por fases en las que se podría denominar sagrada, ya que como su nombre lo dice, alude a atribuciones de los primeros galenos a tratamientos con el paciente que no desligan de ideologías sagradas y religiosas, luego, con el paso del tiempo, en una Grecia clásica en proceso de formación de su civilización se da algo denominado medicina técnica o experimental que incorpora mayor detalle en el tratamiento con el paciente, y surgen elementos que estructuran y hacen más compleja la relación entre el médico y el enfermo.

Una forma idónea para convalidar que conforme al trasegar histórico se hizo evidente la dicotomía o separación entre lo sagrado frente a lo eminentemente técnico o práctico, y con ello una muestra de la evolución médica misma es la apreciación que se tiene sobre Herófilo, gran prócer de la medicina griega

“En estas investigaciones también colaboró en las partes del ojo, sobre todo del nervio óptico y la retina. Él creía que el "pneuma" (aire circulante en el cuerpo que más tarde se llamará "oxígeno") era el responsable de los nervios en el cuerpo. Estas investigaciones le permitieron establecer que las enfermedades del ser humano se debían principalmente al exceso de un humor en el cerebro, y como este impedía la circulación del “pneuma” (G.D.Ponce, 2018, p.1).

Aunque no se comprueban de manera explícita la naturaleza de las acreditaciones profesionales de Herófilo, bien es sabido que en los anales de la Grecia antigua se prefigura como un médico clínico que claramente para el efecto de sus aportaciones en el área, requería como presupuesto para el logro de sus objetivos, darse a indagaciones anatómicas, en el entendido que el ahondamiento o profundización en el cuerpo humano es una clara muestra que se antepone como rasgo enunciativo de una postrera medicina sagrada en la cual jamás acontecen pesquisas o investigaciones de tal forma, y lo que es más en la preconizada medicina técnica se efectiviza su campo de estudios y protocolos por lo que se conoce como una estructura diagnóstica. Sí, en efecto, es lo que actualmente se le da el cobijo de diagnóstico médico, por ello no le fue indiferente a este ensayista e historiador médico pronunciarse sobre conceptos allegados a la medicina técnica, Entralgo (1964) afirma que:

En la estructura del diagnóstico hipocrático es posible discernir, a mi juicio, hasta cuatro momentos principales: exploración y descripción de la catástasis, resolución del dilema << sano o enfermo >>, descubrimiento de la especie a que pertenece la peculiar “necesidad” del desorden observado – *Týkhē* o *Ananké*- y obtención del diagnóstico individual (p.59)

Con lo expuesto se asevera que hay un modelo ejemplarizante utilizado para el procedimiento de un médico (sea quirúrgico o no) en el cual la implementación de un diagnóstico o como se manifestó un procedimiento exploratorio de la anatomía y causalidad del paciente junto a un

proceso de descripción y ubicación en alguna categoría, se llega al momento de comprensión de sintomatología del mismo. Elementos o creaciones categóricas como estas son las que finalmente marcan una antípoda o quiérase una separación entre la aplicabilidad de un arte auspiciado por elementos no comprensibles hacia la implementación de un arte con visos científicos y técnicos que pretende servir al humano y satisfacer esa “atención” en aras a unos principios que se hilvanaron, como el conocido Juramento Hipocrático.

Véase que la receta herbolaria es propia de medicina que se denomina sagrada o ancestral en los cuales el proceder del “médico” “no se adecua a ningún precepto de conocimiento o estructura como se mencionó sino más bien, hay un libre y quizás inconsciente ejercicio de su discrecionalidad (comprensible hasta cierto punto, atendiendo a la línea cronológica de la fuente). Tostado (2015) afirma:

Para elaborar los medicamentos utilizaban minerales (cloruro sódico, nitrato potásico...), animales (cabezas y pieles de serpientes, grasa, sangre, huesos...) y más frecuentemente vegetales, tanto de plantas (mirto, tomillo...), como de árboles (sauce, higuera, palmera datilera...) que eran administrados directamente, disueltos en líquidos (cerveza, vinagre, miel) o cocidos. Podían ser ingeridos oralmente, aplicados en enemas, en ungüentos o aspirados mediante vapores (p.1)

La naturaleza de aquel citado fragmento es una indicación de que la medicina sagrada imperaba por aquellos tiempos de hace más de tres milenios en un perímetro de la zona bíblica de padam-aram cual a su vez se halló alguna vez la civilización mesopotámica en fértil área circundante del Tigris y el Éufrates. Esto permite aducir que en la región mesopotámica comprendiendo civilizaciones como Sumeria, Asiria Y Babilonia , la medicina sagrada es el epicentro de las atenciones al pueblo, y en un marco de análisis de las fuentes históricas, no es sino hasta Babilonia que el código Hammurabi robustece una mayor exigencia del compromiso profesional del médico cuando en el acápite de responsabilidad al “ encargado del área de atención humana” responderá con su vida o con caprichosas compensaciones económicas en caso de incurrir sea en error o culpa médica. Conceptos que reciben un tratamiento indistinto por aquellos tiempos, y aun con todo, esto no rinde cuentas de un proceso de tecnificación o de deslindamiento de la medicina sagrada a la técnica, ni mucho menos un antecedente de responsabilidad médica, por ello Escohotado (1998) señala que “no hay una separación clara entre la medicina técnica con respecto a la sagrada hasta la llegada de Hipócrates” (p.21)

Las relaciones que se conciben entre el médico y el paciente, se le involucra nuevos elementos como injerencia en partes más complejas del cuerpo humano, estudios más avezados en el área de atención anatómica, no obstante, no hay directamente un residuo de responsabilidad médica ligada directamente a las actuaciones del galeno para con el paciente o enfermo

Durante la vigencia del Código Hammurabi en Mesopotamia, estaba estipulado que quienes ejercían las artes médicas recibieron como pago mayor cantidad de dinero (representado en siclos-plata) entre más alto fuera el rango social, si se puede decir, del paciente, cuyas esenciales jerarquías atinentes a la época son: awilum, o sea el ciudadano libre, el wardu: esclavos, y mushkenum: los subalternos, que a una reproducción de las jerarquías sociales tipificadas sería

algo como : nobles, clase media y esclavos o clase baja. Se distingue pues la responsabilidad diferenciada de acuerdo con el criterio expuesto, criterio que fue perdiendo validez en el trasegar histórico, empero no con la premura deseada en los distintos regímenes jurídicos a lo largo de la historia, sin llegar a mencionar la imposibilidad actual de discernir la naturaleza normativa de otra suerte de códigos coetáneos o cercanos al Hammurabi como el código de ur-nammu; el código de eshnunna; y el código de lipit ishtar. Se pasará gradualmente de un modelo que no discrimina la posición social como elemento para esa atención o prestación del servicio como criterio de valoración para la tasación tanto de costo por la utilización de los servicios especiales del “médico” así como también la estipulación de un castigo o pena discriminada según el estatus social del paciente en el supuesto dañoso o mejor, ante la ocurrencia de lo que ellos denominaban en su cuerpo legislativo “error” o “culpa”

Cuando el médico hacía bien su trabajo no habría trascendencia más allá de la terminación exitosa de la atención prestada a quien la requería, y el trueque entre el pago de siclos a cambio de la curación o tratamiento, pero cuando el escenario apuntaba a un error del médico, esto es lo que tenía que suceder : compensaba el error con su integridad (sea su vida o alguna parte de su cuerpo), con siclos de plata o con la restitución de un esclavo por otro, el castigo y las variaciones son un indicador de las marcadas diferencias sociales. Verbigracia: Si en una intervención médica acontece la muerte (por lo tanto, un error o culpa del médico) sobre un hombre libre, su pena es perder la mano, mientras que, si lo mismo acontece sobre un esclavo, lo deberá restituir por otro, y aun con todo es un tratamiento benévolo si extrapolamos la esencia deontológica que motiva otros artículos de ídem ley, pero ir más allá no comporta una incumbencia prudente para esta investigación.

2. Fenomenología relación entre el médico y paciente

Las relaciones dadas entre médico y paciente en el marco de intervención en pos de la salud del enfermo, requiere un cuidado y unas acciones que procuren tratamiento, este tratamiento está totalmente abierto a una fenomenología, sea en este contexto, el conjunto de apreciaciones fácticas o empíricas de hechos o circunstancias. Es claro que durante el trasegar de un médico con un paciente sucedieron tratamientos que fueron objeto de estudio y que además coadyuvaron a la medicina para que se entendiera no solo como ciencia reparadora sino también dañina si no se ejerce correctamente.

Esta fuente histórica se abre su lugar como un excelente ejemplo de la medicina experimental en una fase de progresión eso sí, no exenta de peligros concomitantes, así lo hizo ver y señaló el Profesor de Humanidades médicas de la Universidad Europea de Madrid, Gargantilla (2009) afirma:

Los asirios inventaron un método eficaz para causar anestesia, aunque no estaba exento de peligro, consistía en comprimir la carótida a nivel del cuello, provocando la consiguiente isquemia cerebral y la aparición de un estado comatoso, el cual era aprovechado por los cirujanos para realizar la intervención. (p.1)

Así mismo, entiéndase que el epítome de la evolución de la medicina experimental se hizo notar en cuanto al tema de la anestesia también, al contemplarse claramente como con el trasegar

histórico se descubrió o por lo menos se hizo consciente que el éxito de la medicina experimental no obedecería solo a un deseo de perfeccionamiento de una ciencia que es inexacta por naturaleza sino también al considerar que en el espectro de las relaciones jurídico profesionales entre médico y paciente debe procurarse una búsqueda de proteger la integridad del paciente y al ínterin de poder efectivizar en el campo práctico los saberes teóricos y propedéuticos que tanto se han cultivado con el fenómeno de ensayo-error, esto se ve positivizado cuando en una injerencia de elementos integradores de una ciencia más efectiva y con mayores estándares de seguridad y compromiso con el paciente se pase de un procurado intento de anestesiarse al paciente pasando de un somero estrangulamiento para procurar la inconsciencia a fuerza de efectuar los procedimientos médicos y/o quirúrgicos.

Algo común que ocurre en las fases más tempranas donde pulula en el campo de aplicación de la medicina sagrada es la voluntaria reluctancia o quierase, desprendimiento de cuál sea que fuere el ordenamiento jurídico que imperaba en el momento, es decir, un elemento común que nutre la diferenciación de una medicina sagrada a una medicina técnica es que, en la primera jamás se considera la generación de una relación jurídica ni es tomada como una profesión que en orden a su existencia debe rendir cuentas ante la autoridad por las vicisitudes que acontezcan durante algún campo de aplicación de la misma, mientras que en la medicina técnica hay una indiscutible asunción de profesión en la que (de alguna manera u otra) está ligado al ordenamiento jurídico. Es por esto que aunque se dirija la atención a el compendio legislativo y judicial del código Hammurabi se entenderá que los artículos que regulan la responsabilidad del médico al causarle daño al paciente o a la persona, implícitamente se le está imputando un carácter de reconocimiento legal de un ejercicio gremial como lo es la medicina, comportando que no se está ante una medicina sagrada, sino un antecedente en progreso de medicina experimental que sirve a la sociedad y se le da la significancia de oficio remunerado.

Por otra parte, en el entendido que el rasgo principialista de la medicina técnica o en su homólogo práctico: la experimental, es importante servirse de una prospección de la misma para comprender cómo ha sido el proceso de evolución temático, práctico y jurídico de la medicina, nótese a este respecto, un fenómeno denominado “proceso de incorporación de elementos” que fortifican el ahondamiento del médico u/o cirujano en el protocolo de atención o servicio al paciente, por ello, destacan médicos árabes posteriores como Abulcasis que implementa las tenazas e instrumental quirúrgico, involucrando un desarrollo histórico a la ciencia médica.

La naturaleza de una implementación de elementos instrumentales para dar soporte o fortificar la atención a un enfermo, consolida un basamento indisoluble de la prestación de un servicio personal a una persona determinada, para una circunstancia especial que atenderá ante todo al cumplimiento del objetivo o esencia de creación, cual comportará en este caso la pretensión de solucionar la salud al enfermo .

Téngase como pilar de investigación para discernir los avances de una medicina experimental que en el espectro de la medicina técnica no solo se trató de terapéuticas fundadas en el ensayo-error sino además del compendio de conocimientos teóricos que sin fin de eruditos pulimentaban

como piedra angular o dígase, doctrina científica para sustentar el ejercicio a futuros médicos en tiempos posteriores

La fenomenología de la relación entre el médico y el paciente no podría evaluarse si no se intenta distinguir en qué fase médica se encuentra esta relación, y si bien en el imperio asirio así como también durante la legislación babilonia de Hammurabi, en el cual, el primero describe procedimientos novedosos interesantes a la relación médico y enfermo, y el segundo, acuña unos monumentos de piedra legislativos para iniciar una suerte de pena o castigo por el mal proceder en la profesión, conecta aunque remotamente esos protocolos o procederes médicos que un médico o galeno no debería desoír, son un antecedente de lo que hoy día es denominado [Lex Artis]

Resulta interesante descubrir a través de las pruebas documentales que nos suministra la historia sobre la medicina, que las aportaciones teóricas y experimentales en el campo de la medicina no obedecen a los médicos de la antigua Grecia que comenzaron allanando un camino de tecnificación y estructuración clínica y esencias de la ciencia como el juramento hipocrático, sino que la medicina ancestral o sagrada también coadyuva en aportaciones de doble contenido: el teórico y el experimental para que galenos griegos y del mundo árabe se sirvan de estos antecedentes remotos para fortificar una ciencia que es tanto magna como compleja

Los egipcios ahondaron en la medicina a través de las relaciones del médico y paciente, no obstante, aunque escalan más en el desarrollo de la medicina, desde un tratamiento más cuidadoso, aún no hay esquemas de responsabilidad, pero si aportes valiosos.

