

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado Ponente

SC13925-2016

Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01

(Aprobado en sesión de veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis)

Bogotá D.C., treinta de septiembre de dos mil dieciséis.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Guillermo León Pulgarín Sossa, Cristopher David Pulgarín Román, Marlyn Julieth Pulgarín Román, Ana de Dios Marín y Mario Uribe Betancur, contra la sentencia proferida el trece de diciembre de dos mil doce por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario que promovieron frente a Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda.

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

Guillermo León Pulgarín Sossa, Cristopher David Pulgarín Román, Marlyn Julieth Pulgarín Román, Ana de Dios Marín y Mario Uribe Betancur, solicitaron mediante demanda ordinaria civil que se declare a Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y a la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda., responsables por la muerte de su respectiva esposa, madre e hija, a causa de la deficiente atención médica, quirúrgica y hospitalaria recibida en la clínica demandada entre el 29 de mayo de 2002 y el 23 de junio de ese mismo año.

Como consecuencia de la anterior declaración pretendieron que se condene a las demandadas al pago de las sumas de dinero correspondientes a los perjuicios patrimoniales y morales que dicha muerte les produjo.

B. Los hechos

1. El 29 de mayo de 2002, a eso de las 8:00 p.m., la señora Luz Deisy Román Marín, de 40 años de edad, presentó un fuerte dolor abdominal y calambres en la pierna derecha, por lo que acudió en compañía de su hija Marlyn Julieth y de su madre a la Clínica Las Vegas en la ciudad de Medellín adonde ingresó por el servicio de urgencias. Allí la revisaron, le suministraron líquidos endovenosos y le diagnosticaron “cólicos menstruales”, para lo cual le recetaron analgésicos por vía oral. El dolor se le calmó por el efecto de los analgésicos, por lo que fue dada de alta a eso de la una de la mañana.

2. El 30 de mayo le repitieron los mismos dolores, por lo que regresó al mencionado centro hospitalario donde nuevamente fue valorada, le practicaron algunos exámenes de laboratorio y el diagnóstico de la médica tratante fue de infección renal.

3. El 1 de junio la paciente volvió a la referida IPS en compañía de su madre e hija debido a la persistencia de los dolores abdominales, que cada vez se hacían más fuertes e insoportables. Al ser atendida por la médica tratante, ésta les increpó: “*¡otra vez ustedes por acá!*”, y su diagnóstico fue que los dolores eran producidos por el dispositivo anticonceptivo que la paciente se había implantado desde hacía más de 10 años, para lo cual le recetó tratamiento farmacológico.

4. El 2 de junio, debido a la persistencia e intensidad del dolor, la señora Luz Deisy regresó a la Clínica por el servicio de urgencias donde el médico les explicó, a ella y a sus acompañantes, que había ocurrido un error de diagnóstico pues se le había prescrito una droga para una enfermedad que no tenía, dado que se encontraba invadida de ‘materia’ y era necesario operarla de inmediato. El diagnóstico previo a la cirugía fue de ‘apendicitis aguda perforada’ y los hallazgos arrojaron una apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada, signos de irritación peritoneal y abundante salida de secreción purulenta fétida.

5. El cuarto día después de la operación le dieron de alta, aun cuando presentaba fiebre y dolor, lo que en criterio del médico era algo normal, según se explicó al esposo. De igual modo le manifestó que ‘necesitaba su colaboración ya que requería la cama para otro paciente’ y le indicó que le comprara seis ‘inyecciones de antibióticos’, ya que Coomeva no cubría medicamentos tan costosos, los cuales le serían colocados por una enfermera domiciliaria.

6. La coordinadora de la EPS preguntó al cónyuge su dirección de residencia, y al contestarle éste que vivían en el barrio Santa Cruz, aquélla le manifestó que para ese lugar no podían enviar una enfermera, por lo que era mejor que la señora Luz Deisy asistiera a la Clínica por las mañanas y por las tardes para aplicarle las inyecciones.

7. El esposo respondió que le quedaba imposible sufragar los gastos de las inyecciones y el transporte, y le expresó que consideraba inconveniente la movilización de la paciente dado su delicado estado de salud, por lo que el médico encargado ordenó que continuara hospitalizada por un día más.

8. Al día siguiente, esto es el 9 de junio, se dio de alta a la paciente y sólo se le recetó Acetaminofén, sin prescribirle antibióticos, ninguna dieta, ni cuidados especiales.

9. El 12 de junio la señora Luz Deisy acudió a una revisión de rutina y el médico tratante, luego de examinarla, le manifestó que se encontraba en muy buenas condiciones.

10. Tres días después, amaneció muy grave con vómito, fiebre alta, dolores abdominales y calambres en las extremidades inferiores. De inmediato fue conducida por sus familiares a la Clínica Las Vegas, en donde el médico que la atendió les informó sobre la necesidad de realizar una nueva cirugía de manera urgente.

11. Debido a su grave estado de salud, la señora Luz Deisy Román fue intervenida quirúrgicamente en cinco ocasiones más durante un lapso de seis días, permaneciendo todo ese tiempo en la unidad de cuidados intensivos.

12. El 23 de junio murió como consecuencia de un choque séptico, previa sepsis abdominal y peritonitis.

13. El deceso de la usuaria se produjo por la deficiente e indebida atención médica, quirúrgica y hospitalaria prestada por la Clínica Las Vegas, toda vez que el error de diagnóstico inicial, la cirugía tardía y los errores médicos posteriores descompensaron el funcionamiento de su organismo y llevaron a la paciente a un estado crítico e insalvable.

14. Tal situación de negligencia médica produjo en los demandantes graves e intensos sufrimientos espirituales tanto durante el padecimiento de la enfermedad de su respectiva madre, esposa e hija, como después del fallecimiento.

15. La señora Luz Deisy laboraba en la empresa Serdan S.A., donde devengaba el salario mínimo legal vigente, del cual se presume que destinaba el 25% para su propia subsistencia, y el resto para el sostenimiento de su hogar.

16. Las entidades demandadas son civilmente responsables de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a los actores con ocasión de la muerte de su ser querido, por lo que están legalmente llamadas a repararlos.

C. Excepciones formuladas por las demandadas

1. La Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda., afirmó en su contestación que sólo atendió a la señora Luz Deisy Román Marín el 29 de mayo y el 1 de junio de 2002, por el servicio de urgencias que estaba a su cargo. Explicó que las otras atenciones que se brindaron a la paciente no fueron su responsabilidad sino de la Clínica Las Vegas, propiedad de Inversiones Médicas de Antioquia S.A.

Como excepción formuló la ausencia de culpa, dado que la atención brindada por su personal a la señora Luz Deisy Román el 29 de mayo y 1 de junio fue oportuna, cuidadosa y diligente, de conformidad con los protocolos médicos y científicos adecuados a la sintomatología que presentaba. [Folio 117, c. 1]

También alegó la falta de nexo causal entre la conducta del personal que estaba a su cargo y los daños ocasionados a la salud de la paciente. De igual modo, esgrimió cobro de lo no debido e indebida tasación de perjuicios. [Folio 118, cuaderno 1]

2. Inversiones Médicas de Antioquia S.A.–Clínica Las Vegas manifestó que la atención recibida por la señora Luz Deisy Román Marín antes del 2 de junio de 2002 no es su responsabilidad, pues el servicio de urgencias por el que consultó estaba a cargo de una entidad distinta denominada Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda. De ahí que no pueden atribuírsele las actuaciones realizadas por un tercero.

Agregó que la muerte fue fruto de un shock séptico posterior a una peritonitis derivada de la condición del tejido intestinal de la paciente, quien tenía predisposición o tendencia a la formación de adherencias intraabdominales o bridas, y en ningún caso se debió a fallas en la atención por parte de su personal médico, por lo que no puede endilgársele culpa. [Folio 126, cuaderno 1]

D. El llamamiento en garantía

La demandada Inversiones Médicas de Antioquia S.A. llamó en garantía a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., en virtud de la póliza de responsabilidad para clínicas y hospitales número 0011488-8, con vigencia entre el 11 de enero de 2002 y el 11 de enero de 2003, que amparó hasta un monto de \$500'000.000 la responsabilidad *«imputable al asegurado por actos u omisiones cometidos en el ejercicio de una actividad profesional médica por personal médico, paramédico, médico auxiliar, farmacéutico o laboratorista bajo relación laboral con el asegurado, en el ejercicio de sus actividades al servicio del mismo (...)»*. [Folio 38, cuaderno 2]

Señaló que no le constan los hechos en que se fundó la demanda y no se opone a pagar el monto de la condena, siempre y cuando la causa del riesgo asegurado haya sido atribuible al personal asegurado. Como excepciones formuló el descuento del deducible del 15% del valor de la pérdida, pactado en la póliza. De igual modo, adujo que responde hasta el límite del monto asegurado siempre que exista disponibilidad de dicha suma por no haber pagado otros siniestros asegurados. [Folio 40, c. 2]

E. La sentencia de primera instancia

Negó las pretensiones de la demanda, al considerar el juez de descongestión que no se comprobaron los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. [Folio 336 reverso, c. 1]

Como fundamento de su decisión, manifestó que a partir del análisis del acervo probatorio se concluye que los médicos que atendieron a la señora Luz Deisy actuaron de acuerdo a la *lex artis* y en tiempo oportuno, sin que pueda atribuirse culpa a las entidades demandadas porque la paciente no presentaba los síntomas ni “*la patología para que le diagnosticaran una apendicitis*”, por lo que el diagnóstico y el tratamiento que se hizo fue el adecuado. [Folio 343, cuaderno 1]

Agregó que la muerte de la paciente no se debió a un mal diagnóstico sino a otra circunstancia, *«esto es a la obstrucción intestinal por bridas que requirió una resección intestinal en un tejido inflamado, que como complicación presentó una filtración que desencadenó una peritonitis que no se logró controlar causando a la paciente una falla multiséptica y posteriormente la muerte»*. [Fl. 344, c. 1]

De ahí que además de la ausencia de culpa, el sentenciador *a quo* considerara que no hubo prueba del nexo de causalidad, porque *«la muerte de la señora Luz Deisy se debió no a la mala aplicación de la lex artis por parte de los galenos, sino a una reacción inevitable por parte del organismo de la paciente, una situación que no podía ser evitada por los mismos, así el diagnóstico desde un principio hubiera sido totalmente diferente»*. [Folio 345, cuaderno. 1]

«En conclusión –afirmó el fallador de primer grado– aun existiendo el daño, no existe nexo entre el hecho alegado y la muerte de la señora Luz Deisy Román Marín, ya que el deceso fue ocasionado por las reacciones del cuerpo de la paciente y no por una negligencia o inoperancia por parte de los médicos de las entidades demandadas».

F. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión del juzgador de primer grado, la parte actora la apeló, porque en su sentir las pruebas que obran en el expediente –y especialmente la historia clínica– demuestran que la señora Luz Deisy Román acudió oportunamente al centro hospitalario cuando apenas su dolor llevaba seis horas de evolución.

Según la sintomatología descrita en el aludido documento, el cuadro patológico que presentaba la usuaria era indicativo de apendicitis; y aunque el mismo podía confundirse con otras enfermedades, tal como lo constataron los testigos técnicos y el dictamen pericial, los profesionales que la atendieron tenían la obligación de aclarar el diagnóstico inicial de enfermedad pélvica inflamatoria. [Folio 366, cuaderno 1]

Lo anterior demuestra que desde la primera atención que recibió la paciente, la conducta del personal médico fue negligente y culpable.

Agregó que según lo anotado en la historia clínica y las declaraciones de los testigos, la usuaria fue dada de alta sin ninguna indicación, lo que retardó el diagnóstico que incidió en su agravamiento y posterior muerte.

Según la declaración del médico Carlos Ramírez Suárez, la historia clínica y el médico perito, cuando la paciente consultó por segunda vez presentaba los mismos síntomas, los cuales eran indicativos de apendicitis; no obstante lo cual la segunda médica tratante volvió a errar en el diagnóstico.

A partir del análisis de los testimonios técnicos, el dictamen pericial y la historia clínica, se concluye que la paciente fue diagnosticada de manera errónea, lo cual incidió directamente en su muerte. [Folio 367, cuaderno 1]

Los médicos Carlos Ramírez Suárez y Luz Helena Calderón Adrada manifestaron que el cuadro que presentaba la paciente mostraba claramente un proceso infeccioso que bien podía ser diagnosticado y tratado adecuadamente por cualquier médico general; siendo los desaciertos en ese diagnóstico el factor desencadenante del deceso de la paciente.

Para cuando se hizo el diagnóstico acertado, el proceso infeccioso había evolucionado de tal modo que las múltiples cirugías que se le practicaron no fueron suficientes para lograr la recuperación de su salud; por lo que hay que concluir que los errores negligentes antes reseñados fueron la causa de la muerte de la señora Luz Deisy. [Folio 370, cuaderno 1]

Por todas esas razones, consideró que existen suficientes elementos materiales en el proceso para deducir que las demandadas son responsables de los perjuicios ocasionados a las víctimas por la deficiente y culpable atención médica mencionada.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Afirmó que no es posible juzgar la conducta de los demandados con relación al diagnóstico realizado el 29 de mayo de 2002, por cuanto existe cosa juzgada penal, dado que la investigación que adelantó la Fiscalía General de la Nación contra la profesional que hizo el primer diagnóstico terminó con preclusión de la investigación por no encontrar prueba de su culpa. Por ello, el análisis del caso se circunscribió al estudio del diagnóstico realizado el 1 de junio. [f. 52, Tribunal]

A partir del análisis de algunas pruebas aducidas a la actuación, el Tribunal concluyó que no hubo culpa por parte del médico tratante, toda vez que los síntomas que presentó la paciente fueron difusos y bien pudieron corresponder a varias dolencias, como lo relataron los galenos que declararon en el proceso. [Folio 53, reverso]

Según éstos, debido a que la enferma no presentó signos de irritación peritoneal sino de otro tipo de infección, el médico hizo el diagnóstico que consideró pertinente y la envió a su casa. Como en la historia clínica no aparecía un signo claro de irritación peritoneal, a la vista de los exámenes practicados, el médico concluyó la existencia de una infección, por lo que ordenó el tipo de tratamiento que estimó adecuado con antibióticos; sin que juzgara necesario someterla a otros exámenes, dado el amplio espectro de enfermedades que podían causar la sintomatología que presentaba.

Concluyó que no hay prueba de la culpa del médico que hizo el diagnóstico, pues aquél determinó el tratamiento que correspondía de conformidad con su leal saber y entender. Aunque es cierto que *a posteriori* se puede establecer la existencia de un error de diagnóstico, tal error no es indicativo, *per se*, de la culpa del profesional.

Adujo que *“aunque existe algún elemento probatorio para deducir culpa, concretamente el dictamen pericial que señala que el diagnóstico debió haber sido aclarado, el mismo no es suficiente para definir responsabilidad, pues se trata de una mirada retrospectiva, y los argumentos del médico que realizó el diagnóstico explican completamente a qué se debió su actuación, pues la paciente no presentaba signos relevantes de la existencia de una apendicitis y por el contrario mostraba otros que llevaban a conjeturar sobre la existencia de una infección de carácter ginecológico”*. [Folio 54, Cuaderno Tribunal]

Por esas razones, no halló prueba de la responsabilidad civil invocada.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se formularon tres cargos con apoyo en la causal primera de casación, todos por violación indirecta de la ley sustancial.

PRIMER CARGO

Adujo que hubo violación indirecta de los artículos 1613, 1614, 1615, 1626, 2341, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, a causa de los errores de hecho manifiestos y trascendentes en que incurrió el Tribunal por la indebida apreciación de la prueba documental (historia clínica).

En concreto, afirmó que el sentenciador *ad quem* no valoró la historia clínica en su materialidad, dejando de apreciar lo que su texto dice acerca de la realidad, dado que en ese documento se consignaron datos que muestran los síntomas de la enfermedad que presentó la paciente.

Señaló que la primera evaluación del 29 de mayo de 2002 no incluyó la anamnesis; la segunda evaluación del 1 de junio no advirtió sobre la grave evolución de la patología a pesar de los antecedentes, ni aparece consignado que se ordenaran imágenes diagnósticas como lo exigen los protocolos médicos. Los médicos tratantes, por tanto, omitieron realizar el interrogatorio y los exámenes físicos completos que hubieran evidenciado de manera acertada la enfermedad que sufrió.

La historia clínica del 2 de junio demuestra el estado de degradación de la salud y la impericia en la atención de la sepsis por apendicitis, peritonitis y abscesos, lo que inexorablemente condujo a la muerte de la paciente.

A partir del análisis de ese documento el Tribunal debió inferir, de conformidad con las reglas de la sana crítica, los indicios que acreditan la negligencia por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, los cuales se deducen tanto de lo que en ella aparece consignado, como de lo que debió escribirse y no se hizo.

En sustento de su afirmación citó las opiniones de algunos expertos que aseguran que en el 90% de los casos se puede diagnosticar con certeza la patología que padecía la paciente, sólo con realizar un buen análisis de la historia clínica.

Agregó que el error del *ad quem* en la apreciación de la prueba documental es ostensible no sólo por las descripciones erradas que se hicieron en la historia clínica sobre la patología de la paciente, sino porque los resultados del equipo médico fueron absolutamente contrarios a lo que lo que mostraba la evidencia científica. [Folio 30]

El Tribunal manifestó que a pesar de que está probado el error en el diagnóstico no se demostró la culpa del personal médico. Sin embargo, en la historia clínica hay evidencias suficientes que acreditan lo contrario, como por ejemplo que la institución prestadora del servicio de salud no ordenó imágenes diagnósticas (radiología, ecografía, resonancia magnética) para precisar la patología de la usuaria, a pesar de la sintomatología que presentó.

El juicio probatorio del sentenciador fue arbitrario, es decir sin ningún sustento racional, por cuanto es absolutamente insostenible concluir que el error de diagnóstico no se debió a la negligencia de los médicos, cuando los síntomas que presentó la paciente el 2 de junio, y que permitieron al médico Carlos Ramírez determinar el diagnóstico de apendicitis, fueron los mismos que manifestó desde un comienzo, es decir desde el 29 de mayo cuando ingresó a la clínica por primera vez. Luego, si no se detectó tal patología desde un principio, fue por pura negligencia de los profesionales de la medicina. [Folio 32]

Lo anterior demuestra que el error del primer diagnóstico fue producto de la negligencia médica, de lo cual los profesionales sólo se dieron cuenta cuando la paciente había sufrido una perforación y sepsis producto de su dolencia, es decir cuando ya era demasiado tarde.

La conclusión probatoria del Tribunal fue errada, además, porque no es lógicamente aceptable que si los síntomas de la paciente indicaban una multiplicidad de posibles enfermedades, los médicos que hicieron las valoraciones iniciales se hubieran conformado con una simple conjetura de “dismenorrea” o “cólicos menstruales”, cuando resultaba forzoso realizar interrogatorios más exhaustivos y exámenes más completos para hacer el diagnóstico diferencial correspondiente.

SEGUNDO CARGO

Denunció la infracción indirecta de las mismas normas sustanciales invocadas en el cargo anterior, por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, pues el Tribunal no le dio el alcance demostrativo que tienen los testimonios recibidos en la actuación, de conformidad con lo que los mismos dijeron sobre los hechos en los que se sustentó la demanda, tal como ocurrieron en realidad.

El juzgador supuso que las declaraciones de Gloria Patricia Saldarriaga, Piedad Nicolasa Montoya del Valle, Juan Felipe Martínez González, Luz Elena Calderón Adrada y María Isabel Ochoa Tenorio probaron la ausencia de culpa, cuando la verdad es que un análisis racional de los mismos prueba todo lo contrario, es decir la negligencia de los demandados.

En la sentencia impugnada no se mencionaron los testimonios de Omar de Jesús Castaño Quintero, María Isabel Ochoa Tenorio, María Orfilia Torres de Urrego, María Doralba Oquendo de Álvarez, ni de Beatriz Elena Cardona Ruiz, los cuales, de haber sido tenidos en cuenta, habrían demostrado la culpa de los médicos en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de la paciente, pues aludieron a la mala atención que recibió en el centro hospitalario.

TERCER CARGO

Acusó la sentencia por infracción indirecta de las normas sustanciales mencionadas en los cargos anteriores, por error de hecho al dejar de apreciar el contenido de la prueba pericial y no valorarla en conjunto con lo que acreditaron los demás medios de prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Citó al perito médico Jimmy Paul León Rodríguez, quien afirmó, con sustento en la historia clínica, que los síntomas que presentó la paciente correspondían a un cuadro clínico de apendicitis. De igual modo el experto manifestó: *“la peritonitis de la paciente en cuestión fue consecuencia de un cuadro de varias horas de evolución, por los hallazgos quirúrgicos se evidencia que la causa de la peritonitis fue una apendicitis perforada, para que se dé la perforación del apéndice se espera una evolución habitual mayor de 36 horas.”* [Folio 50]

El referido médico también aclaró que *“si el cuadro clínico y los hallazgos al examen físico son claros no es necesario realizar exámenes complementarios si éstos no aportan datos adicionales al manejo. Al existir dudas diagnósticas o la evolución no ser la esperada es necesario realizar ayudas diagnósticas”*.

Más adelante indicó que en la historia clínica *“se menciona que hay mejoría del dolor abdominal, pero no se menciona el tiempo de evolución. Al final de la nota médica se refiere que se dan instrucciones y signos de alarma. El reingreso de esta paciente denota evolución no favorable que amerita observación y estudios complementarios. La nota del 1 de junio no refiere la hora de consulta inicial para determinar si la observación fue adecuada y ya se mencionó que realizaron estudios complementarios básicos que se interpretaron erróneamente asumiendo los hallazgos secundarios a una patología infecciosa ginecológica y no intestinal.”* [Folio 51]

El experto fue enfático en sostener que *“la demora en el diagnóstico de apendicitis aguda llevó a que el apéndice se perforara y se presentara una peritonitis localizada (...). La causa de la peritonitis fue la perforación del apéndice por una apendicitis aguda”*. [Folio 52]

Según el criterio del recurrente, un análisis racional de la prueba pericial arroja las siguientes conclusiones:

1. La muerte se produjo por falla multisistémica, shock séptico e hipovolemia irreversible, secundaria a peritonitis por fistula intestinal.

2. La fistula provino de los procedimientos quirúrgicos realizados a la paciente.

3. Los procedimientos quirúrgicos tuvieron diferentes episodios que trataron de recuperar la salud deteriorada de la paciente: apendicectomía, suturas, lavados de la cavidad abdominal, obstrucción intestinal, ileostomía cecal, etc.

4. Diagnósticos errados del 29 de mayo de 2002 y del 1 de junio del mismo año efectuados por galenos del servicio de urgencias de la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda.

5. Evolución sin intervención quirúrgica de la apendicitis padecida por la paciente, del 29 de mayo al 2 de junio, cuando se intervino quirúrgicamente y se halló una infección severa.

6. Cinco cirugías practicadas luego de la apendicectomía para desinfectar y curar la peritonitis y los abscesos generados por la tardía intervención.

7. Anamnesis elaborada irregularmente en la primera consulta, donde no se incluyen los antecedentes de la paciente, su estado de sanidad, ocupaciones, vida sexual, etc.

De todo lo referido, concluyó que el Tribunal violó las reglas de la sana crítica al valorar la prueba pericial de manera individual y en conjunto con los demás medios de prueba que obran en el expediente.

IV. CONSIDERACIONES

A partir del análisis de la sustentación de los cargos se observa que todos ellos están dirigidos a atacar el mismo punto de la sentencia: la errónea valoración del acervo probatorio por parte del Tribunal, para lo cual el casacionista optó por explicar en cargos separados los equívocos frente a cada medio de prueba en particular, aunque funcionalmente forman parte de la misma causal de casación. De ahí que la Corte deba resolver tales acusaciones conjuntamente.

Se advierte *prima facie* el error en que incurrió el Tribunal por absoluta ausencia de valoración probatoria, pues los hechos y omisiones que dieron origen a la responsabilidad que se demanda ocurrieron en un segmento temporal que comenzó el 29 de mayo de 2002, cuando la paciente acudió a las Clínica Las Vegas por primera vez, y finalizó el 23 de junio del mismo año, cuando la usuaria falleció en las instalaciones del mencionado centro hospitalario.

El Tribunal circunscribió su atención al diagnóstico elaborado el 1 de junio de 2002 por el médico Juan Felipe Martínez González, es decir que centró su análisis probatorio en una minúscula fracción del proceso organizacional en el que tuvo lugar la muerte de la paciente, sin que mencionara ninguna razón para justificar la omisión en la valoración de las evidencias que dan cuenta de los hechos acaecidos en el lapso antes mencionado.

En consecuencia, la absoluta falta de apreciación de las pruebas que obran en el proceso y que demuestran las circunstancias en que sucedieron los hechos anteriores y posteriores al 1 de junio de 2002, se erige en una razón suficiente para concluir que el Tribunal dictó una sentencia sin sustento fáctico.

En todo caso, al examinar la labor probatoria del juzgador *ad quem* sobre los hechos ocurridos el 1 de junio de 2002, salta a la vista que incurrió en graves y ostensibles errores, tal como se demuestra a continuación.

El Tribunal no tuvo en cuenta que en la historia clínica aparece consignado que la paciente presentaba signos y síntomas que describían un proceso avanzado de apendicitis, tales como el dolor abdominal hipogástrico de varios días de evolución; tipo cólico intenso con deposiciones diarreicas; asociación a náuseas y vómito; se prescribieron antiinflamatorios sin mejoría; dolor a la palpación en meso e hipogastrio; se indicó que no había signos de irritación peritoneal. También se encontró flujo vaginal verdoso no fétido; planificación con DIU; distensión abdominal leve no masas; no megalias; tacto vaginal vagina hipertérmica cuello posterior cerrado; se palpa hilo DIU; resto de examen físico normal sin síntomas urinarios. [f. 401, c. 8]

Tampoco valoró que en la historia clínica aparece que el mismo día (1 de junio), a las 17:20, el médico Juan Felipe Martínez anotó que recibió el resultado de los exámenes de laboratorio que prescribió la doctora Piedad Nicolasa Montoya, los cuales no le merecieron ninguna consideración, a pesar de que indicaban una grave patología que ameritaba, por lo menos, la hospitalización de la paciente para mantenerla bajo rigurosa observación.

No examinó el documento visible a folio 76 del cuaderno 8, en el que aparece el hemograma completo, que indica, entre otros análisis, leucocitos 14.2; neutrófilos 93.7%; velocidad de sedimentación 110; proteína C reactiva 505.

El Tribunal no apreció el dictamen pericial, según cual el resultado de esos exámenes ameritaba una mayor observación y un diagnóstico claro, contrario a lo cual el médico dio de alta a la paciente con el diagnóstico equivocado de enfermedad pélvica aguda. [Folio 32, cuaderno 9]

El juzgador *ad quem* no valoró la declaración de la doctora Piedad Nicolasa Montoya, quien atendió a la paciente el día anterior, y refirió que después de la atención que brindó a la señora Luz Deisy, le preguntó al doctor Juan Felipe Martínez por el resultado de los exámenes y la evolución de la paciente y éste le contestó: *«le suspendí la ecografía que le ordenaste y la envié para la casa con el tratamiento médico»*. [Folio 434, cuaderno 8]

En su declaración, la mencionada galena afirmó que *«el hemoleucograma, cuando hay una apendicitis específicamente, presenta alteraciones en los leucocitos y los neutrófilos, cuando éstos están elevados indican un proceso infeccioso, que el más común es la apendicitis, sin descartar que otras patologías también pueden dar estas alteraciones y la PCR es una reactante de infección, se aumenta cuando hay un cuadro infeccioso y nos puede acercar más a un diagnóstico.»* [Folio 25 reverso, cuaderno 7]

Tampoco observó que la citada médica refirió que frente a tales exámenes, debía dejarse a la paciente en observación *«y con base en los resultados se define el manejo, si se da de alta con manejo ambulatorio o se hace evaluar por cirugía siempre, teniendo en cuenta la parte clínica del paciente, es decir cómo se encuentra el paciente»*. [Folio 25 reverso, cuaderno 7]

El juez de segunda instancia dejó de valorar la declaración que la doctora Piedad Nicolasa Montoya rindió ante la Fiscalía General de la Nación, en la que afirmó que según los análisis de laboratorio, no debió darse de alta a la paciente: *«Con estos resultados yo, como médica, tiene un cuadro infeccioso agudo, yo no hubiera [suspendido] la otra ecografía, o sea la ecografía que ordené, pues su efecto en ese momento, con esos resultados, habría solicitado una evaluación por cirugía»*. [Folio 434, cuaderno 8]

De igual modo omitió apreciar el testimonio del doctor Carlos Enrique Ramírez Suárez, quien señaló que esos *«exámenes de laboratorio eran compatibles con una infección intraabdominal, en este caso todo indicaba ser una apendicitis complicada»* [Fl. 415, c. 8].

De la misma forma pasó por alto la conclusión a la que llegó la doctora Luz Helena Calderón, quien frente a los mencionados resultados de laboratorio afirmó que *«se debe pensar en procesos infecciosos»* [f.36, c.7]. Estos exámenes, valorados en conjunto con los signos y síntomas que presentaba la paciente desde hacía 4 días, *«son manifestaciones de un abdomen agudo, puede haber compromiso intestinal o de una víscera. Requeriría exámenes tipo ecografía o tac para realizar un diagnóstico claramente. (...) Ese cuadro clínico es relativamente frecuente y pienso que un médico general puede hacer un diagnóstico adecuado, el apoyo del especialista por sus estudios y su experiencia es muy importante para definir conducta, los especialistas indicados serían el cirujano y el ginecólogo»*. [Fl. 36, c. 7]

El Tribunal dejó de apreciar el testimonio del médico Carlos Enrique Ramírez, quien frente al cuadro clínico que presentó la paciente el 29 de mayo y el 1 de junio, manifestó: *«de los datos clínicos obtenidos por la historia clínica se deduce que al momento de esas consultas tenía una evolución incipiente respecto de su cuadro apendicular»*. [41, c.7] En otra de sus declaraciones, el referido médico indicó: *«vista la paciente y algunos exámenes iniciales concluí que se trataba de un abdomen agudo causado por una apendicitis»*. [15, c. 7]

En la sentencia de segunda instancia nada se dijo con relación a que el dictamen pericial señaló que el cuadro que presentaba la paciente el sábado 1 de junio de 2002, ameritaba el siguiente procedimiento: *«Una vez la paciente reingresa por un cuadro ya de 3 días de evolución con taquicardia es necesario descartar un proceso infeccioso intraabdominal, iniciar líquidos endovenosos y realizar un examen físico minucioso que descarte signos de irritación peritoneal. Se deben realizar estudios paraclínicos básicos y de acuerdo*

a los hallazgos obtenidos (examen físico y paraclínicos) definir la necesidad de exámenes complementarios de imágenes diagnósticas. Es prudente iniciar manejo antibiótico de manera intrahospitalaria para observar la evolución, para determinar el alta se espera que haya mejoría manifiesta por ausencia de signos de respuesta inflamatoria, mejoría del dolor preferiblemente sin la necesidad de analgésicos, tolerancia a la vía oral». [Folio 24, cuaderno 9]

Tampoco analizó la conclusión a la que llegó el dictamen pericial en el sentido de que el médico no registró en la historia clínica el criterio para darle de alta a la paciente: *«Según la historia clínica se considera que el cuadro es secundario a EPI y se formula tratamiento antibiótico ambulatorio. No se aclara en la nota si mejoró el dolor, paciente persiste taquicárdica»*. [Folio 33, cuaderno 9]

El Tribunal no tuvo en cuenta que el doctor Omar de Jesús Castaño Quintero, afirmó que: *«Hacen falta el parcial de orina y falta el coprológico y las imágenes para aclarar el diagnóstico»* [Fl. 22, c. 7]

Lo anterior se estima suficiente para concluir que el Tribunal no dio a las escasas pruebas que tuvo en cuenta, el valor que las mismas tienen respecto de los hechos en que se fundó la pretensión de declaración de responsabilidad de las entidades demandadas, lo que resulta suficiente para casar la sentencia impugnada.

Por las razones esgrimidas con anterioridad, se casará la sentencia dictada por el Tribunal, sin que haya lugar a imponer condena en costas del recurso extraordinario, por haber prosperado.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el trece de diciembre de dos mil doce por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y en sede de instancia, dicta el siguiente fallo de reemplazo:

SENTENCIA SUSTITUTIVA

I. ANTECEDENTES

Las pretensiones, los hechos en que éstas se apoyaron, las excepciones formuladas por los demandados, el contenido de la sentencia de primera instancia y la sustentación del recurso de apelación quedaron suficientemente explicados en los antecedentes de la sentencia de casación, por lo que no hay necesidad de repetirlos en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES:

Reunidos como se encuentran los presupuestos adjetivos y no advirtiéndose vicio alguno capaz de invalidar lo actuado, resulta procedente dictar el fallo de segunda instancia que resuelva el fondo de la controversia en virtud del recurso de apelación formulado por la parte actora.

1. Antecedentes históricos de la responsabilidad civil extracontractual.

En el derecho romano clásico nunca existió una cláusula general de responsabilidad civil, y ni siquiera en la última época del derecho justiniano se concibió un principio superior que contuviera todas las situaciones dañosas que se pueden presentar en la práctica y las sancionara con una consecuencia general de responsabilidad.

La regla *alterum non laedere* (no dañes a nadie), atribuida a Ulpiano, se entendió como un precepto de la moralidad, mas no como una norma jurídica fundante de la obligación de resarcir los daños causados de manera injusta.

Los delitos privados del antiguo *ius civile* sólo producían una responsabilidad por dolo (*furtum, iniuria, arboribus succisis*) o una responsabilidad sin culpa, pero jamás una responsabilidad *por culpa*, tal como se la considera en la actualidad.

La *lex Aquiliana* –de origen delictual– comprendía unas pocas figuras particulares o casuistas y no exigía la culpa como requisito del daño sino que contenía el término genérico de *iniuria* (*damnum iniuria datum*), el cual presuponía una especie de imputabilidad que daba por admitida la presencia del elemento subjetivo del delito al no ser el hecho que lo causa ajeno al sujeto. (ANDRÉS BELLO, Derecho romano. Caracas: 1981, pp. 169 y ss.)