La traumatología alcanzó notable desarrollo debido a las construcciones faraónicas. Sabían tratar luxaciones y fracturas en los accidentados, y disponían de instrucciones precisas para su atención. Los huesos fracturados se entablillaban, las heridas se curaban con miel y hierbas astringentes, y luego se vendaban. Para una luxación de mandíbula se impartían indicaciones exactas de cómo y dónde colocar las manos para su reducción. (Soriano, 2003, p.1)

Lo citado ofrece una contundente prueba que ratifica la impericia en el manejo de la integridad del ser humano pues se hacen manipulaciones sin cánones médicos instituidos o normativas, indubitablemente se genera nuevamente esto del ensayo- error y aún con toda facultad un camino de comprensión de lo que está bien en el proceder del médico para evitar reanudar estrategias o métodos que sean específicos al paciente, esto más la generación de nomenclaturas a las partes orgánicas y un manual de instrucciones arcaico de cómo proceder o añadir notas de avisos, recomendaciones u/u opúsculos en la anatomía humana (apenas en proceso de descubrimiento y exploración) va ligado a una perspicaz mentalidad de la civilización egipcia de (todavía reputándose una medicina sacro- experimental) procurar un orden en el espectro de la relación profesional y por lo tanto jurídica entre médico y paciente, erogar a la medicina experimental elementos para satisfacer los postulados iniciáticos de una medicina técnica. Se ha mencionado en el caso de Egipto, una medicina no sagrada, tampoco experimental ni técnica) sino sacro- experimental ya que gran parte de los papiros estudiados por egiptólogos y eruditos de áreas de ciencias humanísticas es imposible desligar totalmente las ideas religiosas de los

dioses sinaíticos que constituyen las octoadas o centros de adoración de aquellos tiempos, así como tampoco es un arte hechicero carente de teorías y terapéuticas impulsadas en un deseo de ofrecer un servicio a la sociedad, así pues, no es ni la una ni la otra, y eso es fenomenal en cierto aspecto, pues en su desnivel o categorización puntual ofrece espontaneidad en este gradual proceso de transición y avances históricos para espolear posteriormente fundamentos y bases a exponentes del área más avezados y tecnificados.

Preceptos como estos son los que permiten la especificación de cuales eran la suerte de avances, aunque no exactos, muy prometedores para ser acogidos por médicos griegos y médicos del mundo árabe quienes luego, sin saberlo, favorecerían una visión más profesional y evolucionada de una medicina oriental y occidental, por ello refiere Cárdenas (2001):

Los médicos egipcios determinaron y aprendieron las especialidades, así tenemos Suno médico general, Suno – Ir oculista, Custodio del ano – cuidador del ano del faraón, médico para enfermedades ocultas o de origen desconocido, dentista el Sehedy – Suno inspector médico, Suno – Generet médico del trabajo, Sa – Hermen, el que hace cauterizaciones, la asistencia sanitaria era gratuita, dicho esto es importante destacar que el estado pagaba a los médicos, que tenían que utilizar y cumplir con un protocolo, anotando el aspecto del paciente, estado de conciencia, poder auditivo, olor del cuerpo, calofríos, aspectos de las secreciones, orina, flema, especificando su aspecto, los edemas, la temperatura y alteraciones del pulso, es decir prácticamente una historia clínica del paciente.(p.1)

Estas peculiaridades que se avizoran en el imperio egipcio permiten entender que los fenómenos o en un sentido más estricto, esas observaciones empíricas del hombre enfermo y su respectivo tratamiento, germinan un terreno para que evolucione la medicina, pero su regulación a la luz de una responsabilidad no es consistente ni sistemática como para reputarse antecedente.

3. Antecedentes históricos frente a la responsabilidad

Los antecedentes sucintos de Egipto y Mesopotamia son pequeñas antologías que ilustran los graduales estados de evolución entre médico y paciente, salvo la legislación médica (arbitraria e ilegítima) de Hammurabi, no hay sombras de una tipificación o intento de erigir estamentos de responsabilidad médica, sin embargo los antecedentes otorgados por Roma y Grecia han sido fundamentales y utilitarios porque permiten describir esa evolución histórica de la relación médico y paciente desde la responsabilidad, y más extrayendo a grandes exponentes y eruditos que consolidaron un antes y un después en la comprensión y manejo de la medicina, de cada uno de los estadios históricos, siendo de Grecia: Galeno de Pérgamo e Hipócrates , y de Roma: fundamentalmente Labeón y Próculo.

Labeón, produjo con sus analectas o análisis de textos legales elevados a la inmortalidad en antiguos textos, una descripción de elementos que se incorporan a la relación entre un médico y paciente, y que trascienden para hacer o causar una evolución, adelanto, desarrollo y complemento de la responsabilidad médica, pues cuando menciona que un galeno desatienda a quien da cuidados, sea esto, un abandono en su labor, hay culpa en él. Este romano destaca la culpa por parte del agente que procura el tratamiento al enfermo, su influencia ha sido tal, que

hoy día todos los ordenamientos jurídicos del mundo desde los fundamentos de responsabilidad médica tienen el elemento de culpa como parámetro evaluador de la praxis del médico, incluso en Colombia actualmente prevalece este elemento.

El derecho de Justiniano llegó no solo a la edad media sino a todas las estructuras jurídicas contemporáneas, pues en cuanto a una evolución notoria del enfoque de responsabilidad que se comienza a adquirir en esa época, es el de una responsabilidad civil y no penal, distinguiendo la parte penal de un espectro delictivo de toda la polis, empero, rescataron que los errores o las culpas endilgadas a la actuación del médico no debían ser tratadas propiamente como un delito penal, sino desde una órbita civil que conlleva a un modelo de responsabilidad desde la indemnización de daños y desde el estudio de su proceder médico para con el enfermo.

En un artículo de revista llamado criterios jurídicos sobre responsabilidad médica en el derecho romano clásico un autor menciona sobre las pesquisas de Próculo, Doria (2009):

Dice Próculo que, si un médico hubiere operado con impericia a un esclavo, compete a la acción de la locación o de la ley Aquilia. Schulz (1990, p.81). En Ulp. 18 ed. D.9.2.7.8. (p.54)

Se intuía desde aquellos tiempos que el elemento enjuiciador para una población galénica se debe remitir en el marco de una responsabilidad a una ley o una estructura normativa, y no quedar ambiguamente punido un acto o lid emanada de la relación entre médico y paciente. Si bien es cierto que Roma desde su fundación hasta su terminación produjo sinfín de disquisiciones normativas de determinados temas, en cuanto a un antecedente certero producto de su experimentación de las relaciones médico-paciente desde la responsabilidad es que llegan a conceder para la posteridad un sistema de responsabilidad que aglutina la materia penal y responsabilidad civil indemnizatoria, cuyo grado de complejidad para la edad media fue tan difícil de sintetizar que requirió de mayores desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de cada ordenamiento jurídico.

Es interesante notar que no basta con los antecedentes, no son eficientes en su totalidad, pues el legado de sus figuras y avances en cuanto a la responsabilidad médica desde la óptica médico y enfermo no podría digerirse y aplicarse funcionalmente a cualquier ordenamiento jurídico y a una institucionalización de responsabilidad médica que no haya sido concebida fuera de él, por esto es que la jurisprudencia con el abasto de sus análisis jurídicos y particularidad de traer a colación en sus providencias, conceptos de otras decisiones es que fundamenta los ejes de la responsabilidad médica.

La responsabilidad médica propiamente en el Derecho Romano en su época particular, aunque es ajena (no en su totalidad) a los conceptos jurídicos que nos rigen hoy en día, se caracterizaba por una genérica impunidad (impunitas) para con el médico y por qué se regía por una responsabilidad aquiliana y una culpa subjetiva, las cuales no se diferencian según la época. Las concepciones sociales y jurídicas de la medicina varían de acuerdo con la calidad social de quien la ejercía. Por un lado, tenemos a la medicina que era ejercida por esclavos y libertos, y por el otro lado tenemos la que era practicada por los ciudadanos romanos libres (*ingenui*). A lo largo de las distintas épocas en las que se sostuvo Roma el pago por los servicios de los médicos era la

constante y la ética médica era tenida en alta estima por la sociedad. Se distinguían pues entre *salarium*, que indicaba que el médico recibía un salario por su labor; y *honorarium* que indicaba que se ejercía la medicina por mera liberalidad o gratuidad, lo cual quiere decir que no hay una prestación y donde no hay esta, lógicamente no puede haber una contraprestación. Así pues, estamos ante una situación que no tiene el carácter conmutativo o cooperativa que tiene a día de hoy, no obstante que en el evento de que acontezca algún daño sobre el cuerpo o la salud del paciente o alguna insatisfacción por parte de este, entonces ese daño o incumplimiento se debía resarcir necesariamente de forma pecuniaria.

4. Responsabilidad médica en la Antigua Grecia

Como un antecedente histórico más remoto que el estadio románico, resultan las primeras incursiones experimentales de los griegos en el cual comenzaron a estudiar en elementos que constituye la responsabilidad médica y complementan el canon de la medicina, ya se hablaba de salario para con el médico, de tratamiento y cuidado al enfermo, y de etimologías ligadas a la determinación de los daños colaterales producto de la ingesta de fármacos, algo que está íntimamente relacionado con la tipificación doctrinaria de los daños en cuanto a ejercicio médico, los cuales se distinguen genéricamente como: daño colateral, daño consecencial, daño por incumplimiento del objeto pactado. Todas estas tipificaciones doctrinarias no podrían haber surgido sin elementos históricos que experimentaron antes y reforzaron su praxis, como en este caso el estadio ancestral griego. Se tiene una descripción de una historiadora en uno de sus famosos podcast llamado La medicina en la antigüedad

“iatrogenia significaba aquellas cosas que podían resultar como perjuicios o problemas de fármacos (...) efectos secundarios de los fármacos (...) iatra era también el salario del médico, con lo que se le pagaba, pero también era una ofrenda que se le daba al dios para la curación, la medicina se relacionaba también con terapia, que era el encargado de cuidar al enfermo (Uribe, 33:23, CAM)

Sin embargo, aunque suene un tanto sectaria esta afirmación, no es Grecia misma quien se constituye como un antecedente fundante para entender la evolución de la responsabilidad médica a través de las relaciones médico y paciente, si no los exponentes destacados cuyos estudios fueron más allá de observaciones sustanciales pero intrascendentes, sino aportes y creaciones que definitivamente moldearon y guiaron la medicina y su esquema (informe) de responsabilidad, Galeno de Pérgamo e Hipócrates, sembraron teorizaciones, experimentos, discusiones, textos empíricos y trascendieron sus aportes a tal punto que se llegue a diagnosticar que las premisas de evolución en la medicina se deben a ellos y se reflejan en un escalonamiento mucho mayor de épocas retardatarias (Asiria, Egipto, Babilonia).

Hipócrates realizó importantes aportes en cuanto a la medicina, tratándose en summum su Teoría de los Humores y a la apertura de conciencia colectiva en cuanto a la profesión médica reforzando el enfoque que se le tenía y perfeccionando las relaciones entre un galeno y su enfermo, de tal suerte que se menciona respecto a la influencia de este médico griego

“El método hipocrático expresa una actitud racional, libre de interpretaciones sobrenaturales y religiosas, mediante la observación directa y el estudio del paciente y no de la enfermedad, lo cual

permite hacer una evaluación honesta y ayudar a las fuerzas naturales del cuerpo humano. La Colección Hipocrática incluye conceptos de anatomía, fisiología, patología general, ginecología, obstetricia, enfermedades mentales, cirugía, diagnóstico, pronóstico y tratamiento; influyendo de manera relevante la ética. De ahí surgió el Juramento de Hipócrates que aún se encuentra vigente” (Bercovitz, L.K, 2007, págs.59-62)

Galeno de Pérgamo aportó tantas bases a la medicina desde su visión racionalizadora del diagnóstico y experticia inculcando en la patología del enfermo que su aporte en cuanto a la medicina expresada a través de la relación de un médico y su enfermo, tiene un tratamiento aparte.

5.Responsabilidad médica en Babilonia. El Código Hammurabi y sus disposiciones en materia médica.

La responsabilidad emanada del Código Hammurabi tiene una implicación no sólo en cuanto a la responsabilidad civil y por lo tanto a la responsabilidad médica, sino también a una connotación de responsabilidad penal directa que debe asumir el médico por los daños en su procedimiento, desde aquellos tiempos históricos y remotos se tenía ese conocimiento de que todo mal obrar debe ser punible, de hecho, en un artículo llamado la evolución ética jurídica de la responsabilidad médica señala

En el primero de los casos, esto es, cuando el daño era provocado a una persona libre, entraba en aplicación lo dispuesto en el artículo 218, que establecía lo que hoy identificamos como la responsabilidad penal del médico, dejando muy pocas posibilidades a un segundo error profesional, debido a que la pena precitada para este caso era la amputación de ambas manos (Sepúlveda, 2014, 207-213)

Antecedentes históricos como estos, lo que hacen es reforzar la idea de que la responsabilidad médica no sólo se ciñe a una indemnización del daño por parte del médico al paciente, sino que con antecedentes como estos, la estructura de la responsabilidad directa del médico, sin embargo, dada la cosmovisión primigenia de la época con respecto a este tema, no debe tomarse a la literalidad y de hecho no se tomó así por los ordenamientos jurídicos que siguieron a este, en cuánto se debe afectar la integridad del médico que causa el daño, y más aún, considerando el factor discriminatorio del estatus social, que es el que determinará si un médico responde o no, según la condición social del paciente. Aquellas disposiciones barbáricas instituidas tiempo atrás, no con el ánimo de criticar la naturaleza de sus estructuraciones sino socavar como aquellos postulados jurídicos fueron orientando la ética médica implícitamente. Con respecto a esta línea de pensamiento no se podría mejorar las relaciones entre médico y paciente tanto a nivel profesional como jurídico de no haberse presentado situaciones donde se vieran vulneradas tanto la parte comportamental del médico como la del paciente, por ello el autor anteriormente citado refiere que, con todo ese proceso de adecuación histórica, es que se mejora la ética por ello señala Sepúlveda (2014)

"Es el profundo significado ético de los antiguos códigos deontológicos que, desde el famoso Juramento Hipocrático, ayudaron a otorgar un carácter sacrosanto a la profesión del galeno, la cual se traducía en un paternalismo absoluto del médico sobre el enfermo, siendo considerado

este último como una persona carente de derechos sanitarios, convirtiéndolo en un mero objeto de cuidados de salud" (p.211)

6. Fundamentos éticos de la medicina

6.1 Galeno de Pérgamo y sus aportaciones a la ciencia médica

Galeno de Pérgamo fue un médico, cirujano y filósofo griego que vivió entre los años 129 y 201 o 216, quien es ampliamente reconocido como el padre de la medicina debido a sus prolíficos aportes a esta ciencia. No ahondaremos en las minucias de sus investigaciones o teorías ni en su vida, sino que nuestro objetivo es resaltar lo que el teorizaba e incluso enseñaba en relación a un tópico muy preciso y por demás importante: qué debía entenderse por patología o enfermedad, qué la causaba y la forma en que los médicos debían tratarla para que al paciente le fuera más llevadera.

Galeno le daba a la concepción de enfermedad una explicación eminentemente biológica, basada en la teoría que ya existía desde la Grecia clásica acerca de los cuatro humores, a saber: sangre, flema, bilis amarilla y bilis negra y argumentaba que la enfermedad aparecía cuando estos cuatro humores no se encontraban en equilibrio o había es desbalance. Consideraba pues a la salud como un estado de armonía entre la naturaleza del organismo y las funciones de este, pero no solo en el cuerpo mismo sino también el cuerpo, entendido como un microcosmos en constante y equilibrada interacción con el macrocosmos que viene siendo la naturaleza, lo que dota a sus explicaciones sobre el origen de las patologías de la necesaria racionalidad, aunque no del todo precisas en relación con la ciencia médica actual, claro está.

En sus pesquisas distinguió tres causas de enfermedad, afirma (Romero y Huesca et al.2011)

- 1) Externa o primitiva, producida por cosas no naturales, tales como excesos en la comida, ejercicio o actividad sexual
- 2) Interna, que tenía que ver con la constitución del paciente
- 3) Conjunta o inmediata, la cual determinaba la aparición de la enfermedad y sus síntomas.

Considerando estos aspectos, Galeno clasificó las enfermedades en cuatro tipos:

- 1) Simples, aquéllas que afectan un solo humor con afección generalizada
- 2) Las que comprometen partes similares o tejidos comunes como el muscular, el nervioso y los ligamentos
- 3) Un tipo de enfermedades que afectan a tejidos diversos como el corazón y el estómago
- 4) Heridas que se presentan como una solución de continuidad del cuerpo.

En su tratado *Ad Glauconem de metodo medendi*, Galeno señalaba la importancia de buscar y clasificar a los pacientes basándose en: la constitución, calor natural, pulso, ánimo, sexo, ambiente físico en el que vive, entre otros aspectos, para así determinar, con la mayor precisión posible la enfermedad o enfermedades. Además, el médico, argüía Galeno, debía observar y registrar todo el análisis del proceso morboso o lo que es lo mismo, de la enfermedad en la historia clínica del paciente, mediante interrogatorios y exploración física mediante palpación y otros métodos. Es de resaltar la importancia de la observación de la orina (su sedimento,

suspensión, etc.) la cual era una invaluable fuente de información para ahondar en el estado de salud del paciente y lograr llegar a un diagnóstico acertado, así como al pronóstico de la enfermedad, si es que se sufría alguna.

Según la patología ya descrita basada en los humores corporales, la naturaleza y el actuar del médico pueden conducir a la enfermedad a un proceso curativo llamado por el galenismo *cocción* que se une a la modificación, repentina o no, de la enfermedad denominada *crisis*, que, al concretarse, evoluciona hacia tres vías posibles: la *curación*, la *recidiva* y *cronicidad*, o bien la *muerte* del paciente.

La esencia doctrinal del galenismo enseñaba que los procesos naturales son lo que moldearon un sistema causal y terapéutico de la enfermedad, y a su vez se diseñó con su ayuda y anuencia una doctrina de conservación de la salud.

Brian Inglis, historiador y periodista irlandés, comentaba sobre el galenismo proporcionó “la ortodoxia de la Edad Media “en materia médica pues ofrecía respuestas racionales sobre las causas de la enfermedad de manera lógica y entrelazada, además de que se capacitaba al médico sobre cómo interrogar y como explorar físicamente al paciente para establecer su ampliamente tratado diagnóstico y posterior pronóstico. (Romero y Huesca et al.2011)

En síntesis, la medicina medieval, apoyada doctrinalmente por el galenismo, consideraba la salud y la enfermedad como procesos naturales, los cuales podían ser comprendidos y modificados por el ser humano en forma amplia y suficiente, lo que aunado a la práctica constante y exitosa de esa corriente del saber médico, permitió como se erigiera por encima de las distintas percepciones y credos de los distintos grupos religiosos de la Europa Medieval, siendo desbancado tras la aparición del Renacimiento y los aportes que este le dejó a la ciencia médica. (Romero y Huesca et al.2011)

El galenismo legó una esencia de creación de la profesión médica es la razón de ser que motiva su aplicación como servicio social o prestación de servicio a la comunidad que lo requiera, ello es lo que motiva la creación de peldaños para la estructuración de esa medicina sagrada o sacro-experimental para que permute a las bases de una medicina experimental, que es la fase intermedio entre la transición de medicina herbolaria y divina (ancestral) hacia una medicina estructurada en su teoría y práctica (ensayo-error) hasta constituirse como una maestra de contenido (relación con la *lex artis*), de esta forma se deberá comprender la anatomía humana como el principal vehículo que sustentará la fuente de todas las investigaciones y las precisiones para las áreas que se van nutriendo de las propeúticas históricas, y así tener una estructura diagnóstica para entender la sintomatología del paciente, la discrecionalidad del paciente y los deberes de ambos tanto profesionales como jurídicos, cosa que más adelante propiciará las fases o momentos medicinales, y todo esto, para que con el crecimiento del ramo médico en sus generalidades propicie una atmósfera de estructuración jurídica. Entiéndase por estructuración jurídica como la creación de normas que atiendan al control y gestión de la profesión médica a las humanidades, para facilitar el ejercicio de la profesión y la supervisión de este campo por el ordenamiento jurídico que sustenta así la creación de figuras jurídicas, como por ejemplo el

deber de información al paciente, sin el cual se generarán en cualesquier momento de la prestación del servicio profesional, alguna dificultad, véase un ejemplo que reivindica el fenómeno ensayo-error que propicia por los efectos generados, una institución de estructuras jurídicas para evitar que la simple prestación de un servicio escale a un conflicto de grandes proporciones , para muestra un botón del requerimiento de la corona de la nueva granada que en un caso sui generis se pronuncia sobre quienes deben ejercer la medicina

La Corona dictaminó que la medicina era un oficio que debía ser ejercido por gente "competente", es decir que hubieran aprendido la disciplina médica en una universidad y tuvieran los títulos facultativos para demostrarlo; y no por los empíricos, que se valían de sus conocimientos sobre herbolaria para hacerlo y en muchas oportunidades actuaban como "[...] un estafador, que obtenía ventajas dentro de sus comunidades mediante estratagemas y engaños (Ariza, 2014, p.1)

Por casos como estos es que es menester la incorporación de una evolución histórica en la relación médico-paciente, afortunadamente aquellos aportes greco-románicos comenzaron a evitar la producción de resultados generados por un médico no digno de su profesión o sin la requerida pericia en sus operaciones, la evolución médica conlleva a la generación de una humanización médica y una orientación de su ciencia que implica su transición normativa desde la evaluación de las relaciones dadas entre el galeno y el enfermo.

Capítulo II

1. Evolución normativa que exige la responsabilidad médica.

Cuando se habla del compromiso profesional médico en la esfera de la atención al usuario es fundamental, ya que corresponde con un elemento de la responsabilidad médica, puesto que si hay una aplicada seriedad profesional e idoneidad igualmente, la aplicación de un régimen de responsabilidad médica va a ser más limitado, sin embargo, se genera un interrogante ¿ En qué medida el tópico atinente a compromiso profesional de un médico es relevante en lo tocante a las estructuraciones jurídicas de la medicina?

Para dar respuesta a esta pregunta es menester solicitar fuentes de información para aportar al proceso investigativo bases certeras. El compromiso profesional no se trata de la acreditación o estudios aprobados del médico, radica en una esfera compleja porque la mayoría de veces es difícil de rastrear, y es la discrecionalidad, son aquellas decisiones que el médico toma y cuyo único elemento supervisor y enjuiciamiento es su propia conciencia, conciencia para aplicar los conocimientos profesionales al paciente, en ello se ha notado que el ejercicio de la discrecionalidad médica en la antigüedad y la edad media hasta prolongarse a la moderna, se caracteriza por la lesiva discrecionalidad del médico en sus procedimientos, pero por qué sucede esto? Porque, aunque se presupone que el médico ya se reviste de ciertos conocimientos (certificación profesional) y conoce la naturaleza de creación del canon médico, no hay claridades o especialidades lo suficientemente concisas para decirle a él que debe y no hacer. Por otra parte, no se debe desconocer que la medicina es una ciencia inexacta y que siempre hay un manejo de teorías de riesgos, no se pretenderá regular la más mínima actuación del médico o cuestionar sus métodos, sino que sea menester la creación de una estructura jurídica para que le diga en qué casos actuar de cual forma o cual otra. Todo esto reviste el panorama del compromiso profesional, pues en fuentes históricas, se logra aseverar que el compromiso profesional no es acceder a todo lo que el paciente demande o a pretender el médico su efectividad para todas las operaciones, sino también la comprensión de sus limitaciones, llegando incluso a servirse de figuras jurídicas en la esfera médica como documentos eximentes de responsabilidad que requerían las firmas del médico y del paciente para que efectuase su peso legal, y aunque se tengan sentimientos encontrados o dudas a esto, es un rasgo más de compromiso profesional que facilita una estructuración jurídica para la medicina.

Una situación que involucra el manejo del compromiso profesional con el paciente (previsión de riesgos- exoneración de responsabilidad médica en caso de daño) se torna como una fuente invaluable para ratificar que las estructuras jurídicas a la medicina se generan en el proceso ya mencionado de ensayo-error, de la perfección teórica y práctica de medicina técnica, y de los conglomerados documentales de eruditos que allanan caminos de conocimiento en el área, aquí hay una muestra contundente de ello:

«Esto está escrito para certificar que Dimitri Bin Nikola, un dhimmi -un no musulmán en el Imperio otomano-, residente en el barrio Balıkpazarı de la ciudad de Bursa, tiene una piedra en la vejiga y se presentó ante el cirujano Cerrah Seydi Ali bin Berekât es-Seybî para que se la quitase. Ante el tribunal de la Sharia en presencia del cadı pagaré 300 akce (monedas de plata) por la

extracción de piedra y Dimitri no demandará a Seydi Ali si sufre algún daño e incluso si pierde la vida debido a la eliminación de piedra»: bin Hasan hacı Abdullah bin Ali Kemal (Fecha: 26 de Dhu al-Qi'dah 933) (Sanz, 2016, p.1)

Este documento es muy revelador si bien, aunque se estaría ante un ordenamiento jurídico religioso antiquísimo como el imperio otomano, los elementos estructurales que sustentan una responsabilidad médica en un ordenamiento jurídico como el colombiano, no dista de muchas diferencias, hay elementos básicos i) la demanda como instrumento legal para el reconocimiento de daños causados en virtud de un contrato o prestación de servicio medical

ii) un documento de exoneración firmado entre las partes aclarando que ante un evento en el negocio jurídico, no le será aplicable responsabilidad al médico iii) un compromiso profesional del médico por cuanto el margen de sus previsiones comporta que el procedimiento contempla posibilidad de riesgos iv) en el documento hay un consentimiento informado por cuanto es firmado por el paciente y por el médico v) en el documento hay envuelto implícitamente un deber de información del paciente para con el médico, pues de no haber inferido la naturaleza de las afecciones o gravedad del asunto al médico, éste podría haber procedido de un modo más desprevenido vi) la estructura de un contrato de prestación de servicios en la cual el paciente se compromete a pagar al médico independientemente de los eventos externos que puedan ocurrir.