Como obligaciones *quasi ex delicto* únicamente eran consideradas por el derecho pretoriano el caso del juez que dicta una sentencia inicua por simple falta, el daño causado por objetos que caen desde lo alto a un lugar por donde el público tiene la costumbre de pasar, y el daño causado a un pasajero o viajero por pérdida de las pertenencias que tenía en el barco o la posada. (Ibid, p. 179)

Ni la ley, ni los cuasicontratos, ni los cuasidelitos eran en el período clásico fuente formal de derecho. La prueba de ello se encuentra en la división tripartita de las obligaciones según Gayo, para quien «*las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas*». (Institutas III, 91; citado en el Digesto 44, 7, 1). Por ‘varias especies de causas’ (*variae causarum figurae*) no entendía Gayo nada más que la aceptación de una herencia gravada con legados *per damnationem* o con deudas, la gestión tutelar, la gestión de negocios ajenos y el pago de lo no debido. (Digesto 44, 7,1).

De manera que al no ser la ley ni el cuasidelito fuentes formales de obligaciones, no pudo existir un concepto abstracto de culpa tal como la conocemos en la actualidad, ni mucho menos una cláusula general de responsabilidad. La noción de la culpa – sostienen MAZEAUD y TUNC– siempre fue en Roma un concepto huidizo, en tanto que la necesidad de una ‘falta’ jamás fue planteada en su conjunto. (Tratado teórico y práctico... t.I, v.I, p.44)

La división tripartita de Gayo pasó a ser cuádruple en el derecho justiniano: «*La siguiente división se determina en cuatro*

especies: pues, o nacen de un contrato, o de un cuasi contrato, o de un delito, o de un cuasi delito». (Institutas de Justiniano III, 13, 2)

En la mentalidad postclásica aún no había cabida para una obligación que pudiese producirse por sí misma (*ope legis*) sin la voluntad de la persona que ha de ser vinculada, por lo que faltarían muchos siglos de evolución jurídica para que la ley fuera considerada fuente formal de obligaciones. Es cierto que la *condictio ex lege* generaba obligaciones que no dependían de un acto de parte, pero los compiladores justinianeos no le atribuyeron el rango de fuente formal pues nunca se desligaron de la concepción clásica antes descrita. (EMILIO BETTI. Teoría general de las obligaciones, t. II. Madrid: Ed. revista de derecho privado, 1970, p. 34 y ss.)

No fue sino en el período del *derecho común* –que va desde el siglo XIV hasta la codificación– cuando los juristas comenzaron a hablar de un principio fundante de la responsabilidad civil, influidos por la filosofía iusnaturalista, la teología escolástica y la necesidad de justificar la legislación de los príncipes de los estados nacionales emergentes.

DOMAT dedicó en su obra pocas páginas a los cuasidelitos, ejemplificándolos «*como si por una imprudencia se arroja por la ventana una cosa con la que se manche un vestido de una persona que esté debajo; si unos animales mal guardados causan algún daño; si se ocasiona un incendio por efecto de poca precaución; si un edificio que amenaza ruina por no haberse reparado oportunamente se desploma sobre otro y causa en él algún daño*». (Las leyes civiles en su orden natural. t. II. Bogotá: ABC-Arché, 2015, p. 73)

El jurisconsulto francés acuñó la cláusula general de responsabilidad, aludiendo a otras especies de daños causados por faltas en que no hay crimen ni delito, en los siguientes términos:

«*Todas las pérdidas y todos los daños que puedan sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber, o por faltas semejantes, por más leves que sean, deben ser indemnizadas por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aún cuando no tuviese intención de dañar. Así, aquel que jugando imprudentemente a la barra en un lugar peligroso para los transeúntes, hiere a alguno, quedará responsable del mal que habrá ocasionado*». (Ibid. p. 83)

POTHIER siguió en este punto las enseñanzas de DOMAT, lo que significó el abandono definitivo de la noción romana de daño fundada en situaciones casuistas y típicas. Sin embargo, en la obra de aquél no hubo un desarrollo profuso del instituto de la responsabilidad extracontractual, y sólo le dedicó unos pocos párrafos a la figura de los delitos y cuasi-delitos como fuentes de obligaciones, definiendo este último como «*el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro*». (Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1947. p. 72)

«*El antiguo derecho francés –explican MAZEAUD y TUNC– podrá establecer así, y con ello se distingue muy claramente del derecho romano, un principio general de responsabilidad civil, apartarse de procedimiento que consiste en enumerar los casos en los cuales la composición es obligatoria. En efecto, desde el momento en que admite que la acción de la víctima no se le concede para castigar al autor del daño, para ejercer la venganza, se es conducido necesariamente a establecer el principio fundamental de que un daño cualquiera, causado con una culpa cualquiera, da lugar a reparación*». (Op. cit. p. 51)

2. La cláusula general de responsabilidad extracontractual

La regla “*neminem laede*”, que en el derecho romano clásico era un simple precepto no obligacional, adquirió en la modernidad la categoría de principio jurídico, entendiéndose en adelante como “*a nadie hagas algo injusto*”, y abandonándose la traducción latina que literalmente significaba “*no dañes a nadie*”.

Así, al explicar las diferentes especies de leyes y su naturaleza, DOMAT enseñaba que la regla “*no dañar a nadie*” es un principio general del derecho natural, aplicable a toda clase de materias. (Op. cit. t. I, p. 97) Posteriormente KANT, en su *Introducción a la Doctrina del Derecho*, aludió al referido principio como una *lex iuridica*. (Metafísica de las costumbres. Barcelona: Altaya, 1993. p. 47)

Con el iusnaturalismo moderno se afirma, en términos generales, que todo daño realizado con culpa debe ser resarcido, idea que influyó sobre el Código de Napoleón y las legislaciones que en él se inspiraron. La cláusula abstracta de la responsabilidad se presentó desde entonces en toda su transparencia como lesión de derecho ajeno imputable al agente.

En la concepción de la responsabilidad civil que se impuso en las codificaciones del siglo XIX, hay lugar a reparación siempre que se vulnere injustamente un bien tutelado por el ordenamiento jurídico. En ese orden, está obligado a indemnizar el que con dolo o culpa lesiona la integridad personal, la libertad, el buen nombre, la propiedad u otro bien jurídico ajeno.

El postulado *alterum non laedere*, en su acepción moderna, es una limitación a la libertad de acción, porque su quebranto apareja una relación obligatoria entre quien produce el daño y quien lo sufre, es decir que concede a la víctima la facultad de reclamar al agente dañador el restablecimiento del bien jurídico vulnerado.

Un bien está jurídicamente resguardado cuando está dotado de una tutela y congruo tratamiento por el ordenamiento positivo, es decir cuando está amparado por una acción civil para reclamar su protección judicial, lo que significa que ostenta un valor para el derecho y un interés para su titular.

Se trata de cargar el perjuicio sufrido por la víctima a una persona que queda obligada a indemnizar las pérdidas antijurídicas que se le atribuyen, en razón de la exigencia general de respeto y conservación de la esfera de intereses ajenos. La responsabilidad civil, por tanto, tiene por finalidad imponer a un agente la obligación de resarcir el daño que se le imputa cuando están presentes ciertas circunstancias preestablecidas por el ordenamiento jurídico.

3. Elementos de la responsabilidad civil

Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas).

3.1. El daño jurídicamente relevante

El sufrimiento de un mal, menoscabo o detrimento en sentido ‘*natural*’ no es motivo suficiente para considerar la presencia de un daño resarcible, pues debe tratarse de una lesión a un bien jurídico que goza de protección constitucional o legal, de suerte que dicha trasgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga. El criterio para establecer la existencia del daño es, entonces, normativo; lo que quiere decir que los valores, principios y reglas del propio sistema jurídico dictan las pautas para determinar lo que debe considerarse como daño.

El daño o perjuicio no es solamente una afectación a la esfera externa del sujeto (como por ejemplo un detrimento patrimonial) o una vivencia subjetiva (*verbi gratia* un intenso sufrimiento psicológico), porque para que tales repercusiones alcancen el estatus de daños resarcibles, deben haber sido valoradas previamente por el ordenamiento jurídico como dignas de protección jurídica y de indemnización.

*«Por la facilidad con que puede apreciarse –explica ADRIANO DE CUPIS–, el daño es objeto del conocimiento común. Pero además de ser un fenómeno físico, puede integrar un **fenómeno jurídico**, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde este punto de vista, entra en los dominios del estudio de los juristas. (...) En cuanto hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho **elige** los hechos que quiere investir de una calificación propia; (...) La elección recae, ante todo, en el daño ocasionado por un acto humano **antijurídico**, y es éste, precisamente, su aspecto visible. (...) La antijuridicidad no es más que expresión del valor preferente reconocido por el derecho a un interés opuesto, por lo general tomando en cuenta la apreciación dominante en la conciencia social».* (El daño. Barcelona: Bosch, 1975, pp. 81, 84 y 85)

Las pautas para atribuir a un hecho la categoría de daño jurídicamente relevante se determinan de acuerdo con los valores y principios del ordenamiento jurídico, sin que sea posible acoger dicha noción bajo una definición legal omnicomprendensiva. (JUAN A.

GARCÍA AMADO. Razones para una teoría normativista de la RCE, en La filosofía de la responsabilidad civil. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2013, p. 257)

Memórese –según se explicó en el capítulo anterior– que la responsabilidad civil moderna se fundamenta en una cláusula general y abstracta de responsabilidad, que a diferencia de las figuras casuistas de la tradición romana concibe como daño toda lesión a un bien jurídico ajeno.

Lo anterior no puede entenderse como una identificación del daño antijurídico con la conducta antijurídica, pues lo que caracteriza a la noción de daño no es la mera infracción de un deber jurídico, sino las repercusiones que la conducta antijurídica apareja en el menoscabo de los bienes ajenos, lo cual es sustancialmente distinto.

Los bienes o intereses protegidos por el derecho no están tipificados en todos los casos, pues la voluntad del legislador ha sido siempre –según una tradición que se remonta a los orígenes de la codificación– dejar abierta tal posibilidad para que sean los jueces quienes determinen en cada situación concreta qué eventos o consecuencias son dignos de ser considerados como *daños resarcibles*. Por ello los jueces de la República «*detentan un poder discrecional de gran trascendencia, en cuanto a la valoración del merecimiento de tutela del interés vulnerado*». (GIOVANNA VISINTINI. ¿Qué es la responsabilidad civil? Bogotá: U. Externado de Colombia. 2015, p. 101).

La jurisprudencia ha sido, entonces, la encargada de concretar el alcance de la noción de daño y su tipología en cada momento histórico, de conformidad con los valores y principios en que se funda el sistema jurídico vigente y atendiendo al postulado de la reparación integral del perjuicio; lo que impide que se queden sin resarcimiento los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento constitucional y legal imperante.

Ejemplo de ello es la consagración progresiva del daño moral, a la vida de relación y a los bienes jurídicos de rango constitucional como categorías autónomas de perjuicio indemnizable, los cuales fueron tenidos en cuenta por el sistema de la responsabilidad civil únicamente desde su incorporación por parte de la jurisprudencia, pues antes de dichas innovaciones simplemente no generaban la obligación de indemnizar.

En este punto cabe aclarar que para el derecho civil los preceptos constitucionales que tutelan bienes jurídicos particulares no son meros moldes arquetípicos o parámetros de interpretación, ni tan sólo principios que contienen mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible. Para el derecho civil, un derecho fundamental es un bien jurídico que goza de protección por el ordenamiento positivo, por lo que posee contenido sustancial y su quebranto apareja la consecuente indemnización de perjuicios en razón del postulado general de no causar daño a la persona o los bienes ajenos.

La integridad personal y familiar, la libertad, la privacidad, el honor y el buen nombre son bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, cuya violación entraña la correlativa obligación de indemnizarlos, siempre que se prueben los demás requisitos que exige la ley para que surja la responsabilidad extracontractual, claro está.

De ahí que los bienes jurídicos tutelados por el derecho civil no se limitan a los de estirpe patrimonial, porque la afectación de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado para indemnizarlos, pues de otro modo los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales suscritos por Colombia que reconocen derechos fundamentales, no tendrían protección efectiva en esta área del derecho.

Es, entonces, perfectamente admisible y necesaria la reparación de los daños ocasionados a los bienes superiores, en cuyo caso la consecuencia lesiva (violación del bien jurídico) no puede confundirse con la conducta reprochable (cuyo demérito no consiste en la mera lesión del bien resguardado sino en la infracción de los deberes objetivos de prudencia que el ordenamiento establece para evitar producir daños). No hay, por tanto, ninguna razón para excluir del merecimiento indemnizatorio a esta tipología de daño, pues lo contrario supondría una visión reduccionista para la cual sólo serían dignas de resarcimiento las repercusiones económicas o patrimoniales, dejando los bienes superiores por fuera de lo que es objeto de tutela civil.

La inclusión de los bienes superiores como objeto de merecimiento indemnizatorio es una consecuencia de la

constitucionalización del ordenamiento jurídico, que supone la omnipresencia de la Carta Superior en la resolución de los conflictos de todas las jurisdicciones, mas no como un principio ponderable sino como una ley con valor normativo: «*Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (...), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*». (RICCARDO GUASTINI, La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En: MIGUEL CARBONELL, Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009. p. 49).

A diferencia de la concepción liberal clásica del constitucionalismo, según la cual los principios generales no eran susceptibles de aplicación inmediata puesto que exigían interpretación y concretización por obra del legislador, en el neoconstitucionalismo contemporáneo los principios generales y las normas programáticas sí pueden producir efectos directos y ser aplicados por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. «*Uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta [al constitucionalismo clásico], es decir, de la idea de que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo– es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos*». (Ibid. p. 53)

En suma, por cuanto los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y la ley son objeto de protección por el derecho civil, su vulneración apareja el consecuente resarcimiento en virtud del principio de reparación integral de los perjuicios. De ahí que la explicación exclusivamente naturalista del daño deba ser completada por una concepción normativa que se fundamenta en los requerimientos actuales de la sociedad, es decir en la utilidad protectora de los bienes jurídicos de la persona mediante una indemnización como corrección o rectificación, ya sea material o simbólica.

3.2. La atribución del daño a un agente.

El daño jurídicamente relevante debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de *imputación* de la acción (o inactividad) a un sujeto. No puede desconocerse que la ‘causalidad natural’ es uno de los elementos que el juez suele tomar en cuenta para hacer la

labor de atribución de un hecho a un sujeto; sin embargo, la valoración de un hecho como causa física de un efecto es sólo un aspecto de la imputación.

Cuando en el lenguaje común y corriente se toma un hecho como generador de una consecuencia jurídica, normalmente se está en presencia de un concepto normativo y no naturalista de causa, sin que esta distinción se haga explícita en la mayoría de los casos por fuerza de la costumbre. Al respecto, GOLDENBERG explica:

*«No debe perderse de vista el dato esencial de que, aun cuando el **hecho causa** y el **hecho resultado** pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para mensurar **jurídicamente** ese encadenamiento de sucesos. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo, las consecuencias de un hecho no serán las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. En el **íter** del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plexo ontológico, la calidad de “consecuencias”». (La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011, p. 8)*

La imputación, por tanto, parte de un objeto del mundo material o de una situación dada pero no se agota en tales hechos, sino que se configura al momento de juzgar: el *hecho jurídico* que da origen a la responsabilidad extracontractual sólo adquiere tal estatus en el momento de hacer la atribución. El imputante, al aislar una acción entre el flujo causal de los fenómenos, la valora, le imprime sentido con base en sus preconcepciones jurídicas, y esa valoración es lo que le permite seleccionar un hecho relevante según el sistema normativo para efectos de cargarlo a un agente como suyo y no a otra causa.

Esta causalidad adecuada –explica KARL LARENZ– *«expresa cuál es la necesaria delimitación de las consecuencias imputables, aunque bajo el falso ropaje de una “teoría de la causalidad”. (...) El efecto más lejano de cierta acción es únicamente “adecuado” cuando esta acción ha sido apropiada para la producción del resultado obtenido en circunstancias normales y no sólo en circunstancias especialmente*

peculiares completamente inverosímiles que han de quedar fuera de toda consideración según el curso normal de las cosas. (...) Al responsable del hecho solamente le pueden ser imputadas y tenidas en cuenta en la determinación del daño aquellas consecuencias “adecuadas” al hecho generador de la responsabilidad». (Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 200)

Por tal razón, la *causalidad adecuada* que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de ‘*causa jurídica*’ o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural. (HANS KELSEN, Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa, 2009. p. 90)

La ‘*causa jurídica*’ o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche. «A través de un acto semejante se considera al agente como **autor** del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden **imputársele**, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación». (IMMANUEL KANT, Op. cit. p. 30)

A partir de entonces la conducta a la que se atribuye la consecuencia lesiva asume el significado de hecho jurídicamente relevante imputable a un agente que tenía el deber de actuar de acuerdo con la función que el ordenamiento le asigna (*imputatio facti*), pero aún no se dice nada sobre cómo debió ser esa acción u omisión (*imputatio iuris*), ni sobre cuál es la consecuencia jurídica que ha de imponerse en virtud de la constatación del supuesto de hecho previsto en la norma (*applicatio legis*).

Tal valoración no corresponde a un proceso de subsunción del hecho en la ley, toda vez que las pautas jurídicas de conducta son preconcepciones hermenéuticas que permiten apreciar un dato como hecho jurídico atribuible a un agente. Estas pautas establecidas por el ordenamiento jurídico impiden que la imputación sea un proceso arbitrario, pues a ellas se ajustan tanto la valoración que hace el juez de un evento, como la conducta del autor. La imputación jurídica del hecho, en suma, es el razonamiento que abre la vía para imponer consecuencias jurídicas al artífice por sus actos, mas no es la subsunción lógica que impone la sanción prevista en la ley al caso concreto.

Estas consideraciones tienen una inestimable repercusión práctica en el ámbito de la valoración probatoria, dado que el objeto de la imputación –el hecho que se atribuye a un agente– generalmente no se prueba directamente sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades. De ahí que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un “*nexo causal*” que es difícil demostrar porque no existe como hecho de la naturaleza, dado que la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o ‘*causación por medio de otro*’; lo que a menudo se traduce en una exigencia de *prueba diabólica* que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es sólo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad.

Los datos provenientes de la percepción directa tales como la presencia de una persona en un lugar y momento determinado, la exteriorización de sus acciones, la tenencia de objetos, la emisión de sonidos, la lesión a otra persona *corpore corpori* o bien mediante instrumentos, etc., son eventos o estados de cosas que se pueden probar directamente porque producen sensaciones. Pero la valoración de tales situaciones como hechos jurídicamente relevantes, es decir dotados de significado para el juzgador, y su relación de sentido jurídico con el resultado dañoso, son juicios de imputación que no se prueban directamente, sino que se *atribuyen* y se valoran mediante *inferencias racionales, presunciones judiciales o indicios*.

Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de ‘guardián de la cosa’, las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.

Es posible percibir a los individuos y algunas de sus acciones, pero el estatus de éstas como hechos jurídicos y su

relación con un agente no son verificables por los órganos de los sentidos; tanto más si se trata de omisiones o de ‘causación indirecta’, pues entre la pasividad de un sujeto y el deber de evitar un resultado no existe ninguna conexión de causalidad natural. Únicamente si se reemplaza esa inactividad por la idea de un deber jurídico de actuar es posible imprimir mayor claridad y precisión a los conceptos de la *comisión por omisión* y la *lesión por medio de otro*.

La prueba de la imputación del hecho a un agente no se puede establecer únicamente a partir del análisis de la ‘*causalidad natural pura*’, porque las explicaciones físicas o mecánicas del comportamiento generador de un resultado no siempre son distinciones indiscutibles en el lenguaje jurídico, y nunca lo son en materia de omisiones y responsabilidad indirecta. Ello no quiere decir que se tenga que prescindir de los aportes técnicos de determinación de causalidad natural, sino que detrás de tales datos de la experiencia hay construcciones lingüísticas o de sentido jurídico por parte de quien los observa y valora.

Aunque la causalidad natural no puede excluirse por completo del juicio de imputación, hay que tener presente que ella no es absoluta ni constituye todo el proceso de atribución de un hecho a un agente, porque la cualidad de artífice se encuentra prefigurada por una concepción normativa, o sea que cada comportamiento es valorado dentro de un horizonte de conductas que se erige como patrón selectivamente relevante.

Existe una diferencia fundamental entre el principio de causalidad y el de razón suficiente, toda vez que el primero busca el origen material de un hecho, en tanto que el segundo se pregunta por qué un resultado puede ser atribuido a una acción dentro de un marco de valores preestablecidos. En el primer caso se habla de *relaciones causales*, en el segundo de *explicaciones de razón*.

Las relaciones causales parten de regularidades detectadas en la ocurrencia de los fenómenos, con base en las cuales la ciencia construye generalizaciones inductivas a partir de la observación, el análisis estadístico y el cálculo de probabilidades. Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de

otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo).

De manera que una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño y, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño.

La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su cuenta como suyo. Aunque la relación causal aporta *algo* a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquél puede ser reputado artífice.

La persona obligada a indemnizar es usualmente, pero no siempre, el ejecutor material del perjuicio. Lo anterior explica por qué es posible imputar la agencia del daño a una persona que no tuvo ninguna participación en el flujo causal que lo desencadenó, como cuando se atribuye el hecho al heredero o a quien recibe provecho del dolo ajeno (artículo 2343 del Código Civil); a quien está a cargo del menor impúber o discapacitado causante del daño, siempre que pueda imputársele negligencia (2346); a quien está llamado a reparar el daño cometido por aquellos que estuvieren a su cuidado (2347); al empleador por los daños causados por sus empleados (2349); al dueño del animal domesticado (2353); o al tenedor de animal fiero (2354), en cuyos casos el hecho generador del daño se atribuye con base en criterios jurídicos y no de causación natural.

De igual modo, es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una '*causalidad*' desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de éstos, es decir que no generan relaciones de causalidad natural.

Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio.

No está de más aclarar que esta imputación no lleva implícito el reproche de la conducta por haber creado un riesgo jurídicamente desvalorado y realizado en el resultado concreto típico, tal como se la suele entender en la dogmática del derecho penal, para cuya determinación la división entre la *imputatio facti* e *imputatio iuris* carece de toda importancia. De ahí que nada tiene que ver con la ‘teoría de la imputación objetiva’ que se ha desarrollado en aquella área recientemente.

«En particular, lo que se viene incluyendo hoy en día dentro de la llamada “imputación objetiva” es un juicio que, en realidad, difiere de lo que la doctrina de la imputación entiende por ésta. En concreto, la llamada “imputación objetiva” en las actuales teorías del delito no constituye, propiamente, lo que durante siglos se ha venido entendiendo por tal, sino un conjunto de operaciones de interpretación y subsunción. (...) Así, en primer lugar, cuando para la imputación objetiva se exige la creación de un riesgo típicamente relevante (o jurídicamente desaprobado), no puede pasarse por alto que dicho riesgo es considerado como típico, esto es, como expresión del contenido de una norma. Lo cual supone haber interpretado ésta y subsumir en ella el hecho. (...) Además, en segundo lugar, al prestar atención a las habituales operaciones de concreción de la llamada “imputación objetiva”, se constata que a menudo se trata de reducciones teleológicas (fin de protección de la norma), de interpretaciones restrictivas (para excluir como típico lo adecuado socialmente o lo considerado irrelevante por insignificante). Dicho modo de proceder muestra que nos hallamos ante lo que la metodología jurídica considera interpretación y aplicación del Derecho.

Por decirlo en forma más explícita: en la doctrina de la imputación objetiva de las teorías del delito al uso se lleva a cabo una operación que no es, en propiedad, imputación, sino un juicio de valoración de un hecho previamente imputado. Brevemente: la doctrina de la imputación objetiva no sería propiamente imputación, sino interpretación y subsunción». (PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ. Imputación y teoría del delito. Buenos Aires: Edit. B de f., 2008. p. 482)

Por cuanto la “imputación objetiva penal” es, en últimas, el juicio de desaprobación de la conducta a partir de la descripción contenida en un tipo penal, y en materia de responsabilidad extracontractual no existe esa censura previamente incorporada a una norma típica; entonces es teórica y prácticamente imposible cualquier intento de aplicar la denominada “teoría de la imputación objetiva” al campo civil. Criterios propios de la teoría del delito penal, tales como la creación de un riesgo no permitido, el fin de protección de la norma, la prohibición de regreso, etc., no son compatibles con el marco de sentido jurídico de esta área del derecho, circunscrita a indemnizar integralmente los daños ocasionados bajo las circunstancias propias del instituto de la responsabilidad extracontractual.

La imputación a la que aquí se alude es el juicio sobre la cuestión de cómo atribuir un hecho a un sujeto (*imputatio facti* o de primer nivel), tal como se ha concebido en la dogmática civil con profundo arraigo en la tradición privatista, que la entiende como una operación constitutiva de la relación jurídica entre un agente y un resultado. La *imputatio facti* permite afirmar que un sujeto es el artífice de una acción (apreciación de sentido de un hecho), pero nada dice acerca de la corrección o incorrección de dicha acción según se adecue o no a un deber objetivo de cuidado o prudencia. (KARL LARENZ, Op. cit. p. 201)

Las pautas de atribución de un hecho a un agente, en suma, se infieren a partir de los deberes de acción que impone el ordenamiento jurídico, como por ejemplo las normas de familia que asignan obligaciones de ayuda mutua entre los cónyuges; o a los padres, tutores y curadores hacia los hijos u otros sujetos bajo su cuidado; los deberes de protección a cargo del empleador; las obligaciones de seguridad de los establecimientos comerciales y hospitalarios; la obligación de prestación de una atención en salud de calidad que la Ley 100 de 1993 impuso a las organizaciones proveedoras de servicios médicos; las situaciones que consagran los artículos 2343 y siguientes del Código Civil; o las que ha establecido la jurisprudencia, tales como el concepto de ‘guardián de la cosa’.

En virtud de tales deberes la imputabilidad (posibilidad de atribución de los hechos) se generaliza en procesos abstractos de institucionalización de expectativas que hacen factible que las selecciones sean pertinentes o aplicables a todos los sujetos que

están en situaciones similares. Esta preconcepción se requiere, inclusive, para la determinación de la responsabilidad objetiva, pues no es posible atribuir un resultado lesivo a un artífice ‘como suyo’ si el ordenamiento no permite hacer esa atribución.

Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente, deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho quedará desvirtuado si se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación.

Por supuesto que la causalidad natural desempeñará un papel importante en los eventos en los que se debate una responsabilidad directa por acción, en cuyo caso la atribución del hecho al convocado a juicio se podría refutar si se demuestra que su conducta no produjo el daño (no teniendo el deber jurídico de evitarlo), sino que éste se debió a una causa extraña a su obrar, como por ejemplo un caso fortuito, el acto de un tercero o el acto de la propia víctima.

3.3. El juicio de reproche culpabilístico.

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad (exigible en los casos de responsabilidad por culpabilidad), no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*). También en materia de culpabilidad, el dolo y la culpa se imputan a partir de un marco de sentido jurídico que valora la conducta concreta del agente, pero no se “constatan” mediante pruebas directas.

La culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad): el reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la *posibilidad* de hacerlo. «La culpa civil –explica BARROS BOURIE– es esencialmente un juicio de *ilicitud* acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo. (...)»

el juicio de disvalor no recae en el sujeto sino en su conducta, de modo que son irrelevantes las peculiaridades subjetivas del agente». (Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile, 2009. p. 78)

Esta culpa se diferencia sustancialmente de la culpa subjetiva, autónoma o espiritualizada acuñada por la filosofía moderna y que sigue las máximas internas de la moral; pues en materia de responsabilidad extracontractual la conexión psíquica o componente anímico del sujeto con lo obrado resulta irrelevante.

El fundamento de la culpabilidad civil no reside ni puede residir en la doctrina del libre albedrío que presupone suprema autonomía o plena conciencia para determinarse según la regla moral que el hombre se dicta a sí mismo. En la responsabilidad civil, ser libre significa tener capacidad de adoptar pautas de acción, es decir contar con la *potencialidad* para emplear reglas objetivas de comportamiento que obligan a quien las incumple o desconoce.

Desde luego que la atribución de responsabilidad civil presupone un destinatario libre, pero esa libertad no es concebida como voluntariedad, representatividad o conciencia de la ilicitud, sino simplemente como *posibilidad de elección* entre varias opciones según unas reglas de conducta social institucionalizada, independientemente del grado de conciencia que el agente tiene sobre las consecuencias jurídicas que podría acarrear el quebranto de tales reglas.

La circunstancia de que los menores de diez años y las personas con discapacidad mental no sean sujetos pasibles del juicio de reproche culpabilístico según la ley civil (art. 2346), no se debe a que no puedan representarse las consecuencias de su obrar (pues eventualmente sí podrían hacerlo), sino a que la ley civil presume *iuris et de iure* que no tienen la posibilidad de adecuar su conducta a los parámetros socialmente exigibles.

La libertad que exige la culpabilidad civil sólo requiere que el artífice cuente con la posibilidad de conocer las circunstancias del obrar por motivos razonables (previsibilidad), pero no que se haya representado las consecuencias de su conducta (falta de previsión), por lo que la culpa que resulta suficiente para endilgar responsabilidad civil es la culpa sin representación, pues de otro modo no tendría cabida en ella la impericia o completa ignorancia acerca de lo que debe saberse en un contexto específico de acción.

Es cierto que la culpa con representación y el dolo son fuentes de responsabilidad civil, pero su relevancia en esta área del derecho no consiste en su grado de culpabilidad cualificada o máxima, sino en que tales conductas superan el nivel de culpa media. Una vez alcanzado este umbral de culpa media, es posible atribuir el juicio de reproche civil, pues la culpabilidad extracontractual no admite graduación en la medida que para imponer la obligación de indemnizar no interesa la magnitud de dicho reproche subjetivo, ni siquiera en los eventos en que la imprudencia de la víctima concurre con la del agente en el desencadenamiento del daño, en cuyos casos esta Corte –al igual que la mayor parte de la doctrina contemporánea– ha sostenido desde hace varios años que la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de “*coparticipación causal*”, es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de “*compensación de culpas*” como ocurría en el pasado. (CSJ, SC del 16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01)

A diferencia de la condena penal en la que el juez tiene en cuenta la magnitud del juicio de reproche para efectos de mayor o menor punibilidad en la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (artículo 54 Código Penal); para otorgar mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad (Art. 63); y aún para tasar la indemnización por daños (Art. 97), la culpabilidad civil opera en una lógica binaria, en la que basta traspasar el umbral de culpa media del buen padre de familia para ser culpable y obligado a reparar integralmente el perjuicio, siempre que se prueben los demás elementos de la responsabilidad, claro está.

La culpa extracontractual no admite graduación, por lo que no son aceptables los distintos niveles de culpa que para la celebración de negocios acuñó la tradición romana, recogidos en el artículo 63 de nuestro ordenamiento civil. Memórese –según se dijo en el recuento histórico de esta parte motiva– que la responsabilidad civil extracontractual no deriva en sentido estricto de las fuentes romanas de las obligaciones. Y según se explicó en párrafos precedentes, la culpabilidad que le es inherente no coincide con el reproche subjetivo propio de la moralidad, para la que sí es importante la intensidad del juicio de desvalor.

La culpabilidad –se reitera– no implica suprema autonomía para determinarse (voluntariedad) sino potencialidad o capacidad para obrar por motivos razonables (volición)¹, o sea por razones atendibles según el sujeto que imputa (juez) de conformidad con los valores del sistema de derecho civil de cada época y lugar. De ahí que la situación psicológica del agente respecto de su conducta como generadora de un daño resulta irrelevante para decidir sobre su culpabilidad.

En resumen, es posible reprochar un hecho a un sujeto porque tal hecho es producto de su libertad. La libertad en materia extracontractual significa que el artífice ha de contar con alternativas de decisión o poder de control de la situación, es decir que se trata de una libertad entendida como volición. Luego, el agente no responde de aquello en lo que no participa con esta libertad mínima, porque entonces el resultado no podría imputársele sino que sería causa extraña. Estas son las condiciones de realización de la atribución de culpabilidad pero no son la culpa misma, pues ésta se patentiza en la valoración de la conducta como falta de prudencia.

La culpa civil es falta de prudencia. En la tradición filosófica que se remonta a Aristóteles, la prudencia no es una virtud del carácter o la moralidad (ética), sino del intelecto o razón (dianoética). *«Parece propio del hombre prudente –afirma el Estagirita– el **ser capaz** de deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo para vivir bien en general. (...) Llamamos prudentes a los que, para alcanzar algún bien, razonan adecuadamente. Un hombre que delibera rectamente puede ser prudente en términos generales. (...) La prudencia, entonces, es por necesidad un modo de ser racional, verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno para el hombre»*. (Ética a Nicómaco, Libro VI. Madrid: Editorial Gredos, 1988, p. 275)

Por medio de la prudencia, entendida como cálculo razonable o discernimiento, se obtienen los mejores resultados en un contexto específico de acción. La prudencia no es algo abstracto, teórico, metafísico o idealizado, sino la acción concreta y estratégica que se requiere para la obtención de un resultado deseable; es, en suma, la recta razón o el justo medio en las materias o labores prácticas: es cautela, diligencia, moderación, sensatez o buen juicio. El parámetro para medir la prudencia es

¹ Ver la distinción de esta dualidad en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ. Op. cit. p. 439 y ss.

el hombre prudente en su desenvolvimiento social y no una idea abstracta. (PIERRE AUBENQUE. La prudencia en Aristóteles. Barcelona: Grijalbo, 1999. pp. 50, 63, 77, 79)

La falta de prudencia o moderación es el obrar por exceso o por defecto: por defecto, cuando se incurre en desidia, descuido, negligencia, ignorancia, despreocupación o impericia; por exceso, cuando se actúa con precipitación, impertinencia, necedad, atrevimiento, temeridad, indiscreción, insensatez, irreflexión o ligereza. La inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible.