1.1. Estructuras jurídicas secundarias para la evolución de la responsabilidad médica.

. Aunque la naturaleza ingente de los daños a la integridad de un paciente se hacen más factibles en los procedimientos quirúrgicos, los procedimientos instrumentales no quirúrgicos de la historia, afloran una idea sobre los daños que se pueden generar en la aplicación de un “ proceder o protocolo médico” como lo es la flebotomía o la sangría, práctica muy común en el mundo medieval y antiguo que se le preconizaba como la curación de todos los males, una revista médica trae luz sobre la no aceptación legal de esta práctica en el entendido de causar un daño:

Durante la Edad Media, el ejercicio médico se basó en el saber galénico y, durante los siglos VIII y IX, la sangría fue ejercida casi exclusivamente por clérigos y por legos que vivían en los conventos (minutoris). A partir del siglo XII la Iglesia prohibió a los clérigos el ejercicio de toda práctica que causará pérdida de sangre, por lo que la sangría quedó en manos casi exclusivamente de los minutoris que hicieron de esta actividad una profesión libremente ejercida. (Morales, 2013, p.5)

La ciencia médica de hoy día por medio de las estructuraciones legales que regulan el contrato como origen de la relación jurídica y profesional entre el médico y paciente, comienza a generar una tipología de daños, esclarecidos por las Autoras del libro “la responsabilidad contractual en la cirugía estética, todo esto importante para comprender la aportación doctrinal en materia de evolución normativa de la responsabilidad médica

- i) Daño por incumplimiento del resultado pactado
- ii) Daño colateral
- iii) Daño consecuencial (Gutiérrez y Bermúdez, 2009, p.46)

Y se pensará que la creación consiguiente de esta tipología de daños obedece a un ejercicio de doctrina jurídica, pero no, su creación está determinada por las controversias en el ejercicio de la medicina a lo largo de la historia que se dio entre médico y paciente. El médico sabiendo de los riesgos de la atención, medicación, cirugía y tratamientos a los pacientes, se valía de figuras de exoneración de responsabilidad, pero cuando intuyó que esto no era suficiente, se pasó de un “vínculo” o “unión” a la estructuración de una relación jurídica observada en un contrato que contendría no solo el peso de fuerza legal de los artículos acordados y el marco normativo sino aun cláusulas o agregados liberatorios del médico de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prestación de ese servicio.

2. Relación Jurídica Profesional a través de un Contrato

Muchas dificultades son las que se avizoran en el espectro de la relación jurídica, pero antes de pronunciarse sobre la importancia de un enfoque de la relación médico y paciente desde un esquema contractualmente (elemento de la responsabilidad médica) , y las fuentes históricas que la moldearon a partir del fenómeno ensayo-error, es necesario, contextualizar qué es la responsabilidad médica y cuáles son sus componentes estructurales básicos para así, conociendo las estructuraciones jurídicas actuales, teorizar sobre la influencia o esa cadena pérdida de aportaciones de antecedentes históricos de la relación que existe entre médico y paciente.

Cuando se habla de responsabilidad médica, se tendrá al postre que valorar previamente la prestación de un servicio medical aseverado en calidad de contrato bilateral, desde luego el artículo 104 de la respectiva ley 1438 de 2011 enarbola en este campo, la idea precursora de:

“Obligación de medios” entre el médico y paciente. Empero como suele acontecer que la medicina es un campo bastante amplio, imposibilitando estructuras jurídicas uniformes en cuanto a responsabilidad, las resultas legales por lo tanto cambiarán. “Las estipulaciones especiales de las partes” constituidas en el artículo 1604 del código civil son: la salvedad que permite al paciente accionar reclamación por vía resultados al médico, en cierto punto, comportando un alto grado de exigibilidad al médico en el espectro del idóneo cumplimiento del objeto contractual.

Ahora bien, sea que se esté ante la exigencia de una responsabilidad por obligación de medios o resultados, requiere como mínimo que sea estipulada en términos contractuales y no se presuma. Todo lo que esté por fuera del contrato, será un tema que no liga la relación jurídico profesional entre el médico y paciente, signifique esto que, por fuera del contrato sí puede haber una relación, pero no estrictamente de los fundamentos jurídico profesionales entre médico y paciente virtud a un contrato, sino partiendo de una responsabilidad extracontractual que escapa al objeto de análisis de este trabajo.

La importancia de estipulación de términos contractuales para la prestación de un servicio médico a efectos de las consecuencias jurídicas y profesionales que se puedan presentar entre

médico y paciente, en ello, es importante tener en cuenta un elemento que constituye la fe y solidez de la relación jurídica y es el deber de información, hay un carácter recíproco en este, aunque la tendencia es a asociarlo con : el deber o debería ser, la obligación del paciente de informar sobre los cuadros clínicos antecedentes para que, el médico tratante tenga un diagnóstico adecuado para un correcto ejercicio de su profesión, no se trata de que el paciente esté cargando con una historia clínica exhaustiva para documentar a cada médico con el que establezca una relación de prestación de servicios, pues puede darse el caso que el paciente no recuerde o tenga reporte de sus antecedentes, caso en el cual el médico tratante deberá elaborar una historia clínica del paciente sirviéndose de preguntarle por enfermedades preexistentes, sintomatologías pasadas y factores que le ayuden a estructurar un diagnóstico e historia para el paciente, sin embargo sea cual sea el caso, siempre debe prevalecer una relación de veracidad en la que el paciente informe hasta donde le sea posible todos los elementos y circunstancias para facultar una idónea relación jurídica profesional, desde la otra óptica : Es la obligación del médico de otorgar un panorama del alcance de la prestación de sus servicios, del protocolo que va a seguir, y de un acuerdo sobre los términos contractuales en caso de generarse la relación jurídica. Todo esto tiene un antecedente constituido en el juramento hipocrático que como ya se ha notado, ha permeado de tal forma la medicina que, deslindó la medicina sagrada de la técnica, y su fundamento teórico y esencia de creación se divulgó por toda la Edad Media hasta conservarse en la actualidad en el sentido de estructuras jurídicas como el deber de información, no obstante lo que prefigura mayor importancia es que la ética médica adquiere connotaciones con los aportes griegos y luego la utilización de elementos jurídicos romanos, permitiendo que por fin se dejen atrás esos intentos de responsabilidad médica en los estadios históricos remotos, y aquí en virtud de un desarrollo normativo e histórico de la medicina, se estructura la responsabilidad con mayor acogida

Cuando se alude a la comunicación de preceptos, el sentido del juramento, se sustrae con la pretensión de información tanto de la práctica médica como del efecto de sus posibles aplicaciones, herencia que de no haberse ligamentado no habría incluido en las estructuras jurídicas de responsabilidad médica el deber de información. Esto va de la mano con el consentimiento informado, empero, la distinción es absoluta, pues ante el deber de información se está ante una fase de prevención inicial, mientras que en consentimiento informado ya se presupone que hay un vínculo o prestación del servicio que debe informarse al paciente antes de proceder, y no tanto como una medida diagnóstica y protocolar como lo es el deber de información.

La jurisprudencia colombiana acogiendo a las demás figuras emanadas de la relación entre médico y paciente desde un esquema jurídico profesional como: la culpa, el consentimiento informado y el deber de información, osa describir escuetamente el consentimiento informado con la pauta de comprender la importancia de la responsabilidad médica la cual a lo largo de los antecedentes históricos heredó figuras que le fueron útiles, y el porqué de su exigencia en el ordenamiento jurídico, entendiendo que esta, la responsabilidad médica, se estructura tanto desde las normas aplicables del código civil por su parte de nexo contractual con el paciente así como también la ley de ética médica que le incumbe en lo que comporta a su parte disciplinaria , por tanto, el consentimiento informado es :

Es la aceptación explícita del paciente de darse a los procedimientos médicos en el entendido de los riesgos, dificultades y ventajas como resultado de la intervención. El consentimiento informado es imprescindible en la esfera de las operaciones o cirugías ya que como se ha visto anteriormente, aun desde la historia se ha entendido que su injerencia con la integridad humana es mayor, tanto así que en los antiguos califatos de oriente se implementó la certificación médica. Para partir de todo esto, debe antes existir un contrato, si no lo hay no se estaría ante responsabilidad civil contractual sino extracontractual que implica un análisis jurídico que escapa a las pretensiones iteradas, por ello se debe, cuando menos desentrañar la naturaleza del régimen jurídico aplicable a ese contrato bilateral entre médico y paciente, para hacerse una idea, véase, la calificación expresada por un profesional versado en el tema, Enrique Barros Bourie:

“se trata típicamente de contratos a los que resultan aplicables las reglas del mandato (artículo 2118) y supletoriamente las de arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 2012) “⁽¹⁾
(Pizarro, 2018, p.35)

Se entiende entonces varias cosas i) el consentimiento informado como estructura compartimentada en el contrato entre médico y paciente ii) su utilización absoluta en el campo de los procedimientos quirúrgicos iii) Que la esfera de la responsabilidad médica tanto en el sistema jurídico colombiano , está en proceso de transición y evolución jurídica, y carente de su propio marco normativo, ya que extraen la responsabilidad médica de figuras preexistentes como contrato o arrendamiento de servicios inmateriales. iv) a lo largo de la historia no hay claridad de fuentes sobre el consentimiento informado, pero sí de documentos de exoneración de responsabilidad médica, como medida anticipada a las dificultades que puedan generarse, empero, a un espectro más limitado como ciertas sentencias de la jurisprudencia colombiana si se podrán avizorar elementos que a la luz de aportes jurídicos complementan las nociones de responsabilidad médica, tanto es así que respecto a este tema tan sinuoso del consentimiento y la repercusión del médico en el paciente de no aplicarlo adecuadamente, es lo que genera que estudiosos del área del derecho civil de la universidad Carlos iii de Madrid se pronuncie sobre la peligrosidad y las resultas legales en términos de relación médico y enfermo, dice María José Santos Morón :

“En mi opinión, si el médico no informa al paciente de la posibilidad de que la intervención, aunque tenga resultado positivo, le ocasione ciertos daños colaterales o consecuencias indeseables, el paciente podrá razonablemente esperar una intervención libre de consecuencias dañosas. Esto implica que el paciente a quien no se haya informado de los posibles riesgos inherentes al tratamiento o intervención no podrá asumirlos como propios, por lo que dichos riesgos, por muy “fortuitos” que sean, habrán de considerarse integrados en la esfera de actividad del prestador del servicio médico” (Morón, 2018, p.43)

Desde una concepción ético hipocrática, el asunto se zanjó de modo que los efectos nocivos que recaen en la integridad del paciente producto de la intervención médica le son imputables al galeno, al ser depositario de fe del cuerpo de otro, esto desde luego entraña que la evolución histórica de la medicina se ha nutrido de teorías de riesgos y daño.

Afortunadamente la doctrina colombiana en cuerpos de textos académicos aborda bajo el tópico de “el riesgo y la previsibilidad en la actividad médica a cargo del abogado Harold Marín un panorama del manejo de los riesgos:

“(...Aristizábal) la inevitabilidad del resultado aun con una conducta conforme a derecho es parte del riesgo permitido y no indica una falla en el fin de protección de lo normal (...)“ (Romero, 2015, p.2)

Asimismo, sobre el esquema circunstancial sea facultado el consentimiento para el riesgo, el médico deberá hacerlo prudentemente.

“el médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla. Habrá eventos en los cuales el médico, según prudente juicio, mejor deba abstenerse de dar una información que lleve al paciente a un estado físico y mental peor de aquel en que se encuentra”. (Mora, 2011, p.243)

Empero hay disquisiciones que fortifican que tanto el deber de información y consentimiento informado son esenciales para un actuar médico.

“el paciente debe manifestar su consentimiento, bien sea de manera personal o a través de la persona que tenga su representación legal o que le sea más allegada, en los casos en que no pueda hacerlo directamente (minoridad, inconsciencia, alteración mental) este consentimiento, otorgado para el acto médico, será válido en la medida en que se obtenga de una persona bien informada “. (Mora, 2011, p.243)

Capítulo III

1.Fundamentos jurisprudenciales de la responsabilidad médica

2.Antecedentes de responsabilidad médica en España, particularmente en Castilla.

A la hora de hablar de responsabilidad médica no podemos obviar ni pasar de largo aquellas disposiciones normativas que España ha tenido a lo largo de su historia, pues si bien nuestra investigación no se centra en el derecho español, es innegable el papel que este ha jugado toda vez que ha servido de "modelo a seguir" o derrotero para ser más precisos en materia jurídica para nuestro país, al adherirse este a la corriente del derecho positivo, no solo teniendo como punto de mira al derecho español sino al francés, disposiciones cuya esencia se refleja en nuestro código civil y en nuestra jurisprudencia. Hay que añadir también que las distintas codificaciones que abordaremos a continuación fueron seleccionadas basadas en criterios de complejidad normativa, influencia histórica y novedad respecto a demás compilaciones normativas no solo de tiempos pasados sino de eras recientes, como el motivo por el cual dejamos por fuera códigos que si bien son importantes para la historia en sí, en poco o nada nos aportan para la consecución de este trabajo pues sería recalcar más de lo necesario tópicos que son tratados en las normas que analizaremos.