La culpa civil no es un error esporádico respecto a los resultados obtenidos (que no tendría relevancia jurídica en la responsabilidad por culpabilidad), sino un error o anomalía que surge de la comparación de la conducta pasada con el estándar de conducta jurídicamente aceptado. La repetición o persistencia en el error puede dar lugar a culpa en la medida que aumenta las posibilidades de calcular razonablemente la inadecuación de la conducta a los parámetros sociales, técnicos, científicos o profesionales jurídicamente exigibles.

De esto eran conscientes los antiguos autores latinos, siendo ello, precisamente, lo que quiso significar CICERÓN en su frase: «*Cuiusvis hominis est errare: nullius nisi insipientis in errore perseverare*» (Es propio de los hombres errar, pero sólo del ignorante perseverar en el error) [Filípica XII 5]. Muchos siglos después, AGUSTÍN DE HIPONA citó en sus Sermones una frase similar: «*Humanum fuit errare, diabolicum est per animositatem in errore manere*» (Fue propio del hombre errar, pero permanecer en él por orgullo es malvado).

Si bien es cierto, entonces, que cometer errores es excusable, la permanencia obstinada en ellos puede convertirse en negligencia cuando el agente no realiza las actuaciones socialmente exigibles en un contexto determinado. Luego, la máxima que dice que el error no genera culpa no es absoluta.

La culpa civil, en suma, se concreta en un *error de cálculo frente a lo que es objetivamente previsible*. Si el actor previó o no que su conducta podía derivar en un evento dañoso es irrelevante

para efectos de alcanzar el nivel de culpa sin representación. Lo importante es que haya actuado (o dejado de actuar) por fuera del rango de sus posibilidades de acción respecto de lo que está jurídicamente permitido. Sólo así se logra entender el factor de reproche subjetivo de la responsabilidad civil como una postura del entendimiento y no como voluntariedad de la conducta moral.

La culpa civil sólo logra configurarse cuando se verifican las *posibilidades* reales que el agente tuvo al ejecutar su conducta. Luego, no hay culpa extracontractual cuando el daño ha acontecido en circunstancias tales que el agente no tuvo la *oportunidad* de prever (se reitera que no interesa si en efecto las previó o no), es decir cuando no tuvo la opción de evitar el daño.

«La previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que debió ser previsto, atendidas las circunstancias. (...) No hay culpa cuando el hecho no pudo razonablemente ser previsto. (...) El deber concreto de cuidado sólo puede ser determinado sobre la base del contexto de la conducta (lugar, medios, riesgos, costos, naturaleza de la actividad emprendida, derechos e intereses en juego)». (BARROS BOURIE, Tratado de responsabilidad extracontractual. pp. 86, 90)

El agente es destinatario de un reproche de culpabilidad en cuanto tiene la aptitud de actuar mediante pautas de acción, es decir de modo racional. La racionalidad de su conducta se determina en la distinción de las reglas que establecen el estándar de imputación jurídica (que describen el patrón de hombre razonable o prudente), por un lado, y la propia conducta del agente, por otro.

Los parámetros que rigen la conducta del agente normalmente no están positivizados, salvo algunos casos de reglamentaciones administrativas, como por ejemplo las normas de tránsito; las normas sobre calidad total del servicio de salud; las guías y protocolos médicos de los servicios seccionales de salud de los municipios; las reglamentaciones sobre calidad de las construcciones y sismorresistencia, para evitar que las construcciones causen daños a terceros, etc.

La violación de tales pautas, como ya se dijo, lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. La función de estas reglas no es imponer consecuencias en el sistema de la responsabilidad

extracontractual pues sus efectos se circunscriben al ámbito profesional, técnico o científico para el que están destinadas a regir; de ahí que el juicio de atribución de culpabilidad que se hace con base en las mismas no obedece a un mecanismo de subsunción o *applicatio legis ad factum*, sino a un proceso hermenéutico que toma como *tertium comparationis* las reglas de experiencia, de ciencia y de técnica propias del contexto en que el imputado se desenvuelve, con el fin de valorar su conducta a la luz de los estándares de prudencia.

Tales estándares pueden demostrarse por cualquier medio de prueba legalmente admisible o, inclusive, no requerir prueba cuando se trata de hechos notorios, lo que acontece cuando los parámetros de conducta socialmente exigibles son tan evidentes, que toda persona de mediano entendimiento tiene la posibilidad de conocerlos. Por ejemplo: el ciclista que va a toda velocidad por un sendero peatonal y atropella a un peatón por no tener cuidado. El deber de cuidado que se exige a todo el que conduce una bicicleta es algo tan ostensible que no es necesario que esté en ninguna reglamentación; de ahí que no requiera prueba por ser un hecho notorio.

Estas reglas ofrecen al juez una escala de medición para enfrentarse en retrospectiva (valoración de lo realizado) a la conducta que el ordenamiento habría esperado (confía) que el sujeto adoptara. Únicamente si se prueba en el proceso la existencia de tales pautas de conducta y que el demandado las infringió habiendo tenido la posibilidad de actuar conforme a lo que el ordenamiento esperaba de él, es posible imputar culpabilidad. Tal juicio de reproche se descarta, naturalmente, si se demuestra que la conducta del convocado a juicio fue prudente, es decir que obró de conformidad con el deber de diligencia y cuidado que le asiste.

La culpa como falta de prudencia, en suma, es meramente pragmática en la medida que se basa en la experiencia de lo que en cada caso concreto resulta más eficaz para impedir la producción de los daños, es decir en la facultad de autocontrol del sujeto. Tal factor de reproche, en sentido normativo, es el producto de la confrontación del resultado acaecido con el resultado que se exige al sujeto como destinatario de las reglas de conducta de cada ámbito social o profesional.

Con ello se descartan todas aquellas visiones plagadas de connotaciones voluntaristas o psicologistas como el engaño, el fraude, la mala fe, la mala conciencia, la intención de perjudicar, la representación del resultado, la falta de previsión de las consecuencias, etc., que no son esenciales a la culpa de la responsabilidad civil extracontractual. La adecuación de la culpabilidad civil a valores jurídicos permite comprender que la visión naturalista o psicologista de las instituciones jurídicas no es la única posible y, por el contrario, se debe ampliar hacia un enfoque normativo.

La anterior elucidación es de suma importancia porque permite distinguir la culpa civil de todo aquello que no le es predicable, con lo cual se gana poder explicativo, se fijan pautas para saber qué pruebas tiene que valorar el juez en la construcción del juicio de reproche, y se refuerzan las bases para comprender, a la luz de un criterio más racional, el fundamento de la culpabilidad de las personas jurídicas o sistemas no psíquicos, que hasta ahora no ha sido suficientemente esclarecido por seguir anclados en el paradigma de la conciencia.

Estas explicaciones no producen ninguna variación en la interpretación de las normas que rigen la responsabilidad civil, ni mucho menos alteran los márgenes de lo imputable según el ordenamiento positivo, pues tan sólo introducen un mayor grado de rigurosidad conceptual para afianzar las estructuras dogmáticas de esta área del derecho, facilitar la búsqueda de la verdad y evitar inconsistencias en la motivación de las sentencias, lo que se traduce en mayores garantías para las partes.

4. El fundamento de la responsabilidad directa de las personas jurídicas.

La filosofía moral valora la conducta del sujeto a la luz de un enfoque voluntarista, es decir que funda su juicio de reproche en la facultad del ser humano para actuar según su libre albedrío, sabiendo lo que es moralmente bueno o malo para sí y para sus semejantes. Esta doctrina de la *responsabilidad moral* no resulta idónea para explicar la atribución de responsabilidad civil por violación de bienes jurídicos ajenos, como quedó demostrado en el punto anterior.

Tampoco responde los problemas que se presentan en la labor de atribución de culpa directa a las personas jurídicas o sistemas no psíquicos, pues es evidente que ellas no poseen voluntariedad ni autoconciencia; por lo que han fracasado todos los intentos que hasta ahora se han hecho para explicar la imputación de responsabilidad subjetiva a tales entes a partir de su asimilación con las personas naturales.

La responsabilidad directa de las personas jurídicas no se deduce únicamente de la valoración de la conducta de los individuos de la especie humana que las conforman (aunque tales conductas suelen tenerse en cuenta); ni mucho menos se puede inferir a partir de una disminución de las exigencias probatorias en sede procesal, pues tales respuestas no resuelven el problema en su real dimensión y, de hecho, ni siquiera alcanzan a plantearlo de manera satisfactoria.

Hasta ahora se ha explicado la responsabilidad civil de los entes colectivos a partir de distintas posiciones, la primera de las cuales correspondió a la responsabilidad “indirecta” o “por el hecho ajeno”, que trataba de conectar la conducta lesiva de la persona física con los poderes de dirección y control de los administradores, o con sus defectos de vigilancia. Esta solución no era más que una proyección de la imputación individual a los entes colectivos, pues a la culpa del artífice directo del daño se sumaba la propia culpa del directivo por haber hecho una mala elección o vigilancia, lo que se estimaba suficiente para atribuir a la persona moral la responsabilidad por el hecho del subordinado.

En realidad, si bien se mira, no se trata de una culpa *indirecta o mediata* del ente colectivo en la producción del perjuicio, sino de la propia culpa del directivo por el hecho de haber contratado al agente dañador o por no vigilarlo como debía.

Según este enfoque, la culpa del empleado se *comunicaba* al empleador por una razón distinta a la producción del daño, lo que a simple vista dista mucho de una verdadera culpabilidad del ente colectivo por la realización del perjuicio, tanto así que la persona moral podía desvirtuar la presunción de culpa si demostraba que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confería no habría podido impedir el hecho dañoso.

Esta concepción confundía la atribución del daño al ente colectivo con su culpabilidad, la cual no quedaba en modo alguno demostrada. Si la persona jurídica tiene el deber de control y vigilancia sobre sus dependientes, ello es una obligación que el ordenamiento le asigna y que puede dar lugar a la *imputatio facti*, pero nada dice aún respecto del juicio de reproche sobre la actuación u omisión generadora de la lesión.

Esta doctrina fue abandonada desde mediados del siglo pasado, al considerar la Corte que «*en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas (...), no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia o cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión*». (G.J.I. XLVIII, 656/57)

Una vez revaluada la teoría de la responsabilidad indirecta de los entes morales, se fue dando paso a la doctrina de la responsabilidad directa; desplazándose en tal forma de los artículos 2347 y 2349 al campo del 2341 del Código Civil. En relación con esta clase de responsabilidad, nació por obra de la jurisprudencia la tesis llamada ‘organicista’, según la cual la persona jurídica incurría en responsabilidad directa cuando los daños eran producidos por sus órganos directivos –directores o ejecutores de su voluntad–, y en responsabilidad indirecta en los restantes eventos.

El enfoque organicista asimilaba las personas jurídicas a seres biológicos u orgánicos con libertad de acción, voluntariedad y *conciencia encarnada* en las instancias directivas, mientras que el personal subordinado u operario únicamente podía desempeñar las labores preordenadas por aquella especie de ‘*cerebro*’, por lo que sólo comprometían indirectamente al órgano cuando el daño era ocasionado en seguimiento de las órdenes impartidas por los administradores.

Esta explicación, aunque cumplía una función de ilustración pedagógica, no era una representación idónea de las organizaciones, por lo que no debe exagerarse su justo valor y alcance en la realidad. Es una verdad ostensible que las personas jurídicas estructuradas en forma de sistemas organizativos no están concebidas a imagen y semejanza del hombre, ni actúan

igual que él; por lo que no es acertado fundar la responsabilidad civil de tales entes a partir de su analogía con los sistemas biológicos.

El enfoque organicista, en suma, no explicaba las cuestiones concernientes a la responsabilidad directa de los entes colectivos, dado que, en últimas, atribuía la culpa al directivo que dio la orden o dejó de darla, o bien a los subalternos, pero no directamente a la persona moral como obra suya reprochable.

Tampoco existe ningún motivo razonable para variar la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos de quienes ejecutan sus funciones por el simple hecho de que éstos desempeñen labores de dirección o de subordinación, puesto que al fin de cuentas todos ellos cooperan al logro de los objetivos de la persona moral, independientemente de las calidades u oficios que realicen.

A partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, se abandonó esa corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. En concreto sostuvo:

«Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño. (...). Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem». (SC del 17 de abril de 1975)

El demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que

su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que se dijera que en esta última *«la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima»*. (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975)

Tal postura es más sencilla y consistente que las anteriores, aunque no está exenta de críticas justificadas, puesto que aún no ha explicado las diferencias que hay entre la culpa de la persona jurídica y la atribución del hecho dañoso *como suyo*. Según algunos autores, parecería que esta culpa es objetiva o se presume una vez probada la responsabilidad del agente, pues no está claro de qué manera la organización puede demostrar *su propia* diligencia y cuidado para librarse de la atribución de culpabilidad, toda vez que –según la jurisprudencia que se acaba de citar– la persona moral sólo se exime de responsabilidad con la prueba de una causa extraña.

Estas dificultades teóricas no son exclusivas de la jurisprudencia nacional sino que subyacen a la teoría de la responsabilidad civil, como bien lo ha anotado la doctrina comparada; siendo de uso frecuente omitir cualquier referencia textual a la culpa o, a lo sumo, mencionándola como un mero homenaje a la tradición, sin que la motivación de las decisiones judiciales se detenga a reflexionar sobre el aludido punto. Al respecto, GIOVANNA VISINTINI comenta:

«Por lo tanto, aplicando la disposición mencionada, el hecho ilícito del empleado, o, como también se lo llama, del encargado, determina la responsabilidad de quien confirió el encargo, a raíz de que este es el titular de la actividad en el ejercicio de la cual él contrata trabajadores, y no porque esté en condiciones de vigilarlos, o de escogerlos en el momento de la contratación. De allí que quien confirió el encargo responde porque asume el riesgo de una iniciativa económica, y no porque se le pueda atribuir una culpa en la elección o en la vigilancia sobre el encargado. Por lo visto, a través de la evolución jurisprudencial, la norma ha sido adaptada a nuevas funciones, llegando a pertenecer al sistema de responsabilidad objetiva y a reflejar el modelo teórico elaborado por la doctrina, acorde con el cual la empresa que en el ámbito de su organización ocasiona perjuicios con cierta regularidad, debe

asumir el riesgo correspondiente y traducirlo en un costo. En efecto, la razón que justifica la asunción de la responsabilidad por parte del empresario por el hecho ilícito de su obrero o empleado se halla en un principio económico, o mejor dicho en la teoría de la distribución de costos y beneficios». (¿Qué es la responsabilidad civil? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 194)

La anterior postura, sustentada en la responsabilidad objetiva, es insostenible en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el régimen general de responsabilidad civil presupone la culpa como elemento esencial e imprescindible (Art. 2341).

Llegados a este punto, podría pensarse erróneamente que la responsabilidad directa de los entes morales es teóricamente injustificable, pues ninguna de las explicaciones mencionadas resuelve el problema de la culpa directa de la persona jurídica en la producción de daños ocasionados en despliegue de su función o con ocasión de ella.

Las dificultades para explicar y probar la responsabilidad directa de las personas jurídicas surgen del prejuicio de concebirlas como entes *semejantes* a los organismos psíquicos o humanos, pasando por alto que los sistemas supraindividuales tienen una estructura, organización, fines y procesos de acción y comunicación completamente distintos a los de sus elementos humanos.

El mayor impedimento para entender la culpa directa de los entes colectivos por los daños que ocasionan sus procesos organizacionales radica en un obstáculo epistemológico y no en una imposibilidad teórico-práctica. El obstáculo consiste, como ya se demostró, en creer que la culpabilidad civil se origina en la libertad como voluntariedad, autoconciencia o moralidad, lo cual no es más que un rezago de la doctrina teológica del libre albedrío que presupone la consciencia del obrar, extraña por completo al derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

De manera incomprensible, se ha partido de la idea de voluntariedad para explicar una culpa que no es en modo alguno voluntaria, aunque requiera un mínimo de volición o capacidad para identificar patrones de comportamiento coordinados a fin de evitar producir daños, lo que implica una racionalidad que no es exclusiva de los seres humanos.

5. La responsabilidad sistémica de las personas jurídicas

La responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado.

Los seres humanos son sistemas psíquicos, las personas jurídicas estructuradas en forma de organizaciones son sistemas compuestos por personas naturales, pero no son únicamente una suma o agrupación de personas naturales. De hecho, los sistemas organizativos se definen a partir de su diferenciación con el entorno y con los elementos que los conforman; por ello sus procesos, actuaciones, métodos, estructuras y fines no son los mismos ni coinciden con los de sus miembros o elementos.

De ahí que en tratándose de la responsabilidad de las personas jurídicas constituidas en forma de sistema, como lo son las entidades de la seguridad social en salud, lo primero que hay que hacer es adentrarse en el análisis del funcionamiento y estructura de dicho sistema, pues es la única forma de establecer el origen de la responsabilidad, su fundamento y los límites entre la responsabilidad del ente colectivo y la de cada uno de sus miembros.

Según se explicó en el capítulo anterior, la dogmática del siglo XIX permitió atribuir responsabilidad extracontractual al ente colectivo mediante la previa imputación del daño a un agente determinado, lo que implicaba desconocer la realidad de los procesos organizacionales del mundo de hoy, que suelen ocasionar daños a terceros mediante culpa o infracción de deberes de cuidado propios de la persona jurídica, aun cuando no sea posible atribuir el origen de la anomalía o hacer el juicio de reproche a un individuo en concreto.

Cierto es que los sistemas organizativos sólo pueden tomar decisiones y actuar a través de los seres humanos que los conforman, pero de ahí a dar por sentado que sólo son imputables las personas naturales hay una enorme distancia. Una cosa es que los procesos organizacionales con aptitud de ocasionar daños a terceros necesiten de la intervención humana para su realización, y otra bien distinta que esos procesos sólo sean

atribuibles a los miembros de la organización en tanto individuos de la especie humana.

Es factible –y de hecho ocurre con frecuencia– que no sea posible realizar un juicio de reproche culpabilístico a un individuo determinado o a varios de ellos como generadores del daño, pero que sí estén probados todos los elementos para endilgar responsabilidad a la persona jurídica por fallas, anomalías, imperfecciones, errores de cálculo o de comunicación, y, en fin, violación de los deberes de cuidado de la propia organización, perfectamente identificables, constatables y reprochables, lo que impide considerarlos como “*anónimos*”.

En la actividad empresarial contemporánea, un daño a un bien jurídico ajeno no sólo puede originarse como resultado de la ejecución de las decisiones administrativas o del despliegue de conductas adoptadas por la cadena jerárquica, sino que puede deberse a falencias de planeación, de control, de organización, de coordinación, de disposición de recursos, de utilización de la tecnología, de flujos en la comunicación, de falta de políticas de prevención, entre otras variables que deben quedar plenamente identificadas para efectos de asignación de responsabilidad, pero que no siempre son atribuibles a uno o varios individuos determinados, por lo que el funcionamiento de la organización no se mide según las nociones tradicionales extraídas del paradigma de la conciencia y la voluntariedad moral del ser humano.

A fin de establecer lo que se entiende por ‘conducta empresarial’ generadora de responsabilidad civil, es preciso tener una comprensión básica del funcionamiento de las organizaciones y de la forma en que éstas toman decisiones con relevancia jurídica, pues sería un error intentar obtener una formulación teórica de aquel concepto sin detenerse a analizar las explicaciones que se apoyan en los datos de la experiencia, en la medida que la realidad empresarial ha cambiado sustancialmente desde cuando se expidieron las normas que fundamentan el régimen general de responsabilidad civil, por lo que el simple hecho de copiar las formas antiguas no resulta satisfactorio para solucionar los problemas actuales.

La teoría clásica de la administración partía del enfoque organicista, es decir que concebía las organizaciones a partir de una analogía con los seres biológicos. Esta teoría propugnaba la

racionalización del trabajo; la sustitución del criterio individual del trabajador y de su capacidad de improvisación por la planificación de métodos basados en procesos científicos; el control del trabajo según las normas establecidas y los planes previstos por los órganos de dirección; la selección científica y la preparación de los trabajadores para que produjeran más y mejor; la asignación diferenciada de tareas, funciones y responsabilidades para lograr la disciplina en la ejecución del trabajo; y la dirección y vigilancia estricta de las labores según un diseño planificado.

Poca libertad e iniciativa quedaba al empleado, quien era considerado como un simple operario o complemento de la maquinaria que obedecía estrictamente las órdenes dadas en una cadena de autoridad claramente definida y conocida por todos desde la cima de la organización hasta cada individuo subordinado. Este enfoque permitía reconocer una línea de mando claramente establecida en la que cada empleado recibía órdenes de un superior, por lo que existía una cabeza y un plan para cada grupo de actividades con un mismo objetivo.

La empresa se consideraba como una estructura en la que cada pieza estaba distribuida de manera rígida y estática según unos principios normativos que decían cómo debían hacerse las cosas y quién debía hacerlas, es decir que indicaban cómo debería operar una organización que idealmente se asimilaba a una entidad anatómica viva pero no explicaba mucho acerca de su real funcionamiento.

La manera de entender la estructura empresarial estaba influida por antiguos modelos formales y centralizados tales como la organización militar y eclesiástica, con base en los cuales se llegó a sostener que la responsabilidad de la persona jurídica derivaba de la voluntad exteriorizada por sus órganos de dirección y control, así como de la conducta de sus subordinados cuando cometían daños en razón del seguimiento y aplicación de las políticas y objetivos empresariales.

La aludida teoría se empleó en el pasado para atribuir responsabilidad a la persona jurídica por falta de diligencia y cuidado en la selección y supervisión de sus trabajadores, por interpretación extensiva de los artículos 2347 y 2349 del Código

Civil, establecidos exclusivamente para regular relaciones de dependencia simples y directas entre personas naturales, tales como padres e hijos menores, tutores o curadores y pupilos, directores de colegios y sus discípulos, artesanos y aprendices, o amos y sirvientes.

Tales normas presuponen un vínculo de subordinación y dependencia que únicamente puede entenderse en el contexto histórico del derecho romano para el que el paterfamilias, el tutor, el curador, el maestro y el amo ejercían la vigilancia y custodia de quienes estaban bajo su potestad, entendiéndose que el hecho de éstos generalmente era responsabilidad de aquéllos.

Sin embargo, no es acertado ampliar el ámbito de aplicación de aquellas normas a un contexto de responsabilidad corporativa, pues los hechos en que ésta se funda son completamente distintos a los de la responsabilidad derivada de la culpa *in vigilando* propia de la responsabilidad de los padres, maestros, amos (hoy empleadores) y demás personas naturales llamadas a responder por el hecho de un tercero que está bajo su dependencia y cuidado, por lo que no es admisible extender los efectos de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil a circunstancias fácticas ajenas a los supuestos de hecho contenidos en esas disposiciones.

En las relaciones de producción premodernas primaba un vínculo de estrecha dependencia entre el aprendiz y su maestro artesano, o entre el criado y su amo, por lo que era apenas esperable que los señores (*domini*) respondieran por los daños causados por sus siervos, dada la autoridad y cuidado que su calidad cuasipaternal les confería. Una prueba de esto se halla en la definición de familia que consagra el Código Civil, según la cual ésta comprende, además de la mujer y los hijos, «*el número de sirvientes necesario para la familia*» (Art. 874), lo cual sólo puede entenderse si se tiene en cuenta que hasta hace muy poco tiempo las empresas eran, esencialmente, organizaciones familiares.

Es cierto que tal definición no se adecua al concepto contemporáneo de familia, como también lo es que las palabras “sirviente”, “criado” y “amo” poseen en la actualidad una connotación peyorativa (Corte Constitucional, C-1235 de 2005). No obstante, el aludido anacronismo deja en evidencia que el legislador patrio de 1887 no se refirió, ni pudo referirse, en los

artículos 2347 y 2349 del Código Civil a la responsabilidad civil de las organizaciones empresariales de hoy en día. La simple interpolación, interposición o reemplazo de palabras que hizo la jurisprudencia constitucional de los términos “sirviente o criado” por “trabajador”, y “amo” por “empleado”, cumplió la finalidad de eliminar la carga de discriminación e indignidad que aquellos conceptos entrañaban; pero en ningún caso podría entenderse que tal suplantación de vocablos tiene la aptitud de extender la responsabilidad indirecta a las personas jurídicas.

La responsabilidad por el hecho ajeno consagrada en los artículos 2347 y 2349 de la ley sustancial, se estructura sobre el deber de vigilancia que la norma impone a los padres, tutores, curadores, directores de colegios y escuelas, y empresarios sobre sus hijos, pupilos, artesanos, aprendices y dependientes, respectivamente.

En estos eventos la ley establece que los primeros, debido a la posición dominante que les otorga su autoridad, tienen el deber de impedir que los segundos actúen en forma imprudente, de suerte que si la conducta de éstos genera algún tipo de daño, la ley presume que ello acontece por desatender u omitir su función de buenos vigilantes. El reproche de culpabilidad no se circunscribe en estos casos a analizar si hubo o no culpa en la producción del daño, sino a valorar la vigilancia que el superior ejerce sobre quien está bajo su cuidado.

En cambio, en el esquema de producción contemporáneo, influido por una economía mercado en la que tienen lugar actividades empresariales a gran escala, no hay ninguna razón para exigir a las empresas un deber de vigilancia sobre la conducta de sus subordinados para efectos de deducir responsabilidad directa por los daños causados a terceros, toda vez que esta responsabilidad no surge de la falta de vigilancia de los directivos sobre los trabajadores, sino de la culpa de la persona jurídica por la realización de sus procesos organizativos, de la cual se puede eximir si demuestra los mismos supuestos de hecho que pueden esgrimir las personas naturales, esto es el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, y la diligencia y cuidado socialmente esperables.

Hoy en día no es posible exigirle a una empresa que adopte una determinada política de control de personal, de imposición de

disciplina o planificación de métodos, dado que ello está reservado al libre designio de la organización según la racionalidad pragmática o estratégica que desee implementar en el modelo de producción adoptado o, inclusive, por factores externos que escapen a su facultad de decisión. Cada empresa sabrá, según su propia estructura organizacional, si ejerce o no vigilancia sobre sus trabajadores y en qué medida lo hace, sin que el derecho civil tenga ningún poder de injerencia en el moldeamiento de esa relación.

Lo anterior se evidencia en la atención que las instituciones prestadoras del servicio de salud brindan a sus clientes, para lo cual contratan personal administrativo, médico y paramédico (agentes) cuyas acciones no pueden ser verificadas por el centro de decisión (principal). En este caso se produce una situación de asimetría de la información que pone en desventaja al principal, porque una vez establecido el vínculo contractual, el principal no puede verificar, observar o vigilar la acción que el agente realiza, o no tiene forma de controlar perfectamente esa decisión.

La institución podrá instaurar rigurosos procesos de selección de personal, establecer planes de acción previos, capacitar o instruir a sus agentes, implementar modelos de acción, protocolos de atención o instructivos de decisión; podrá, incluso, ejercer un control posterior mediante auditorías. Pero lo que no podrá hacer jamás, porque escapa totalmente a sus posibilidades reales, es controlar, vigilar, observar o verificar por completo la labor desempeñada por sus agentes al momento de brindar la atención al cliente. La responsabilidad del principal, por tanto, no puede depender de unas variables altamente difusas y borrosas que están más allá de sus facultades materiales.

Para efectos de atribuir responsabilidad patrimonial a una persona jurídica organizativa por los perjuicios causados a terceros en despliegue o con ocasión de su función, al derecho no le interesa si el agente dañador está sujeto a vigilancia, control y dirección; ni el grado de autoridad o cuidado al que está sometido; ni el eventual beneficio que el servicio del trabajador reporte al principal; o si el auxiliar acata las instrucciones de su superior o actúa en contravía de ellas; o si la empresa recibe un beneficio económico (o pérdidas) del trabajo de sus auxiliares.

Es más, ni siquiera en todos los casos es exigible la falta de cuidado atribuible *a una persona natural determinada*, porque lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa *in operando*, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores.

En los años recientes, la teoría y práctica de la administración ha experimentado cambios sustanciales desde un enfoque de sistemas que permite identificar las operaciones no como actos de voluntad de los individuos sino como procesos que surgen como un todo organizado, compuesto por distintos elementos identificables a partir de la distinción con el entorno donde operan. Las organizaciones se consideran sistemas en continua interacción con el entorno, lo que permite identificar las variables internas y externas que tienen impacto sobre las acciones y decisiones administrativas y el desempeño organizacional en cada situación específica.

Las funciones de un sistema dependen de su estructura y organización, y atienden a las condiciones de la realidad, por lo que son contingentes y variables según las circunstancias particulares de las empresas, lo que permite atribuir responsabilidad a la persona jurídica de conformidad con los fines implícitos en cada proceso, los flujos de comunicación de los distintos elementos, los factores de decisión y la ejecución de las técnicas de producción o prestación del servicio. El diseño organizativo está profundamente afectado por la tecnología que utiliza la organización, siendo una especie de esta tecnología el conocimiento que tienen las personas naturales que forman parte de la empresa.

La organización es un sistema complejo que se define como un conjunto de elementos interrelacionados para alcanzar un objetivo o lograr un fin. «*Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes*». (LUDWIG VON BERTALANFFY. Teoría general de los sistemas. México: FCE, 2014. p. 56). Tales

elementos son interdependientes, por lo que no basta estudiarlos aisladamente. No obstante, para la identificación de una *unidad de acción* susceptible de imputación no es posible abarcar la totalidad de las relaciones o condiciones de contorno dentro del sistema complejo, por lo que se presenta la necesidad de introducir criterios de selección según el marco de valores del ordenamiento jurídico.

En la atención a un cliente del sistema de salud, por ejemplo, es poco probable que la responsabilidad se deduzca de la conducta de un individuo o que surja en un único instante, a menos, claro está, que el daño se pueda imputar a una acción u omisión específica, lo que casi nunca ocurre.

Generalmente acontece que desde que el paciente entra en contacto con el sistema sanitario para obtener el restablecimiento de su salud, es atendido por agentes administrativos, médicos, paramédicos y coordinadores, que interactúan entre sí y con el paciente y su familia, a fin de lograr el propósito esperado mediante la ejecución de procesos de diagnóstico, tratamiento, quirúrgicos, de recuperación, seguimiento, control de resultados y los demás que se estimen necesarios según el estado de la ciencia, quedando un gran número de estos procesos determinados por la estructura misma y no sólo por sus elementos. (ROLANDO GARCÍA. Sistemas complejos. Barcelona: Gedisa, 2013. p, 52)

La estructura establece una articulación entre todos sus elementos, los cuales están suficientemente bien diferenciados como para ser considerados unidades de análisis cuyas propiedades integrales y relaciones mutuas definen las características del sistema total. Las funciones de los elementos del sistema son diferenciables pero no independientes o aisladas, por lo que cada uno de éstos se define en relación con los otros. El sistema, a su vez, está inmerso en una realidad más amplia con la cual interactúa, y que influye en mayor o menor medida en el éxito de los procesos.

En el análisis de un sistema complejo existen dos niveles de descripción: el de los procesos llevados a cabo por cada elemento del sistema y el de los procesos que tienen lugar en el sistema como un todo, y que están determinados por las interrelaciones entre los elementos. La identificación del proceso unitario a partir

del cual se deduce responsabilidad por deficiente prestación del servicio de salud depende de la especificación de un fragmento espaciotemporal en el que se seleccionan los elementos, las decisiones, las operaciones y los flujos de comunicación correspondientes a cada proceso con relevancia para incidir en el resultado final que se investiga, por fuera del cual quedarán otros tantos que el observador considera intrascendentes.

Esta selección permite atribuir las consecuencias de la negligencia únicamente a los factores que tuvieron una injerencia o correlación preponderante en su producción, evitando atribuir responsabilidad a los elementos o variables irrelevantes.

De ese modo el juicio de reproche puede recaer sobre la organización; sobre uno o algunos de sus elementos humanos; sobre la organización y uno o alguno de sus elementos, en forma solidaria cuando se cumplen los presupuestos del artículo 2344 del Código Civil; o no recaer sobre ninguno de ellos, según las circunstancias del caso. Todos ellos, tanto el sistema en conjunto como cada uno de sus miembros, tienen las mismas posibilidades de exonerarse de responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o la debida diligencia y cuidado.

La información que está al alcance de cada organización pasa a desempeñar un papel trascendental al momento de atribuir responsabilidad, porque frente a un dominio de información incompleta o asimétrica que altera el desempeño de la empresa y afecta el equilibrio de la competencia perfecta, no es posible exigir el cumplimiento de estándares de responsabilidad basados en una racionalidad ideal máxima. Por ello, la violación del estándar de conducta exigible sólo puede determinarse a partir de un parámetro de diligencia adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, lo que permite identificar la culpa de la organización.

6. La responsabilidad civil de las entidades del sistema de seguridad social en salud.

Hasta hace solo un par de décadas era frecuente que los pacientes acudieran voluntariamente al médico que por su grado de cercanía o por su fama les generaba la confianza suficiente para poner en sus manos la cura de su salud. Era, por

lo general, el médico de la familia, “de cabecera”, de la localidad o, en fin, el profesional con quien los pacientes podían establecer una relación de proximidad personal que caracterizaba la atención médica destinada a tratar o curar una dolencia específica. De ahí que el vínculo jurídico que nacía entre el médico y su paciente fuera considerado como un contrato bilateral, principal, de ejecución instantánea, la mayoría de las veces *intuitu personae*, consensual, conmutativo y de libre discusión.

Como este vínculo jurídico surgía por la voluntad de ambas partes, el médico respondía por los daños que causaba al paciente en razón del incumplimiento de las estipulaciones pactadas en el convenio celebrado. De igual manera respondía por las acciones u omisiones culposas del personal que estaba a su cargo, siempre y cuando tales perjuicios ocurrieran en el ámbito de sus funciones, es decir, en razón y con ocasión de la prestación del servicio médico.

Esta especie de responsabilidad, simple por demás, no ha desaparecido del todo, pero hay que reconocer que cada vez se encuentra más en desuso, sobre todo después de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud (Ley 100 de 1993), a partir del cual la prestación de los servicios médicos dejó de ser una labor individual para convertirse en una actividad empresarial, colectiva e institucional, que abrió paso a lo que hoy se denomina “macro medicina”, en la que el enfermo ya no es considerado un paciente sino un cliente más dentro del engranaje económico que mueven grandes organizaciones, y en la que el usuario no acude ante su médico de confianza sino ante una estructura corporativa que relegó el factor *intuitu personae* a su más mínima expresión.