Uno de los primeros códigos que nos ayudará a comprender el manejo jurídico que se les daba otrora a los actos médicos es el Liber Iudiciorum o Libro de los Juicios de los visigodos que vio la luz allá por el año 654 de la mano del rey Recesvinto, que luego fue completado por Ervigio en 681, no obstante que la versión al castellano, que es la que nos interesa, se la debemos al Rey Fernando II en el año 1241. Para más precisión es el Título XVI del Libro IV cuyo título es *De los Físicos e de los Maestros de las llagas*, en el cual se establecen una serie de preceptos a seguir en materia médica. Una de las primeras disposiciones que nos llaman la atención es que establece que para que el médico pudiese ejecutar su labor debía de existir un contrato previo una vez este haya visto al paciente y que dicho contrato debía regirse por una caución, que establece que en caso de que el paciente falleciera ninguno de los involucrados en esta relación contractual podía demandar al otro pero tampoco cabía la posibilidad de que el Físico, es decir el médico, recibiera la recompensa o el pago pactado. Por otro lado, esa alegada responsabilidad debía ser sustentada mediante un juicio en el cual el médico debía realizar su declaración de lo sucedido, caso contrario si se alegaba como tal un homicidio, pero en este caso ya no estamos ante una responsabilidad de carácter intrínsecamente médico. (Sepúlveda, 2014)

Más allá, encontramos que en ese código se indican una serie de disposiciones en relación a cuando el médico visitaba a los reos en las cárceles y estos eran condes, tribunos o administradores, y al respecto señala que no podía visitarlos sin permiso previo de los carceleros toda vez que de esta manera podía suministrarles algún veneno para que los desdichados escaparan de su pena, siendo el inusual castigo por esto que el médico sufriera el castigo que le hubiera correspondido al reo que ayudó a morir. La razón de esto, según el mismo código, era que si eso ocurría se ponía en peligro al bien público al ser estos prisioneros importantes para el funcionamiento del estado.

2.1 Fuero Real de Alfonso X

Otro código de vital importancia para nuestro trabajo es el Fuero Real de Alfonso X del año 1255, salvaguardado históricamente por la Agencia Estatal de Boletín del estado de España, de este código se puede decir que el objetivo de aquel era homogeneizar las leyes de la Castilla de aquel entonces, así como para consagrar la manera en cómo se administraría justicia en distintos campos de la vida no solo social sino religiosa. La relevancia de esta codificación y del porque la estudiamos aquí es precisamente debido a la importancia histórica que alcanzó el mencionado rey en distintas aristas, más el que nos es de mayor interés es el de su papel en el desarrollo de la prosa en castellano y su estandarización como lengua de Castilla, lo que se traduce a su vez en la materialización escrita de leyes o normas en la lengua mencionada.

En el ya dicho código el “El Sabio” como era conocido Alfonso X, preceptúa que ningún médico que se presumiera de tal podía ejercer su labor sin que antes fuera ‘evaluado’, por decirlo de alguna manera por los demás médicos (o ‘Físicos’, como se les conocía entonces), sumado a que debían contar con un otorgamiento por parte del alcalde de la respectiva villa donde morase el interesado en realizar la ciencia médica, junto con una carta testimonial de los respectivos concejos. Idéntico caso ocurría con los ‘Maestros de las llagas’, quienes vienen siendo lo que a día de hoy son los que atienden a los enfermos más graves, en especial a los leprosos. Estos ‘Maestros’ no podían ‘invadir’, médicamente hablando a ningún paciente de sexo femenino, como por ejemplo al hacerla sangrar o de extraerle algún hueso, sin el previo consentimiento de su esposo, o de su padre o de otro pariente cercano, y si esto sucedía debía el médico pagarle 10 maravedíes (utilizada entre los siglos XII y XIX d.c) al marido, o al esposo, u a otro pariente de la mujer ‘afectada’, clara muestra de que el consentimiento informado estaba condicionado a la ciertos criterios y en este caso podemos concluir que primaba la honra y el buen nombre de las mujeres y de su familia antes que la vida y la salud de aquellas. Ese trato diferenciado, en un sentido negativo, que recaía en la mujer puede explicarse por el papel que tenía la mujer en la vida socio-política y religiosa en la Edad Media, en especial en el siglo XIII.

“Asimismo que las mujeres se atavien de ropa decorosa, con pudor”. 1 Tim 2:19 (Biblia de Jerusalén)

“La mujer se convertía en un ser impuro en múltiples facetas de la vida”, era un instrumento del diablo, incitadoras de la lujuria, así pues, se asimilaba a la mujer con el mismo demonio” (Escobar García, 2017, p.7)

Cuando el médico violaba esta normativa y ejercía su labor sin permiso previo debía de pagarle al rey CCC sueldos y si el paciente salió lisiado o muerto después de ser atendido el cuerpo o lo que hubiera del desdichado quedaba a disposición del rey si aquel no tuviera hijos, caso en el cual quedaba a disposición de estos. Una segunda ley en este sentido prescribía que el Físico o Maestro de Llagas que tuviera a un paciente a su guarda y cuidado debía de sanarlo, más si esa enfermedad deviene en el fallecimiento del enfermo, no podía el médico reclamar que se le pague lo previamente pactado, misma situación que ocurría si no cumplía con el plazo señalado

para curarlo. Así pues, si no lograba cumplir con su cometido no incurriría en lo que en día sería una responsabilidad profesional ni mucho menos civil, pues del contenido de estas normas podemos concluir que lo que se castigaba era transgredir lo prescrito por el rey en sí y no el incumplimiento de su deber como médico, sea por negligencia o impericia, conceptos que son desconocidos para esa época, lo cual se infiere de la lectura de las leyes comentadas

2.2 Las Siete Partidas de Alfonso X

Se conoce como Las Siete Partidas a un cuerpo normativo que el rey Alfonso X de Castilla encomendó redactar, con el objetivo de unificar jurídicamente a su reino, aspecto que sumado a su papel en la historia del derecho no solo de su lugar de origen sino de América, llegando su influencia incluso hasta el siglo XIX, le confiere una importancia fundamental en el desarrollo de este trabajo. No existe un consenso claro acerca de la fecha en que se redactó este texto y de hecho ha habido varias ediciones del mismo; no obstante, la versión que trataremos aquí será la de octubre de 1491.

Pasaremos ahora a analizar en detalle qué nos puede aportar esta codificación que, aunque a decir verdad es corta en su extensión consideramos que su aporte es de gran valor debido a la previamente citada relevancia jurídica. Para mayor precisión hemos de remitirnos a la Séptima Partida, Título 8, Ley 6 que trata sobre los homicidios, en esto señala el redactor del ominoso texto, sopesa lo que ya nos da un indicio del tipo de responsabilidad en la que estamos. No se entiende a la conducta del médico como una actividad cuya eventual negligencia, impericia o algún otro concepto similar derivase en responsabilidad basada en criterios propios de esa actividad, sino que si el médico al administrar medicinas cuya prescripción fuese tan fuerte que haya derivado en la muerte del paciente que estaba a su cargo, aquel era sentenciado al destierro en una isla debido a que, con esta conducta, dice este código, esa conducta estuvo precedida de una gran culpa. Haciendo un paralelo con el manejo doctrinal y jurisprudencial español de nuestros días, el cual analizaremos más adelante, encontramos que esa conducta del médico, en la cual debe de haber previamente culpa como en el caso actual, sí deriva un daño, pero no una indemnización, toda vez que no se afectan los derechos de los enfermos sino la autoridad del rey como máximo dirigente, es decir, una responsabilidad netamente penal con la correspondiente sanción. (Montalvo, 1491)

3. Jurisprudencia española sobre responsabilidad civil médica. Aspectos más destacados

En sentencia con N. ° de Resolución: 1253/2004 del 30 de diciembre de 2004 el Tribunal Supremo de España en su Sala Civil abordó la responsabilidad contractual médica y diferenció entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, indicando que en la primera el médico no está obligado a curar al paciente o a cumplir determinado resultado, siempre y cuando esa

actividad del médico esté regida por la exigida diligencia que amerita esta actividad. Siguiendo con esa línea de pensamiento, anotan que el galeno no ha de actuar según lo haría un buen padre de familia sino al de poner todos sus conocimientos y energías que describe la *lex artis* de la ciencia médica, en el entendido que el acceso y manejo de esa *lex artis* o debe verse desde un punto de vista objetivo.

Entiende además este Tribunal que la impericia bajo la no de resolución: 1199/2004 es una forma de negligencia (estima impertían culpa culpa), motivo por el cual es necesario que se valore la idoneidad de la conducta del médico con el fin de evaluar si incurrió en responsabilidad contractual haciendo un juicio de comparación entre la conducta desplegada y la que debió de desplegar. Esa conducta, continúa el Tribunal, debía ser probada por quien alega haber sufrido pues es el fundamento de su pretensión de indemnización. En otra sentencia, relevante desde el punto de vista probatorio, preceptúa que debe utilizarse las reglas de la sana crítica como criterio a la hora de evaluar las pruebas, por parte del juez, de los hechos que llegan a su conocimiento. Por otra parte, el juez puede realizar juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes que a su vez derivan de deducciones o inferencias lógicas, sin que por ello esté violando la regla de que las partes son quienes deben aportar las pruebas.

La jurista española María José Sánchez Morón bajo el título de "responsabilidad médica,(en particular de la medicina voluntaria) una relectura desde el punto de vista contractual" infiere ciertas disquisiciones de las cortes españolas ante presupuestos de responsabilidad médica, se percibe durante esta disquisición de artículo de revista, una postura jurisprudencial refrendada, es decir, aceptada en el gremio jurídico en lo referido a la generación de un escenario judicial incoado para la indemnización de daños y perjuicios, avizorando en sus pronunciamientos, la importancia en términos de praxis médica de la omisión del deber de informar y en las relaciones de causalidad que justifican fidedignamente la relación entre médico y paciente, en un caso particular referido a un litigio incoado por una paciente con secuelas psiquiátricas esta Corte procede a evaluar la práctica profesional del médico quien en este caso siendo el accionado se ve beneficiado bajo la postura jurisprudencial de que hay riesgos inherentes al ejercicio médico

Bajo este mismo cuerpo doctrinario se reiteran fundamentos jurisprudenciales que trae a colación la autora, pero que más allá de destacar las minucias que ocurren en los litigios de responsabilidad, es destacar el paso agigantado de evolución normativa del marco de la responsabilidad médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia, tanto así que una catedrática de derecho civil en España (país que comparte muchos elementos jurídicos con el colombiano) llega a generar fundamentaciones teóricas del ejercicio de la medicina, tomando casos de providencias judiciales de su país, esto es muy significativo en términos de desarrollo y transformación normativa para la responsabilidad médica, de la cual como se ha visto, en Colombia ya desde 1940 se traían a colación conceptos doctrinarios de culpa retrotraídos de Francia

"Y también reitera la señalada doctrina jurisprudencial la STS 17.6.2015 (RJ 2015/2651), en un supuesto en que no se consideraron probadas las lesiones alegadas por la demandante (una paciente sometida a tratamiento psiquiátrico) ni la relación de causalidad entre las presuntas lesiones y el tratamiento médico recibido, consistente en unos implantes dentales, tras los cuales

comenzó a sufrir, según ella, todo tipo de dolores, ruidos y vértigos, que, afirmaba, eran consecuencia del tratamiento dental. Tanto en primera instancia como apelación se desestimó la demanda por entenderse que no había lesión alguna como consecuencia de los implantes ni nexo causal entre los supuestos dolores y el tratamiento dental. En el recurso de casación se adujo, entre otros motivos, que no se había informado adecuadamente a la paciente, y que se trataba de un supuesto de medicina voluntaria “en la que se exige un resultado y se extrema la obligación de informar de los riesgos y complicaciones de la misma”. El TS rechaza el recurso, reiterando la doctrina jurisprudencial ya examinada, y afirmando que se había probado que hubo suficiente información y no había habido “daño imputable a una omisión del deber de informar” (FJ 5º). (Morón,2018, p.12)

Parece ser que el planteamiento jurisprudencial de la corte con respecto a sus puestos de responsabilidad médica no censura rigurosamente el proceder del médico, entendiendo que dada la naturaleza de esta profesión no puede accionarse el aparato jurisdiccional por cualquier litigio entre las partes, esto se ve reflejado en el mismo artículo de revista cuando la autora se pronuncia sobre esto:

"Pese a lo dicho, algunos autores, partiendo del mencionado planteamiento jurisprudencial, llegan a afirmar que “es científicamente imposible asegurar un resultado de la práctica de una intervención quirúrgica dada la naturaleza imprevisible del cuerpo humano”” (Morón, 2018, p.15)

Como un elemento importante para entender la responsabilidad médica, en un escenario contemporáneo como este, donde surgen miles de interpretaciones doctrinarias y jurídicas, propicia una transición y transformación en cuanto a la responsabilidad médico y paciente se trata, pues no solo humaniza ya al médico con el paciente, sino que ciñe parámetros al paciente de que hay límites en la actividad médica, siendo pues una finalidad benigna de la existencia de la responsabilidad médica, las adecuaciones que hace a nivel ético profesional del médico, y de las figuras jurídicas del contrato médico que las destaca con importancia tales como el consentimiento y deber de información, sumado a los estudios y opúsculos en el manejo de la culpa que es un elemento de determinación de la praxis médica, y que hoy, careciendo de ello, nos encontraríamos ante una ciencia inexacta y desproporcionada en sus actuaciones. Una ciencia dañina.

4. La responsabilidad civil médica desde la jurisprudencia colombiana

4.1 Origen de la responsabilidad civil en materia médica en la jurisprudencia colombiana

Para encontrar el antecedente más remoto de responsabilidad civil médica jurisprudencialmente hablando debemos remontarnos al año 1940 recuperada de la Gaceta Judicial, año en el cual la Corte Suprema de Justicia profirió la Sentencia con ID 418701 con ponencia del magistrado Doctor Liborio Escallón, que a su vez se apoyó en la jurisprudencia que sobre la materia había emitido la Corte de Casación francesa en 1938. Lamentablemente no fue posible encontrar dicha sentencia en su integridad, no obstante, esta se encuentra plagada de elementos que nutren esta investigación.

4.1.1 Responsabilidad profesional en las profesiones liberales. Responsabilidad civil médica en materia contractual

En el ejercicio de las profesiones liberales, como lo son el Derecho o la Medicina, no basta con ejecutar esas labores por parte de los respectivos profesionales de manera que se sigan protocolos técnico-científicos sino que además esas actuaciones han de estar apoyadas en aquellas normas o disposiciones que estén encaminadas a proteger al individuo y a la sociedad en su conjunto, elementos que son indispensables a la hora de configurar la moral profesional, en este caso en concreto, la de los profesionales médicos. Esa intervención médica en ningún caso debe entenderse como una mera aplicación técnica, sino que también se trata de brindar al enfermo el consejo o la guía necesaria para afrontar su enfermedad o su dolencia; en otras palabras, estamos hablando de un acompañamiento integral que va a nutrir esa relación entre galeno y paciente.

La responsabilidad que recae sobre el médico cuando ejecuta su labor no es otra que la contractual, o sea, debe de existir previamente un contrato y que durante la duración de este ocurra un perjuicio como consecuencia de su inejecución. La regla general indica que ese contrato celebrado entre médico y paciente necesariamente es una obligación de medios y no de resultados puesto que el médico no puede comprometerse a curar a sus pacientes ni puede ser responsable del desenlace fatal de determinada enfermedad, sino que su responsabilidad es poner a disposición de sus clientes todos sus conocimientos y pericias y hacerlo de manera que no provoque más daño en la salud de quien acude a él para aliviar sus dolencias. Cabe aclarar que algunos doctrinantes franceses señalaban que, salvo estipulación en contrario, había eventos en los que la obligación del médico era de resultados, como en es el caso de las operaciones con fines estéticos:

‘Rene Sabatier (Traite de la responsabilité civile en droit francas) El médico no se compromete a curar al enfermo sino a poner los medios técnicos encaminados a este fin y el carácter contractual de la responsabilidad médica permite mediante el análisis del compromiso, determinar la extensión y consecuencias respecto del caso que se alegue. Por esto se concluye

que sobre el particular no cabe una regla general y absoluta puesto que la cuestión de hecho y de derecho varía y es distinta en cada caso particular'. (Tomado de la sentencia con ID 418701 del 5 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia).

Resulta cuando menos curioso que en la sentencia que está siendo objeto de análisis se dice que ese contrato entre médico y paciente no necesariamente debe de estar sujeto al pago de unos honorarios para con el primero sino que se puede predicar responsabilidad en aquellos eventos en que los cuidados médicos estén basados en la confraternidad o la cortesía, lo que nos permite colegir que la contraprestación económica no era un requisito sine qua non, en los días de la mencionada providencia, para que se configura un contrato de prestación de servicios médicos y a la postre una eventual responsabilidad civil, sino que bastaba con que se comprobará que entre el galeno y su cliente existiera una relación jurídica basada en dar y recibir asistencia o tratamiento médico, es decir, un contrato que en muchos casos solía ser verbal y regido por la costumbre médica general de cada localidad y no necesariamente era el enfermo el que debía decidir por sí mismo si contratar con tal o cual médico sino que podía hacerlo prácticamente cualquier persona interesada en el enfermo, como por ejemplo sus parientes o el patrón del obrero, como así lo indicaba la Corte.

Argüía, por otra parte la Corte, apoyada en la doctrina del francés Henri Lalou que esa responsabilidad civil por parte del médico ha de estar cimentada en una de las siguientes causales: Ignorancia, Imprudencia Culpable o Negligencia Grave y que además debe existir una relación de causalidad entre la actuación u omisión del médico, relación que incumbía probar al demandante, es decir, el paciente y el daño acaecido sobre el paciente y que la gravedad de la culpa del primero necesariamente debe revestir dicho carácter, es decir, debe poder decirse que la conducta u omisión del médico perjudicó notablemente la salud o aún más, que le causó la muerte al paciente y no que se trata de un hecho u omisión nimio en esa relación entre médico y paciente. No obstante, la jurisprudencia de aquella época no aceptaba la culpa del demandado cuando el acto médico que realizaba era científicamente discutible y en dicho escenario estamos ante un estado doloso por parte del profesional de la salud. Sin embargo, argumentaba que en materia de responsabilidad civil no era correcto ceñirse a reglas absolutas ni estrictas, como anteriormente lo mencionamos con Sabatier, debido a la naturaleza inexacta de la medicina, sino que, al contrario, habría que estudiar cada caso en concreto puesto que los supuestos de hecho y de derecho variaba de caso en caso. De no ser así, indica la Corte, el médico estaría maniatado en el cumplimiento de su profesión por temor a que sobre él recaiga algún tipo de responsabilidad, lo cual tornaría a la medicina en profesión de riesgo, lo cual es inadmisibles desde el punto de vista legal y desde el científico.

‘Cierta tolerancia se impone pues, dice Sabatier sin la cual el arte médico se haría, por decirlo así imposible, sin que esto implique que esa tolerancia debe ser exagerada pues el médico no debe perder de vista la gravedad moral de sus actos y de sus abstenciones cuando la vida y la salud de los clientes dependen de él’ (tomado de la sentencia con ID 418701 del 5 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia).

En materia probatoria es fundamental, para el caso de este tipo de responsabilidad civil contar con el peritaje de profesionales instruidos en materia médica pues existen términos y precisiones

que se escapan al entendimiento de personas no instruidas en el campo mencionado, razón por la cual no basta con el mero testimonio para predicar que hubo, por ejemplo, negligencia por parte de determinado médico. No obstante, sí puede haber casos en los que baste con la mera prueba testimonial como en el caso puesto como ejemplo por la Corte en el que por falta de vigilancia un paciente enloquecido por la fiebre salta por una ventana y se lesiona o muere. Allí no es necesaria una explicación o análisis médico científico para argumentar que hubo o no culpa por parte del galeno.

Por supuesto que al médico le es permitido alegar excepciones cuando sea demandado por responsabilidad civil contractual y estas pueden provenir de las siguientes circunstancias: descuido, desobedecimiento o imprudencia por parte de su cliente durante o después de la ejecución de la labor médica como quiera que esta no puede circunscribirse a un solo estadio o momento específico pues es una suma de procedimientos, evaluaciones y seguimientos que propenden por el mejoramiento de la salud del enfermo.

Pasaremos ahora a estudiar el caso en concreto abordado en la sentencia ya mencionada.

Someramente podemos sintetizar los hechos de la siguiente manera: un ciudadano X, vecino de la ciudad de Cali decide ir a consultar con el médico Y debido a una dolencia que presentaba en sus ojos. El doctor Y realiza varios lavados en los ojos del paciente X con determinados líquidos cuyos nombres no son mencionados en el resumen de la sentencia, uno de los cuales le produce aún más dolor y otro por el contrario se lo calma un poco. Luego el doctor Y le indica que se aplique hielo en el globo ocular izquierdo y que no salga de casa. Tiempo después el paciente X se da cuenta de que su ojo estaba sangrando y recurre de nuevo ante el ya mencionado doctor quien determina que ha perdido el ojo izquierdo a causa de una oftalmía blenorragica y procede a realizarle la respectiva enucleación, es decir, a extirparle el globo ocular. Luego realiza un lavado de material purulento que emanaba de la cuenca donde solía estar el ojo. El paciente X demandó contractualmente al doctor Y solicitaba 5000 pesos en moneda corriente de la época por daños y perjuicios. El doctor Y en su alegato de defensa argumentó que el paciente fue negligente y no siguió las instrucciones y prescripciones que este le dio.

Continuando con la actuación procesal, el juez 4 del circuito de Cali absolvió al demandado el 4 de febrero de 1938 y luego en la apelación el Tribunal Superior de Cali confirmó lo fallado en primera instancia el 24 de abril de 1939. Luego la parte vencida recurre ante la Corte Suprema de Justicia, quien luego de un exhaustivo análisis encuentra que el doctor Y no es responsable contractualmente por los hechos ya dichos y se basó en la que los peritajes que llegaron a la Corte no se ajustaban a lo requerido por jurisprudencia en materia probatoria, toda vez que si bien era cierto que se trataba de testimonios técnicos por parte de profesionales idóneos (médicos) , no hubo o no se presentó la parte recurrente con otros peritos expertos y con igual idoneidad científica para que estos estudiaran y se sirvieran de brindarle al juez elementos con los cuales pueda comprender y decidir de conformidad , en vista de que , como lo indica la Corte , la medicina es una ciencia que el Juez , hablando en sentido general no conoce o por lo

menos no está obligado a conocer. Por ello concluyó la Corte que no existía, más allá de toda duda, de que existió una relación de causalidad soportada en la negligencia médica entre el actuar del doctor Y el daño que sufrió el paciente X

Podemos notar como en el presente caso se configuran los elementos de una presunta responsabilidad civil médica: la existencia de un contrato (en este caso verbal), la ejecución de ese contrato por parte del médico, la ocurrencia de un perjuicio sobre el paciente y la presentación de la respectiva demanda como camino para ser resarcido de los perjuicios alegados. Finalmente, el asunto se resuelve por una mala defensa probatoria por lo ya escrito, ya que se insiste, no basta con probar que hubo un contrato y su respectiva ejecución, sino que hubo, para este caso concreto una negligencia que tuvo como consecuencia un hecho dañino.

‘Fuera de la negligencia o de la imprudencia que todo hombre puede cometer, el médico no responde sino cuando, en consonancia con el estado de la ciencia o de acuerdo con las reglas consagradas por la práctica de su arte, tuvo la imprudencia, la falta de atención o la negligencia que le son imputables y que revelan un desconocimiento cierto de sus deberes’. Corte de la Casación Francesa, 27 de octubre de 1938. (tomado de la sentencia con ID 418701 del 5 de marzo de 1940 de la Corte Suprema de Justicia).

4.2 Estado actual de la responsabilidad civil médica en Colombia.

4.2.1 Diagnóstico médico desde una mirada científica. Jurisprudencia en relación al derecho al diagnóstico.

Podemos definir el diagnóstico médico a la luz de una noción emanada de una revista de divulgación científica cubana, de tal forma que sea un proceso o serie de procesos para identificar una enfermedad o una lesión haciendo uso de las distintas herramientas con las que cuentan los profesionales del área médica. Siguiendo lo expresado por autores versados en el área mencionada, para que dicho diagnóstico sea lo más seguro y preciso posible ha de apoyarse necesariamente en datos seguros y en el correcto análisis de los mismos.

A día de hoy, la medicina ha llegado a un alcance y tecnificación que hace unos años hubiese sido impensable. No obstante, toda esa tecnología sería improductiva si se obviara o se pasara por alto esa relación intrínseca que existe entre médico y paciente la cual nace a la luz en el momento del diagnóstico mismo. Y es que así lo manifiestan los autores de la publicación citada arriba cuando expresan que ‘la relación médico-paciente: es fundamental para obtener la información que necesitamos en el proceso del diagnóstico. Con una buena relación médico-paciente logramos dar tranquilidad y seguridad, así como una mejor exposición de los síntomas por parte del paciente y una mayor cooperación en el examen físico’.

Todo lo anteriormente mencionado encuentra asidero en una serie de principios que le servirán al médico para no solamente lograr determinar empírica y científicamente cuál o cuáles

son las afecciones que padece el paciente que llegue a su consultorio sino que le va a permitir conocer al paciente en sus ansiedades y temores en relación con sus dolencias y cómo minimizarlas mediante la mutua confianza y el mutuo respeto, es decir, insistimos en que no se trata de una mera relación jurídico-comercial sino de todo un acompañamiento no para con el ‘enfermo’ sino para con la persona en sí.

Pasaremos ahora a analizar el derecho al diagnóstico desde una óptica jurisprudencial. En variadas sentencias la Corte Constitucional ha determinado el alcance del derecho a la salud y para el tema que nos compete indagamos por el papel que juega el derecho al diagnóstico en la consecución o materialización del primer derecho mencionado, encontrando que en la T-367 de 1999 arguye la Corte que el derecho a la salud no es per se fundamental, a no ser que debido a las circunstancias de cada caso concreto se violen derechos que sí son fundamentales como el de la vida, por ejemplo.