La masificación del servicio de salud trajo consigo la despersonalización de la responsabilidad civil médica, que ahora no sólo se puede originar en la culpa del facultativo sino en la propia culpa organizacional, en muchos casos no atribuible a un agente determinado.

Asimismo, los grandes adelantos de la ciencia moderna, el aumento de los aciertos terapéuticos, el uso de nuevas tecnologías, los resultados demostrados por la práctica de la medicina preventiva, el progreso de la medicina de precisión y la terapia dirigida cuando ello es posible, y la masificación del

servicio de salud como producto de consumo, han hecho de la medicina una disciplina sofisticada, en la que se ha acumulado una enorme fuente de pronósticos, diagnósticos, tratamientos y procedimientos fidedignos según el buen hacer profesional, que la han elevado a los más altos niveles y minimizan el ámbito de lo fortuito porque acrecientan el margen de lo previsible, sin que ello signifique que las circunstancias atribuibles a la fatalidad hayan desaparecido por completo.

De ahí que tanto las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud como los profesionales que fungen como agentes suyos, están cada vez más inmersos en un contexto de responsabilidad, porque entre mayor es el saber científico, la actualización de los conocimientos, el poder de predicción de los resultados y el dominio de las consecuencias, se incrementa el grado de exigencia ética y jurídica que se hace a las empresas y agentes prestadores del servicio de salud.

Es esperable que a mayor comprensión sobre los procedimientos y técnicas idóneas que rigen un ámbito especializado de la ciencia, más grande es el poder de control sobre el mismo y mayores las posibilidades de evitar resultados adversos, lo que aumenta el grado de exigencia de responsabilidad.

Aunque el sistema de seguridad social está orientado por el principio de la solidaridad, ello no significa que la medicina sea una actividad de caridad o beneficencia, pues las entidades promotoras y prestadoras del servicio están organizadas bajo un modelo de economía de mercado en el que los afiliados al régimen contributivo y sus empleadores tienen que pagar por el servicio que reciben; mientras que en el régimen subsidiado los afiliados pagan una cotización que se financia con ingresos fiscales o de la solidaridad, lo que convierte al cliente en acreedor del derecho a una asistencia sanitaria de calidad *“en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional.”* (Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 9°)

El rompimiento de los moldes clásicos en los que se enmarcaba el ejercicio de la medicina como profesión liberal, caracterizada por las obligaciones emanadas de la relación médico-paciente, ha hecho que el esquema de la responsabilidad

civil fundado en la culpa individual se muestre insuficiente frente a las reclamaciones por daños a la salud producidos por la estructura organizacional de las entidades del sistema de seguridad social, pues bajo este nuevo modelo surge una amplia gama de problemas que ameritan una solución distinta a la luz del paradigma de sistemas.

No es posible, entonces, decidir las controversias jurídicas que involucran la responsabilidad de los médicos y de la estructura del sistema de seguridad social en salud bajo una interpretación tradicional del derecho civil concebida para endilgar responsabilidad en el ámbito exclusivo de las relaciones médicas interpersonales.

Bajo este nuevo enfoque, el primer punto que toca analizar –porque de él depende el tratamiento y la solución que se le dé al problema jurídico planteado– es el concerniente a la naturaleza jurídica de la obligación de la cual surge la responsabilidad que se reclama.

6.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad por daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud.

En la responsabilidad civil que surge de los daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud, el objeto, fundamento y características del servicio de salud; la afiliación al sistema; la forma de pago y monto de las cotizaciones; el régimen de beneficios; las garantías y deberes de los usuarios; los deberes de los empleadores; la dirección, administración y financiación del sistema; su organización, control y vigilancia; y, en fin, todo lo concerniente a las obligaciones y derechos de los integrantes del sistema, sean prestadores o usuarios, está regulado por el Título II (artículos 152 y siguientes) de la Ley 100 de 1993 y disposiciones modificatorias y complementarias.

Poco queda a la iniciativa privada de las partes, salvo la posibilidad de escoger la entidad promotora de salud a la que tienen que afiliarse, así como la de acudir a la institución prestadora de su preferencia cuando ello es posible según las condiciones de oferta de servicios (artículo 153-4, *ejusdem*).

El artículo 153-2 de la Ley 100 consagra la obligación para todos los habitantes del país de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, por lo que todo empleador tiene la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. De igual manera, los trabajadores independientes o contratistas están obligados a cotizar al régimen contributivo en salud.

A su turno, el artículo 157 *ejusdem* establece los tipos de participantes en el sistema de salud, siendo éstos los afiliados mediante el régimen contributivo, los afiliados mediante el régimen subsidiado, y los participantes sin capacidad de pago que están vinculados en forma temporal mientras logran afiliarse al régimen subsidiado.

Por su parte, el artículo 183 de ese estatuto prohíbe a las entidades promotoras de salud terminar en forma unilateral la “relación contractual” con sus afiliados o negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen.

No sólo la afiliación es un acto obligatorio para la población con capacidad de pago y para las EPS, sino que el monto y forma de hacer las cotizaciones también lo son, en la medida que están preestablecidos por la ley y sobre tales aspectos no existe ningún poder de negociación. De igual modo, el régimen de beneficios es inmodificable por el querer de las partes, de suerte que es muy poco lo que queda al arbitrio de la voluntad.

La afiliación se produce por una sola vez, sin que ese acto esté sujeto a negociaciones o acuerdos de ninguna especie, y a partir de ese momento los participantes del sistema no pierden tal calidad, siendo beneficiarios de todas las prestaciones asistenciales consagradas en la ley, por lo que el vínculo legal que surge del sistema de seguridad social en salud comporta una relación legal permanente. Esta relación jurídica –se reitera– se establece por una sola vez y para siempre entre el usuario y el sistema de seguridad social en salud, mas no con una empresa o entidad específica.

Como participantes del sistema de seguridad social en salud, las personas esperan una eficiente prestación del servicio que pagan mensualmente mediante un aporte económico individual o familiar financiado directamente por el afiliado, o en concurrencia entre éste y su empleador; o bien a través de una

cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad.

En su condición de clientes del sistema, los pacientes se presentan ante las instituciones prestadoras del servicio de salud en calidad de *usuarios del servicio público de salud* que administran y promueven las entidades de la seguridad social, por lo que el vínculo jurídico que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario.

6.2. La imputación del daño a las empresas promotoras de salud, a las instituciones prestadoras del servicio y a sus agentes.

Se ha afirmado líneas arriba que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya *«función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)»*. (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el *juicio de atribución del hecho* a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que *«son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley»*.

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las

instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

6.3. La diligencia y cuidado de las instituciones prestadoras del servicio de salud y sus agentes.

La atribución de un hecho lesivo a un agente u organización como suyo es necesario pero no suficiente para endilgar responsabilidad civil, como se ha explicado extensamente con anterioridad. Para esto es preciso, además, que el daño sea el resultado de una conducta jurídicamente reprochable en términos culpabilísticos.

La prudencia en el ámbito de la prestación del servicio de salud es el término medio en las acciones y operaciones profesionales, es no obrar por exceso ni por defecto según los estándares aceptados en los procedimientos y la práctica científica de una época y lugar determinados.

De igual modo se ha explicado que para la atribución de responsabilidad organizacional no basta con analizar la conducta aislada de los elementos del sistema, sino que debe valorarse el nivel organizativo como un todo.

La culpa de la persona jurídica se establece en el marco de una *unidad de acción* selectivamente relevante que tiene en cuenta los flujos de la comunicación entre los miembros del sistema. Por ello, el juicio de reproche ha de tomar en consideración, además de las acciones y omisiones organizativas, las fallas de comunicación del equipo de salud que originan eventos adversos cuando tales falencias podían preverse y fueron el resultado de la infracción de deberes objetivos de cuidado.

Según los estándares aceptados en la práctica profesional de la salud, los problemas de comunicación entre los proveedores de atención médica y entre ellos y sus pacientes afectan seriamente el desenvolvimiento de la atención y son una de las principales causas de responsabilidad por negligencia médica. (FABIÁN VÍTOLO, Problemas de comunicación en el equipo de salud, Biblioteca virtual Noble, 2011)

De acuerdo a la literatura especializada en el tema de calidad total de los servicios de salud, el quiebre en la comunicación genera más daños de gravedad a los usuarios que otros factores de riesgo como la pobre capacitación técnica de los agentes de salud, la insuficiente evaluación del paciente y la falta de personal necesario para cumplir las tareas. (Ibid)

Los cortocircuitos en la comunicación durante el proceso de atención pueden presentarse en los pases o remisiones del paciente de un profesional a otro; cuando se imparten órdenes; cuando se transfiere responsabilidad entre efectores; cuando se prescriben las fórmulas médicas; cuando el paciente es dado de alta; cuando se dan indicaciones a sus familiares (o se omiten) sobre los cuidados y tratamientos que han de realizarse en el hogar; etc., en cuyos casos es posible que el profesional brinde al paciente una atención inmediata adecuada para su dolencia y, sin embargo, ocasione errores de comunicación que repercuten en eventos adversos por quebrantar las normas y estándares sobre el correcto manejo de la información.

El numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “*cultura de seguridad del paciente*”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

Según los expertos en la materia, existe una cultura de seguridad «*cuando hay un esfuerzo organizacional centrado en salvaguardar el bienestar de los pacientes, que cuenta con el*

compromiso del personal y la jefatura. Todos los involucrados asumen la responsabilidad de la seguridad del paciente y su familia, y el personal de salud se siente seguro al comunicar instancias que comprometen el cuidado de un paciente o la ocurrencia de situaciones adversas». (BARBARA SOULE. Seguridad del paciente).

Para poder realizar un trabajo eficaz, óptimo y conforme a los estándares de la ciencia, las organizaciones proveedoras de servicios médicos tienen el deber legal de implementar la cultura de seguridad del paciente. Esta es una de las operaciones empresariales más importantes para la disminución de errores médicos, y es una variable que cobra gran fuerza en la valoración que el juez civil realiza acerca de la diligencia y el cuidado que debió tener la entidad sobre un proceso respecto del cual ejercía control.

«Una cultura de seguridad del paciente implica liderazgo, trabajo en equipo y colaboración, prácticas basadas en la evidencia, comunicación efectiva, aprendizaje, mediciones, una cultura de trato justo, pensamiento sistémico, factores humanos y una política de tolerancia cero». (Ibid)

Los flujos eficientes de información son absolutamente importantes para lograr una atención integral, continua y de calidad según los estándares del ámbito médico; siendo la historia clínica uno de los instrumentos más valiosos –si no el máspreciado de todos– para efectos de transmitir una correcta información que redundadirectamente en la salud del usuario. Tan importante como los conocimientos médicos y la pericia profesional al momento de aplicarlos, es la transmisión óptima de ese conocimiento al equipo de trabajo, al paciente y a su familia.

Lo anterior no sólo se debe a la garantía del derecho fundamental a la información, sino, principalmente, a que un quiebre en la comunicación de los profesionales de la salud aumenta enormemente las probabilidades de errores previsibles que la organización tenía el deber de evitar. Ello no es algo que traspase las posibilidades cognoscitivas de los miembros de la empresa de salud ni es una política que la organización puede adoptar o inobservar a su antojo, sino que es una verdadera obligación jurídica.

En efecto, la Resolución número 1995 de 1999 emanada del Ministerio de Salud, por la cual se establecen normas para el

manejo de la historia clínica, define este instrumento como un documento *«en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención»*.

Con el fin de lograr la eficiente transmisión de la información consignada en la historia clínica, el artículo 5º *ejusdem* dispone que este documento *«debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma»*.

La violación de estas normas técnicas lleva implícita la culpa de la organización sanitaria cuando los daños ocasionados a los usuarios del sistema de salud pueden estar razonablemente relacionados con brechas en la comunicación que resultan del diligenciamiento y manejo inadecuado de la historia clínica.

Así, no consignar en forma clara, precisa y según los estándares legales y técnicos los resultados obtenidos por el médico en un diagnóstico inicial, aumenta las probabilidades de que ante la presencia de un error, el profesional que atiende al paciente en una oportunidad futura persista en tal equívoco, y de esa forma se aumente la cadena de errores constitutivos de culpa por no actuar de conformidad con las pautas establecidas para la prevención, disminución y erradicación de eventos adversos.

En un sentido similar, el ocultamiento de los errores propios o ajenos detectados en los diagnósticos, tratamientos o procedimientos que realizan los profesionales de la salud aumenta considerablemente las posibilidades de que el error inicial se incremente por una conducta negligente. Mientras que el descubrimiento y la denuncia oportuna de tales errores demuestran una conducta prudente, honesta y ética encaminada a la disminución de los daños y a una atención humana, continua, integral y de calidad, como lo ordena la ley.

«...ninguno de los operadores sanitarios podrá excusarse y liberarse de responsabilidad con el argumento simplista de que “fue el otro quien lo hizo”, puesto que existe una responsabilidad conjunta y solidaria en virtud de la cual se exige al último que haya intervenido en la prestación del servicio mayor diligencia que al anterior facultativo, con el fin de revertir el efecto dañoso que el

“error” antecedente hubiese causado». (Gustavo LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 21)

Es posible, entonces, que un diagnóstico o tratamiento parezca adecuado si se lo examina de manera aislada; pero que si se analiza en un contexto organizacional, haya sido defectuoso según los estándares médicos por la negligencia del profesional al no fijarse en el diagnóstico o tratamiento que hizo el médico que atendió al paciente en una oportunidad anterior y que estaba consignado en la historia clínica, infringiendo de ese modo los deberes de cuidado propios y organizacionales.

La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.

El error al que aquí se alude es el “error negligente”, *«más claro aún: el que se origina cuando se quiebran por el agente causante del error los criterios y niveles exigibles y esperables de conducta profesional sanitaria y que, además, como consecuencia del cual se produce [o ha existido el riesgo de que se produzca] en el paciente un efecto lesivo y/o perjudicial. El hecho de que la medicina sea, aún en nuestros días de gran progreso tecnológico, más un arte que una ciencia dura como, por ejemplo, la matemática, la física, la química y que, debido al factor reaccional propio de cada enfermo no pueda predecirse un resultado exacto del tratamiento prescrito para curar una enfermedad o dolencia, NO significa que el “error”, dentro del contexto sanitario en que nos movemos, sea permisible ni tolerable. Muy al contrario, la propia inexactitud e impredecibilidad de las ciencias médicas actuales exigen el agotamiento, la extenuación de la diligencia, de la actividad personal y de la prestación de todos los medios de diagnóstico y tratamiento disponibles, precisamente con el fin de reducir al mínimo posible y tolerable ese margen de inseguridad sobre los resultados».* (Gustavo LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 20)

La culpa de las entidades del sistema de salud y de sus agentes, en suma, se examina en forma individual y en conjunto a la luz de los parámetros objetivos que existen para regular la conducta de los agentes particulares y su interacción con los demás elementos del sistema. El juicio de reproche respecto de cada uno de ellos quedará rebatido siempre que se demuestre su debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario.

La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia.

7. Valoración de las pruebas en el caso concreto.

Antes de entrar al punto específico de la valoración material de las pruebas fue necesario precisar algunos conceptos sobre los elementos de la responsabilidad extracontractual y el modo de probarlos, cuya falta de claridad condujo al juez *a quo* a errar en la estimación de los elementos de convicción que demuestran la responsabilidad civil a cargo de las demandadas.

Desde luego que si no hay claridad sobre los presupuestos fácticos del instituto jurídico que rige el caso, tales como la atribución de una unidad de acción organizacional a las entidades demandadas; el juicio de reproche culpabilístico como culpa *in operando* directa de la persona jurídica; y la manera de probar los elementos de esa responsabilidad, se torna muy difícil que el juez otorgue a las evidencias materiales el sentido que éstas tienen, por abundantes que sean las pruebas que obran en el proceso.

La responsabilidad emanada de una atención deficiente a un usuario del sistema de seguridad social en salud generalmente no se estructura en un acto ejecutado por un agente aislado en un instante único, sino en una serie de acciones y omisiones que constituyen una unidad de proceso, y que han de valorarse como

un todo relacionado con el resultado lesivo cuya indemnización se reclama. Ese cúmulo de actuaciones e inactividades selectivamente relevantes prefiguran el tema de la decisión sobre los hechos y delimitan tanto el tema como el objeto de la prueba.

Con relación a la prueba del daño, está demostrado que la señora Luz Deisy Román falleció el 23 de junio de 2002 debido a una sepsis con falla sistémica de origen abdominal con lesión pulmonar aguda y peritonitis, tal como consta en la respectiva epicrisis. [f.98, c.8]

Las fallas médicas y organizacionales que se consideran relevantes para el desencadenamiento de aquel resultado, tales como el error de diagnóstico, la tardanza en descubrir la patología que sufría la paciente, los tratamientos y procedimientos que se le brindaron, así como las rupturas en los flujos de la comunicación, se enmarcan en una unidad de acción operativa a cargo de las instituciones demandadas, es decir que fueron obra suya en virtud del deber de prestadoras del servicio de salud de calidad que les asignó el artículo 185 de la Ley 100 de 1993. De ahí que esté suficientemente demostrado el factor de atribución del hecho desencadenante del daño.