Así las cosas, esa Corporación manifiesta que aquellos derechos conexos tales como el de la seguridad social, la salud y la vida no solamente se concreta con recibir atención médica oportuna, con lo que ello conlleva en materia hospitalaria, quirúrgica, terapéutica o de cualquier otra índole que requiera el paciente, sino que además es primordial que los profesionales de la salud que tengan a cabo esas labores pongan a su disposición toda su aptitud profesional para practicarle al paciente todos los exámenes o procedimientos a fin de que se pueda conocer cual o cuales son los males que lo aquejan y cuál es el mejor y más oportuno tratamiento a seguir según las circunstancias del caso, o de lo contrario se haría imposible llevar a cabo una atención médica integral y esa relación médico-paciente nacería muerta desde un comienzo.

Ahora bien, es sabido que en ese camino de diagnóstico y posterior tratamiento médico tristemente en muchos casos se tienen que sortear baches administrativos que dificultan la ya reiterada relación médico-paciente. Sin embargo, aún no es momento para entrar a hablar de responsabilidad administrativa en tanto no analicemos la jurisprudencia que en esta materia ha emitido el Consejo de Estado, asunto que abordaremos en su debido momento.

Pero aún no nos queda claro que entiende la Corte por ‘Diagnóstico Efectivo’, para lo cual vamos a apoyarnos en la sentencia T-100 de 2016 en la que se recogen las etapas para realizar o llevar a cabo dicho procedimiento, a saber: identificación, valoración y prescripción. La identificación se trata de llevar los distintos exámenes médicos previos que el o los galenos que atendieron al paciente a su ingreso al centro de salud ordenaron, basados por supuesto en los síntomas que este muestre o relate. La valoración aparece cuando el médico tratante, haciendo uso de su pericia y habilidades profesionales para llegar a la conclusión más acertada y oportuna posible, para que, finalmente, entregue las prescripciones necesarias para curar, o en su defecto tratar el cuadro clínico del paciente.

Para aún más precisión sobre el derecho al diagnóstico citamos parte de la sentencia T-027 de 2015, en la cual se expresa que el paciente tiene la facultad de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un

panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”

Siguiendo con esa idea, la Corte sostiene además que ese diagnóstico, tal y como ya lo dimos a entender con anterioridad ha de implicar necesariamente la mayor eficiencia posible a la hora de establecer el cuadro clínico del paciente, ya que, se reitera es un presupuesto necesario para que el paciente goce de una atención médica integral y se concrete de manera armónica esa relación entre médico y paciente no solo desde el punto de vista profesional sino el humanístico. “El concepto de un médico, esto es, el diagnóstico, es esencial para determinar los servicios en salud, por cuanto es la persona capacitada para definir con base en criterios científicos y, previo análisis al paciente, la enfermedad que padece y el procedimiento a seguir. Así, la realización del diagnóstico es un derecho, al ser un requisito necesario para garantizar la prestación de los servicios que se requieren para recuperar la salud”.

4.3 Consentimiento informado. Jurisprudencia relacionada

En estos casos donde la jurisprudencia de la Corte tramita una acción de tutela con respecto a un paciente que se vio vulnerado por un procedimiento médico, entra en cuestión los siguientes elementos que hacen parte de la responsabilidad médica, como ocurre en este caso con el consentimiento informado, que fue el elemento fundamental para la determinación final de ese resultado, encontrándose con un caso de un paciente al que realizan un procedimiento quirúrgico ocular cuyo resultado final desencadena sobre él una vulneración a su derecho fundamental, desde el espectro de la salud, la integridad física y la vida en condiciones dignas. La consecuencia de aquella cirugía fue que este individuo termina con un ojo cosmoprotésico de diferente color al que tenía, siendo el anterior verde y el actual café.

Esta sentencia aporta disquisiciones fundamentales en cuanto al manejo de la responsabilidad médica tanto de una parte accionada como de la parte vulnerada, pues si bien genera con ella el debate jurídico si las peticiones de la parte afectada obedecen a un capricho estético o si por el contrario con el cambio de un color (resultado de un procedimiento) hay una vulneración en su estilo de vida, la cual es tan rotunda que implicó la utilización de la acción de tutela para el cobijo de sus derechos fundamentales como es el de la salud el cual es autónomo terminantemente. Elementos que hacen parte de los deberes del Estado en la cobertura de la salud, como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, y la idoneidad profesional son elementos que se traen a colación como elementos de juicio para tener una base con respecto a qué decisión se tomará con argumentación jurídica.

Finalmente el hecho de que la decisión haya sido ordenar un nuevo procedimiento médico para la actuación del lente del paciente a un color más adecuado, y que haya un reconocimiento por parte de la entidad de salud militar que no obró adecuadamente, y se expuso en que la dotación

de aquellas prótesis oculares no hayan sino en tonos claros y cafés, y que el paciente de haber sabido que tal era la circunstancia - quizás no se hubiera sometido a que el procedimiento que le generó tantas afectaciones a su autoestima.

Resalta contundentemente una deficiencia en cuanto la estructuración del consentimiento informado, entendiendo a la luz de estas nociones jurisprudenciales que el consentimiento informado no hace alusión sólo a la protección de la salud por cuanto se le informa al paciente el tratamiento y sus riesgos, sino también un cobijo al derecho a la salud al desarrollo de la personalidad a la libertad individual y al pluralismo, destacando incisivamente la idea de la autonomía corporal, pues como sucedió en este caso de un paciente con glaucoma permitió que hubiese una exploración médica en uno de los órganos más valiosos del ser humano como es el ojo. Amén de todo esto, se menciona una noción emanada de la sentencia C- 405 de 2016 " No cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar la intervención médica", concepto que manejada a la luz de esta sentencia fue abordado parcialmente , ya que la respuesta de la entidad accionada fue que no era la encargada para este procedimiento realizado en el paciente afectado, pero aun así con toda la injerencia en el asunto por cuanto se asumió y efectuó el procedimiento por aquella institución, se legitimó al paciente para este caso del cual salió avante, nuevamente porque en materia médica a la luz de un espectro legaliforme, el consentimiento informado como una noción fundamental a nivel jurídico, no debe desconocerse, pues de hacerlo se acarrearán resultados como los ya mencionados.

3.3 Estado jurisprudencial actual de la responsabilidad civil contractual en materia médica

La Corte Constitucional en la sentencia T-158 de 2018 ha recogido los presupuestos de la responsabilidad civil contractual médica que han sido abordados en reiteradas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia. A continuación, pasaremos a analizarlos.

Antes que nada, es primordial establecer en qué consiste la responsabilidad civil contractual, sus fundamentos, orígenes y evolución. Como primera medida encontramos que originalmente el enfoque de la responsabilidad en el Derecho Positivo era el de la sanción penal y encontraba sustento en la culpa y la responsabilidad personal, o sea, nos encontrábamos ante una responsabilidad de carácter subjetivo que resaltaba o ponderaba a la persona que presuntamente cometió el daño que las circunstancias particulares del caso concreto.

No obstante, este panorama cambió luego de la Revolución Industrial del siglo XIX, puesto que notaron cómo paulatinamente los asuntos relacionados con la responsabilidad tenían inferencia en materia civil por lo que fue necesario dotar a la responsabilidad por daños de un carácter objetivo que fuera más allá ya conocido sistema general de la culpa tan característico en materia penal por aquel entonces. Por ello explica la Corte que los presupuestos en que se fundamentó lo anteriormente expuesto son los siguientes:

- 1.El predominio de la función de reparar y compensar a la víctima del daño causado, ya sea por acción o por negligencia.

2. Implementación de criterios objetivos de imputación con el fin de establecer los causantes del daño
3. El surgimiento de los seguros de responsabilidad civil (Sentencia T-158/18, 2018)

Siguiendo con esa idea, resalta la Corte que la responsabilidad civil encuentra asidero en el principio de no causar daño al otro y que se recae en este tipo de responsabilidad cuando se incumple dicho principio, siempre y cuando el daño le sea imputable al médico. Para poder hablar de responsabilidad bajo el ‘nuevo’ paradigma debe de existir un daño y que esa ocurrencia del daño le sea atribuido a un sujeto determinado basado en una norma particular previamente establecida. La razón de ello es que se busca indemnizar el daño que se causó a la víctima desencadenado, o bien por un riesgo que esta no tiene porqué soportar, o bien por la abierta negligencia en el actuar del causante del daño que se alega.

A su vez, en materia médica encontramos que el presupuesto para demandar por responsabilidad civil contractual yace en la culpa probada del médico, culpa que ha de ser probada por quien la alegue, es decir, el paciente necesariamente ha de sustentar probatoriamente los hechos que según él/ella sucedieron en el transcurso del determinado procedimiento médico que dio como resultado el supuesto daño, en suma, ha de existir un nexo de causalidad entre los hechos y el daño lo suficientemente determinante. Esto es así por cuanto estamos ante la ya tratada obligación de medios como lo es el obrar médico, en vista de que estamos ante un escenario en el que por mandato legal y jurisprudencial no se le puede obligar al galeno a comprometerse a llegar a un determinado resultado como puede ser la curación del paciente, sino que se le obliga a poner todo su esfuerzo médicamente hablando para, aunque sea paliar, en el peor de los casos, aquello que aqueja a su o paciente. Caso contrario ocurre con las cirugías estéticas en donde si existe un acuerdo previo sobre los resultados a los que el paciente quiere llegar y el médico previamente le manifiesta que tiene la pericia para lograr dichos resultados (obligación de resultados).

Hemos notado que, desde la jurisprudencia de 1940 hasta llegar a épocas más recientes, poco ha cambiado en materia de responsabilidad civil médica en Colombia por lo menos en cuanto a sobre quien recae probar la culpa y el criterio para endilgarla. Notamos, sin embargo, que ya no se habla más de ‘contratos movidos por la caridad’ que se pregonaban otrora, lo que nos lleva a concluir que una vez nace esa relación jurídica-comercial entre médico y paciente ya se sobreentiende que existe una contraprestación económica entre ellos por el servicio o tratamiento medicinal, lo cual no quiere decir que ese pago ha de ser requisito fundamental para que exista responsabilidad civil médica porque lo que se protege primordialmente es la salud y la vida misma y no el patrimonio de los pacientes, en otras palabras, lo que impera es el contrato (que otrora solía ser verbal) y no el componente económico, aunque lógicamente si ocurre un hecho dañoso entonces si entra en juego dicho componente, dado que es la herramienta utilizada en estos casos para resarcir los perjuicios alegados.

CONCLUSIONES:

1. No se pudo localizar históricamente un momento medianamente preciso en el cual fuera posible la separación de las así llamadas medicina sagrada de la medicina técnica, más concluimos que en el primer caso es imposible hablar de responsabilidad médica u otro concepto similar toda vez que si el médico fallaba en su labor el único “castigo” que sufría era aquel impartido por los dioses, en el entendido que no era considerada una profesión tal y como es considerada hoy en día sino que era ejercida por brujos o sacerdotes.

2. Se pudo comprender la finalidad de diferenciar dogmática y normativamente hablando la diferenciación entre cirugía plástica reconstructiva y cirugía plástica con fines estéticos, que en términos simples indica que en la primera el médico se compromete a un resultado (si esto no es así, el paciente ni siquiera aceptaría el contrato) y en el segundo caso, tal obligación no puede darse puesto que existen variables tales como el estado de salud previo del paciente, como en una lesión, que hacen inaplicable el exigir un resultado concreto.

3. Fue posible asimilar conceptos tales como el deber de información y el consentimiento informado. Concluimos que el deber de información es importante porque va a permitir que el paciente conozca y entienda los alcances, los riesgos y los beneficios del determinado procedimiento médico al que piensa someterse. De otro lado, el consentimiento informado va a posibilitar que el paciente o un tercero, si este no puede hacerlo, manifieste su voluntad libre y espontánea de querer someterse al procedimiento que le propone el médico.

4. Se logró describir la evolución histórica de la relación médico-paciente frente a su responsabilidad en sus aspectos e hitos históricos más relevantes tales como en el derecho romano, en la Grecia Clásica, en la Castilla Medieval y en la España de los siglos XX y XXI y cómo estos influyeron en lo que hoy en día es la responsabilidad médica colombiana.

5. Se pudo constatar que, en cuanto al derecho romano, descubrimos que las nociones de Culpa y Negligencia aparecen en tiempos de la Roma Imperial y que su desarrollo nos ha sido legado en las distintas codificaciones y jurisprudencias del Derecho Positivo, pero particularmente aquellas que de manera directa han contribuido al desarrollo de la responsabilidad médica en Colombia, como es el caso de la jurisprudencia española.

6. En relación a las codificaciones de Castilla del siglo XIII, se encontró que, durante este siglo, particularmente durante el reinado de Alfonso X, cuando un médico cometía un error o una negligencia que afectara a algún paciente, el tratamiento que se le daba a esto en Las Siete Partidas, en el Fuero Real y en el Liber Iudiciorum era de carácter penal por cuanto se entendía que el actuar del médico desconocía la suprema autoridad del rey.

7. Se logró describir el fundamento ético de la medicina que ha nutrido y sigue nutriendo la puesta en práctica de esta ciencia de la mano de los postulados de Galeno de Pérgamo y de William Osler, quienes pese a haber vivido con bastantes siglos de diferencia, formaron parte de nuestro trabajo debido a sus pormenorizados aportes científicos y no obstante que el propósito

de esta monografía no es el de abordar la medicina desde sus aspectos científicos, entendimos que la aplicación de la misma no es dada como un mero entendida como una disciplina que propende por el mejoramiento de la calidad de vida del hombre y por hacer posible que el sufrimiento se minimice.

8. Se logró comprender la finalidad de la exigencia de la responsabilidad médica en Colombia, la cual concluimos que es resarcir un daño por la negligencia o la culpa en un procedimiento médico al ser esta ciencia inexacta, lo cual viene de la mano con el deber de seguridad que debe de recaer sobre el médico en favor del paciente. Además, se pudieron asimilar los conceptos de obligación de medios y obligación de resultados, los cuales pueden explicarse en virtud de la pericia y el cuidado que debe de tener el galeno en la primera categoría y un resultado concreto al que debe de llegar porque así se plasmó en un contrato.

El análisis de las relaciones entre médico y paciente a lo largo de la historia para determinar la evolución de la responsabilidad médica, requirió un proceso de conocimiento e identificación de esas interacciones específicas entre el médico y su paciente, para con esto determinar la evolución de la responsabilidad médica. No se dirá qué fracasó totalmente, más siendo sinceros, no se logró determinar cuál fue ese proceso de evolución o por lo menos generar una idea o antecedente de responsabilidad médica antigua, puesto que por aquellos tiempos la cosmovisión de la vida y la sociedad era muy distinta.

Así las cosas, la compilación de leyes Hammurabi en las que se menciona sucintamente el manejo del médico con el paciente, no se constituye como un precedente ni siquiera como una orientación para las futuras generaciones en cuanto a la responsabilidad médica, Pues fue tanta su arbitrariedad y sanguinolencia que anula cualquier posibilidad o intento de reproducirlo por las generaciones subsiguientes. Las relaciones entre médico y paciente en los estadios históricos antiguos de Egipto, Asiria y Babilonia, intentaron abordar el manejo al enfermo con teorías descubrimientos y ensayos, para proceder a la fase empírica, no obstante esto lo único que constata es que sí hubo un proceso lento e inconexo de robustecer el ejercicio de la medicina, pero en aquellos estadios, aquellas incursiones no garantizaron la evolución de la responsabilidad médica, entendiendo por evolución, al crecimiento, a la transformación de su estado, al desarrollo de sus ideas y conceptos, y a todo lo que garantice un perfeccionamiento de su regulación sistemática.

Fue definitivamente en los estadios griegos y romanos, los cuales aun siendo en la antigüedad vienen constituyéndose en un período más tardío, los que propiciaron que las relaciones entre médico y paciente aumentaron sus teorizaciones, estudios y más importante aún, eruditos en el área que aportaron determinadamente a ésta, a la medicina, y con ella a la responsabilidad médica. Concluimos que para que un antecedente sea funcional en cuanto a la responsabilidad médica, debe tener elementos tangibles y legados que hayan sido reproducidos posteriormente para transformar la responsabilidad médica misma. Esto sucedió en Roma, pues en Roma se estructuró la culpa como un objeto de análisis para el proceder del médico, y Roma misma legó un sistema mixto de responsabilidad civil indemnizatoria y un contenido penal dirigido al médico. He aquí que nos encontramos ante un antecedente, pues mucho tiempo después fue

adherido por los ordenamientos jurídicos europeos, Francia se adhirió a ello y España también, Luego llegó al ordenamiento jurídico colombiano por vía jurisprudencial y doctrinaria, entonces he aquí que nos encontramos con un antecedente refrendado de responsabilidad médica que se instituyó y aún hoy día continúa su proceso de transformación.

El galenismo de la Grecia clásica y el juramento hipocrático fundamentaron un ejercicio de ética profesional del médico para con el paciente, esto está íntimamente ligado con el marco normativo de la responsabilidad médica de hoy en día en Colombia.

Las analectas de Labeón, las patologías de galeno de Pergamo, y los modelos de conducta ejemplarizante de Hipócrates describen claramente una evolución histórica de la relación médico paciente y con ello frente a su responsabilidad, pues ese camino de avance y estructuración con visos de humanización y compromiso profesional ornamenta el vínculo que se genera entre médico y paciente desde una orientación jurídica.

Se dejaron atrás los estadios históricos que no lograron fundar la responsabilidad médica ni un marco normativo, Roma por su parte retoma los elementos griegos de ética profesional y pesquisas de investigación y desarrolla un modelo de responsabilidad médica temprana pero tangible y constituida que utilizó las interpretaciones jurídicas de romanos avezados en la fundamentación jurídica y en el derecho, aportes que hoy día siguen presentes en el resguardado código de justiniano.

Los aportes doctrinarios que han sido compilados por textos académicos de abogados expertos en el área, es lo que permite rendir cuentas de ese proceso de evolución estructurado hoy en día en Colombia, como lo es por ejemplo el texto que se citó con respecto a la tipología de daños, llamado la responsabilidad contractual en la cirugía estética, en este texto se distinguen los distintos daños que se han tipificado doctrinariamente y que distingue claramente la naturaleza de estas afectaciones según la circunstancia, esto permite rendir cuentas de cómo hoy en día Siglo XXI la responsabilidad médica está estructurada de tal forma que las afectaciones que se puedan generar en el ejercicio médico ya están constituidas en literatura. Esto permite esclarecer que la medicina y su consiguiente régimen de responsabilidad han sufrido una evolución normativa a pasos agigantados y esto se logró con los antecedentes históricos refrendados que se diseminaron por medio de análisis jurisprudenciales y doctrinales como se verificó con Roma, y como ya escudriño con las distintas sentencias emanadas del ordenamiento jurídico colombiano que abordan desde distintos enfoques la responsabilidad médica, Esto no puede hacer más que enaltecer un constante crecimiento en su régimen de regulación, concluyendo que la responsabilidad médica no se ha constituido permanentemente, sino que continuamente en virtud a todas estas circunstancias cabiendo en ellas: Antecedentes históricos validados, materia de jurisprudencia y textos académicos es que se estructurará en un proceso de transición.

Se utilizó un caso muy sui generis que puede abordar todos los postulados de investigación tanto de la evolución normativa como histórica de la responsabilidad médica a través de las relaciones jurídico profesionales entre médico y paciente, este caso obedece a una circunstancia documentada del imperio otomano, que si bien no es un antecedente firme Cómo son los legados

jurídicos romanos de culpa y sistema de responsabilidad mixta, sí permite describir que la responsabilidad médica se incentiva por medio de la profundización de la relación entre médico y enfermo, y esta profundización no es más que un mayor interés ético profesional por el enfermo.

Al constatar en las sentencias judiciales que entre un escenario demandante y demandado, ambos tienen una línea argumentación jurídica a partir de hechos probados en lo que respecta a un precio de responsabilidad médica, es cuando se discierne qué ante esas vulneraciones a la salud que sufre la persona es que se generan construcciones jurídicas, conceptos y reutilización de otros conceptos de otras providencias judiciales para llegar a una solución de esa controversia. Y eso es lo que fundamenta día a día la responsabilidad médica, la cual evolucionará por vía de adelantos jurisprudenciales y textos académicos y doctrinarios que empiezan a teorizar sobre la práctica entre médico y paciente ya no sólo desde un enfoque científico sino también jurídico y sistemático, pues ese ordenamiento en estas transiciones históricas es el resultado de esos procesos de interacción entre el médico y paciente, en el que la observación de sus proceder es lo que origina la evolución de la responsabilidad médica.

Referencias

- Ponce, G. D. (2018). Herófilo y Erasístrato - El sistema nervioso. | Filosofía y Apuntes. <http://filosofiapuntes.blogspot.com/2018/08/herofilo-y-erasistrato-el-sistema.html>
- Entralgo, P. L. (2012). La relación médico-enfermo: Historia y teoría. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-relacion-medico-enfermo-historia-y-teoria/>
- Tostado, F. J. (2015). La medicina en Mesopotamia, entre médicos y exorcistas. | Franciscojaviertostado.com. <https://franciscojaviertostado.com/2015/08/14/la-medicina-en-mesopotamia-entre-medicos-y-exorcistas/>
- Escotado, A. (1998). Historia de las drogas. Alianza Editorial.
- Gargantilla, P. (2009). La anestesia en la antigüedad | Humanidades médicas. <http://humanidades-medicas.blogspot.com/2009/03/la-anestesia-en-la-antiguedad.html>
- Cárdenas, J. A. (2001). Medicina Egipcia: Capitulo III | La maravillosa Historia de la medicina. <https://www.cardenashistoriamedicina.net/capitulos/es-cap3.htm>
- Doria, E. F. N. (2009). Criterios Jurídicos sobre responsabilidad medica en derecho romano clásico. Revista electrónica Derecho y Sociedad, 50-57. <https://revistas.unicordoba.edu.co/index.php/dersoc/article/download/1690/1944/>
- Uribe, D. (2019). La medicina en la antigüedad [video]- YouTube. de https://www.youtube.com/watch?v=J5r-RKssSdA&ab_channel=DianaUribe
- Bercovitz, L. K. (2007). La medicina en tiempos de Hipócrates. Revista Medica de la Universidad Veracruzana, 7 (1), 59-62. <https://www.medigraphic.com/pdfs/veracruzana/muv-2007/muv071h.pdf>
- Sepúlveda, D. A. (2014). La evolución ético- jurídica de la responsabilidad médica. Acta bioethica, 20 (2), 207-213. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2014000200008>.
- Romero y Huesca, A., Bollas, J. R., Schietekat, R. L., Velasco, G. C., Rementería, J. F. D. L.O., Guzmán, L. F. T., Ramírez, S. V., Navarrete, S.I.G. (2011). Galeno de Pérgamo: Pionero en la historia de la ciencia que introduce los fundamentos científicos de medicina. Anales Médicos , 56 (4), 218-225. <https://www.medigraphic.com/pdfs/abc/bc-2011/bc114g.pdf>
- Ariza, J. S. (2014). ¿Remedios o ponzoñas? Aproximación al uso de la yerbatería como método curativo en el Nuevo Reino de Granada durante el siglo XVIII. Anuario de Historia Regional y de las Fronteras, 19 (2), 315-333. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-20662014000200003&script=sci_abstract&tlng=es

Sanz, J. (2016). Hace 500 años ya se firmaba un documento de consentimiento y exoneración de responsabilidad médica. | Historia de la historia. <https://historiasdelahistoria.com/2016/02/01/hace-500-anos-ya-se-firmaba-un-documento-de-consentimiento-y-exoneracion-de-responsabilidad-medica>

Morales, I. A. (2013). La sangría (flebotomía) a lo largo de la historia | ResearchGate. https://www.researchgate.net/publication/300099868_LA_SANGRIA_FLEBOTOMIA_A_LO_LARGO_DE_LA_HISTORIA

Gutiérrez, N. C., Bermúdez, C. (2009). Responsabilidad contractual en la cirugía estética. Dike Editorial.

Pizarro, W. C. (2018). La responsabilidad médica. Grupo Ibáñez Editorial.

Morón, M. J. (2018). La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): una relectura desde el punto de vista contractual. Revista para el análisis del Derecho: Indret, (1), 1-57. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6392380>

Romero, I. R. (2015). Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. Revista Ius et Praxis, 21 (1), 137-170. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100005

Mora, F. G. (2011). El concepto de riesgo en Medicina. Revista Med, 19 (2), 241-247. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-52562011000200011

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (2018). Fuero Real de Alfonso X el sabio. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2018-7&tipo=L&modo=2

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (2015). Liber Iudiciorum. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2015-2&tipo=L&modo=2

Alfonso X. (1984). Siete Partidas. Biblioteca digital Hispánica. <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000008374&page=1>

Novas, J. D., Machado, B. G., Gonzáles, A. L. (2006). El diagnóstico médico: Bases y Procedimientos. Revista Cubana de Medicina General Integral, 22 (1). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252006000100007

Sanz, J. (2018). Leyes Castellanas del siglo XIII en la jurisprudencia de hoy en Estados Unidos | elEconomista.es <https://www.economista.es/historia/noticias/9591981/12/18/Leyes-castellanas-del-siglo-XIII-en-la-jurisprudencia-de-hoy-en-Estados-Unidos.html>

Escobar García, J. (2017). La mujer en la edad media en los siglos XI, XII, XIII: La Reina Urraca I de León y Castilla. [Trabajo de fin de grado Universidad de Sevilla].

https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/75386/LAURA%20M%20ESCOBAR%20GARC%C3%8DA%20HISTORIA_.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (1940, 5 de marzo). Sentencia con ID 418701 de 1940 (Liborio Escallón, M.P) <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Constitucional (1999, 25 de mayo). Sentencia T-367-99, (DR José Gregorio Hernández Galindo, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-367-99.htm>

Corte Constitucional (2010, 15 de junio. Sentencia T-452-10 (Humberto Antonio Sierra Porto, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-452-10.htm>

Corte Constitucional (2015, 23 de enero). Sentencia T-027 de 15 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-027-15.htm>

Corte Constitucional (2016, 1 de marzo). Sentencia T-100-16 (María Victoria Calle Correa, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-100-16.htm>

Corte Constitucional (2018, 22 de febrero). Sentencia T-059-18 (Antonio José Lizarazo Ocampo, M.S) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-059-18.htm>

Corte Constitucional (2018, 24 de abril). Sentencia T-158-18 (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.S) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-158-18.htm>

Corte Constitucional (2019, 29 de octubre). Sentencia T-508-19 (José Fernando Reyes Cuartas, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-508-19.htm>