En las páginas que siguen, se analizarán las pruebas que demuestran la culpa de las entidades demandadas al infringir sus deberes objetivos de cuidado.

- El error negligente en la consulta inicial:

La paciente acudió al servicio de urgencias de la Clínica Las Vegas el miércoles 29 de mayo de 2002, debido a un fuerte dolor abdominal de aproximadamente seis horas de evolución. Así se encuentra consignado en la transcripción de la historia clínica [folio 400, cuaderno 8], y en ello coincidió la médica que la trató en esa ocasión [folio 31, cuaderno 7].

Allí fue atendida por la médica Gloria Patricia Muñoz Saldarriaga, quien indicó en su declaración que practicó a la paciente un examen físico en el que la encontró algida (con dolor), hemodinámicamente estable, con signos vitales normales, sin fiebre, cardiopulmonar normal, dolor en hipogastrio, no presentaba defensa ni signos de irritación peritoneal. [c.7, f.31]

En la historia clínica, aparece consignado que la paciente fue atendida por urgencias a las 10:30 a.m. Este documento contravino las normas sobre su diligenciamiento, pues está escrito con una letra poco clara, con abreviaturas, sin el nombre del profesional que la atendió, sin que se expresaran las razones por las cuales se dio de alta a la paciente, la hora en que se produjo la salida, ni las instrucciones y recomendaciones que se le impartieron. [c.11, f.1]

El referido instrumento muestra, además, que desde que la paciente ingresó por el servicio de urgencias, el manejo que se le dio fue inadecuado según los estándares científicos de esa época, los cuales debían ser conocidos por el personal médico porque estaban al alcance de cualquier persona que se propusiera consultarlos, tal como lo evidencia la abundante bibliografía que existe al respecto desde finales del siglo pasado.

En efecto, en los protocolos de urgencia del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, vigentes para la fecha en que ocurrieron los hechos en que se fundó la demanda, se señala que frente a síntomas de abdomen agudo, el manejo por enfermería debe ocuparse en valorar e *identificar el dolor, características y localización; trastornos gastrointestinales (náuseas, vómito, distensión abdominal); alteraciones en el color y humedad de la piel, en cara y región abdominal; modificación en patrón respiratorio (rápida y superficial); defensa muscular (actitud del paciente); cambios en la temperatura corporal; alteraciones del sistema circulatorio (caída de presión arterial, taquicardia débilmente palpable); ansiedad*. (Protocolos de urgencias, Abdomen Agudo. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo de Antioquia, Medellín, 1992. p. 75)

Entre las acciones a seguir, la enfermera debe *«explicar al paciente los procedimientos a realizar, para tranquilizarlo; colocarlo en posición de Fowler, con las rodillas flexionadas; suspender vía oral cigarrillo hasta que sea evaluado por el médico; cubrirlo para mantener el calor corporal; control cada 15 minutos de pulso y presión arterial; canalizar vena con catéter # 18 e instalar Hartmann; aplicar técnicas de relajación; si el paciente tiene vómito profuso o distensión abdominal, pasar sonda nasogástrica y dejarla abierta»*. (Ibid, p. 76)

En la historia clínica, no existe ninguna evidencia de que el manejo de la paciente se hiciera según los citados protocolos.

La literatura médica de esa época indicaba que *«la característica predominante y presente del abdomen agudo suele ser el dolor. A fin de aclarar su causa hay que determinar su localización, modo de inicio, progresión y carácter»*. (LAWRENCE WAY. Diagnósticos y tratamientos quirúrgicos. 7ª ed. Bogotá, 1994. p. 531)

Para efectos de establecer un diagnóstico acertado o, al menos plausible o probable, es necesario que el médico tratante realice un examen físico general metódico y completo, evitando concentrarse en un punto específico y delineando un enfoque sistémico que permita encontrar signos que confirmen o descarten un diagnóstico diferencial.

En la inspección, es necesario observar cuidadosamente el abdomen antes de palparlo. *«Hay que pedir al paciente que tosa y señale el área de máximo dolor. La irritación peritoneal demostrada de esta manera puede confirmarse después sin necesidad de una prueba rigurosa de hipersensibilidad al rebote; ambas indican irritación peritoneal y dolor parietal. La hipersensibilidad a la percusión es similar a la originada por rebote; ambas indican irritación peritoneal y dolor parietal»*. (LAWRENCE WAY. Diagnósticos y tratamientos quirúrgicos. 7ª ed. Bogotá, 1994. p.531 y s.s.)

La palpación *«se lleva a cabo con el paciente acostado en posición supina cómoda (...) La hipersensibilidad que indica inflamación peritoneal localizada es quizá el dato más importante en pacientes con abdomen agudo. (...) una exploración pélvica adecuada tiene gran valor para diferenciar entre enfermedades inflamatorias pélvicas agudas que no requieren operación y apendicitis aguda, quiste ovárico o torcido o absceso tuboovárico»*. (Ibid, p. 531 y s.s.)

Con relación al diagnóstico de la apendicitis, el citado autor refiere que *«en forma típica, comienza con malestar abdominal vago seguido por leves náuseas, anorexia, e indigestión. El dolor es persistente y continuo, pero no es intenso, con ocasiones calambres leves. Puede haber un episodio de vómito y en pocas horas el dolor pasa al cuadrante inferior derecho, volviéndose localizado y provocando molestias al moverse, caminar o toser. Es posible que el paciente se sienta estreñido. El examen en este momento muestra dolor circunscrito a la palpación con un dedo y posiblemente un poco de rigidez muscular. (...) **El encontrar un dolor circunscrito sobre el punto de McBurney es el dato fundamental para el diagnóstico**»*. (Ibid, p. 738)

«En alteraciones intraabdominales agudas siempre hay dolor. El diagnóstico dependerá de la historia clínica y del examen físico. Por lo general, los antecedentes clínicos son la ayuda diagnóstica más

importante, aunque el examen físico, los estudios de laboratorio y los rayos X proporcionan pruebas confirmatorias de importancia. Generalmente 85% a 90% de los diagnósticos se basan sólo en la historia clínica (...). A menudo, en el servicio de urgencias es imposible diagnosticar el dolor abdominal. Si el dolor es notable, se aconseja hospitalizar al paciente para observarlo y realizar procedimientos diagnósticos posteriores. (...) El dolor que se inicia de manera gradual y que empeora lentamente, es característico de infección o inflamación peritoneal. Con frecuencia, la apendicitis y diverticulitis se presentan de este modo». (MARY T. HO., CHARLES SAUNDERS. Diagnóstico y tratamiento de urgencias. México: 1991. P. 112 y s.s.)

*En la auscultación física, «el abdomen con ausencia total de peristaltismo audible, por lo general significa peritonitis difusa; sin embargo, el peristaltismo puede persistir en caso de peritonitis. (...) En gran parte de las alteraciones inflamatorias que provienen del abdomen, la tos provoca dolor en la zona afectada. Se indica al paciente que con un dedo señale el área dolorosa, lo que facilita la localización objetiva de la lesión. (...) En el examen físico hay varias maniobras que ayudan a localizar una lesión abdominal aguda: **A. Signo de iliopsoas:** El paciente flexiona el muslo contra la resistencia que opone la mano del médico. Una respuesta dolorosa indica que hay un proceso inflamatorio que afecta el psoas. **B. Signo del obturador:** Se flexiona el muslo del paciente en ángulo recto y se le rota con suavidad, primero en dirección interna y luego externa. Si hay dolor se trata de una lesión inflamatoria que afecta al músculo obturador interno (apendicitis pélvica, diverticulitis, enfermedad inflamatoria pélvica)». (Ibid)*

Con relación a los exámenes de laboratorio, «en todos los casos se solicita biometría hemática con diferencial, medición de amilasa y análisis de orina. Si hay vómito, diarrea, hipotensión o choque, o si hay posibilidades de cirugía, se solicitarán cuantificaciones de electrolitos y pruebas de función rectal. (...) El análisis de orina (con examen microscópico del sedimento) es muy importante para descartar infección del aparato urinario, urolitiasis y diabetes. (...) El examen radiológico puede proporcionar importantes pruebas para el diagnóstico de enfermedad abdominal aguda. Es indispensable la cooperación entre el radiólogo y el médico.» (Ibid)

Para el trastorno de apendicitis, específicamente, está indicado que «el síntoma inicial es dolor abdominal periumbilical o epigástrico mal localizado, poco frecuente en cuadrante inferior derecho sobre el punto de McBurney. Después, el dolor se desplaza a la región periumbilical para finalizar en el cuadrante inferior derecho. Por lo general, hay anorexia, náusea y vómito. En el examen físico se observa hipersensibilidad abdominal y rigidez muscular. La fiebre es ligera y la

cifra de leucocitos está un poco elevada. Puede haber variaciones en el cuadro clínico común sobre todo en la apendicitis retrocecal, en donde el dolor permanece mal localizado. La ultrasonografía del apéndice puede ser útil si el diagnóstico es incierto» (Ibid, p. 124)

Las mismas conclusiones aparecen en otro estudio, en el que se indica que *«el dolor abdominal es el signo más común entre los pacientes afectados de enfermedades quirúrgicas agudas del abdomen. En primer lugar incumbe al cirujano decidir cuál es el diagnóstico más probable; en segundo lugar, comprobar que el diagnóstico es correcto y, finalmente, iniciar el tratamiento adecuado a ese diagnóstico. (ROBERT CONDON; LLOYD NYHUS, Manual de terapéutica quirúrgica. 2ª ed. Bogotá: Salvat Editores, 1985. P. 105)*

Según los citados autores, es de especial importancia analizar la localización del dolor, su radiación, su condición, su duración, su intensidad, la naturaleza de su inicio; si hay vómito aislado, entre otros aspectos diagnósticos. El examen físico es de suma relevancia, recalcando que *“el diagnosticador físico astuto se hace, no nace”*, por lo que *«una atención meticulosa de los pequeños detalles a menudo determina la diferencia entre el éxito y el fracaso diagnóstico»*. Los exámenes físicos se deben completar con un examen rectovaginal, pruebas de laboratorio, estudios radiológicos habituales, estudios radiológicos especiales e, incluso, exploración radionuclear. (Ibid. P. 116-117)

Según REY-JOLY, TOR y URRUTIA, en la anamnesis general de las enfermedades del abdomen se recogerá la historia familiar de enfermedades o síndromes digestivos específicos, así como los antecedentes personales de alteraciones gastrointestinales; el hábito medicamentoso; hábitos tóxicos; antecedentes infecciosos del tracto urinario; cirugías previas. Para la exploración profunda del abdomen, se deben buscar los puntos dolorosos. *«Se pondrá especial atención en reconocer la posible defensa o contracción muscular, que traduce en irritación o inflamación peritoneal localizada o generalizada. Cuando se localiza una zona dolorosa, se ejerce con los dedos una compresión suave y profunda sobre la zona alejada de la misma; si al retirar de golpe la presión el paciente siente dolor en la zona localizada previamente, es indicativo de irritación peritoneal (**signo de rebote o de Blumberg**). El dolor de rebote sobre el punto de McBurney sugiere apendicitis y sobre el punto de Murphy colecistitis. Cuando se sospecha que existen signos de irritación peritoneal, se debe completar la evaluación de la misma por medio de las maniobras de los músculos obturador y psoas-iliaco»*. (El examen clínico. Madrid: 1996. p. 133)

De acuerdo al Manual de Medicina de Urgencia de ELIASTAM, STERNBACH y BRESLER, *«en casos de diagnóstico dudoso en enfermos que presentan dolor abdominal y sensibilidad localizada en la fosa iliaca derecha, hay que establecer una observación y considerar la conveniencia de una laparotomía»*. (Mc Graw-Hill, 1992. p. 169)

Según la Asociación Colombiana de Medicina Interna, *«cuando un médico se enfrenta a un paciente con dolor abdominal, debe resolver si el paciente se hospitaliza, cuáles exámenes requiere, si debe observarse y por cuánto tiempo o si debe ser operado»*. Para la fase de diagnóstico, *«el acercamiento al problema comienza con una historia clínica ágil, pero completa. Es muy importante interrogar al paciente sobre las características del dolor; localización, irradiación, patrón, inicio y duración, factores exacerbantes y aliviantes, y síntomas asociados. Una vez se completan estos datos de la historia, se procede al examen físico. Como en todo paciente, es necesario hacer un examen físico completo, pero nos detendremos en el examen abdominal»*. (Manual de urgencias en medicina interna. Bogotá: 1994, p.174 y s.s.)

HIPÓLITO WAISMAN explica que *«en el abdomen agudo, a la exactitud diagnóstica hay que anteponer la conducta a seguir con el paciente; postergar la curiosidad etiológica por el criterio táctico. (...) La experiencia humillante ha enseñado a los cirujanos, que en los abdómenes agudos la diferencia entre la mejor y la peor cirugía es infinitamente menor que la que existe entre la cirugía precoz y la tardía, y que el mayor sacrificio es el del tiempo»*. (Emergencia médicas y quirúrgicas. 2ª ed. Buenos Aires: Edimed, 1987. P. 257)

En criterio del citado autor, *«a pesar de los progresos importantes ocurridos en el campo del laboratorio, la radiología, la angiografía, la gammagrafía, la ecografía, la tomografía axial computarizada, el juicio clínicoquirúrgico es todavía la mejor herramienta para un diagnóstico en etapa útil de las enfermedades que originan dolor abdominal. (...) La secuencia descriptiva tratará de aproximarse al proceso mental que realiza el profesional cuando es consultado por dolor abdominal agudo: 1) Recabar una historia clínica prolija y detallada, tanto por intermedio del enfermo, o de sus familiares o allegados si éste no pudiera por su estado proporcionar la información buscada; 2) Examen físico completo; 3) Formular hipótesis diagnósticas sobre la base de la asociación de síntomas y signos (síndromes); 4) Tratar de objetivar por medio del laboratorio la radiología, ecografías, tomografía axial computada, de acuerdo con la posibilidad del medio asistencial en el que se actúa, la patología que supuestamente presenta el enfermo; 5) Proceso de síntesis: evaluar los síntomas y tomar la decisión terapéutica»*. (Emergencia médicas y quirúrgicas. Buenos Aires: 1987. P. 258)

«La habilidad para recoger una historia clínica –continúa el citado autor– es una cualidad del médico. Es de suma importancia determinar las características del dolor en cuanto a su localización, comienzo, duración, intensidad y su relación con los vómitos; al tomar todos estos datos es conveniente que el enfermo hable sin interferencias y sin que el interrogatorio sea dirigido». (Ibid p. 264 - 266)

Según JULIO NIETO SILVA, *«para poder establecer un diagnóstico precoz acertado [de dolor abdominal], partimos de una historia clínica detallada sobre las características del dolor y un examen físico completo».* (Urgencias médico quirúrgicas. Bogotá: 2002)

El examen físico debe tener una secuencia de inspección, palpación, percusión y auscultación. Será metódico y meticuloso, el cual debe incluir el examen rectal y pélvico.

Además del examen físico, se deben practicar ayudas diagnósticas, de laboratorio, estudios radiológicos, y tomografía axial computarizada. Esta última *«ha demostrado ser una herramienta de gran ayuda en el diagnóstico del dolor abdominal, pues tiene una alta sensibilidad, hasta del 94%. El requerir tiempo para su preparación y su costo es el limitante de nuestras instituciones de salud, pero es de una amplia aplicación diagnóstica en la actualidad en enfermedad diverticular complicada, pancreatitis, isquemia mesentérica, obstrucción intestinal, perforaciones del intestino y apendicitis aguda».*

Este autor advierte que **no debe iniciarse tratamiento con analgésicos** *«sino hasta cuando tengamos un diagnóstico y una terapéutica ya definida. Recordemos que el dolor es el principal signo de las patologías abdominales. (...) Finalmente, en aquellos casos que no muestran signos ni síntomas en el análisis patológico y en los que no puede establecerse su etiología en el episodio de urgencia, debe seguirse la evolución en consulta para determinar posteriormente la causa.* (Urgencias médico quirúrgicas. Bogotá: 2002)

En las Guías para el manejo de urgencias del Ministerio de Salud, vigentes para la época en que sucedieron los hechos que dieron origen a este proceso, en los casos de dolor abdominal agudo el examen físico *«debe ser tan metódico y tan meticuloso como la toma de la historia clínica. El examen rectal y el examen pélvico se consideran componentes esenciales del examen físico. Sin embargo, el examen rectal siendo un examen molesto para el paciente, a la luz de los nuevos conocimientos y con la disponibilidad de modernos métodos*

diagnósticos, existe la tendencia a eliminarlo en la mayoría de los casos.» (Ministerio de Salud. Guías para el manejo de urgencias, 1996)

El examen físico se ha de completar con exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas, radiografía del tórax, radiografía de abdomen y laparoscopia. En los casos de apendicitis aguda, el dolor se inicia en el epigastrio o región periumbilical y después se localiza en la fosa ilíaca derecha. *«Casi siempre hay anorexia, a tal punto que si el paciente tiene apetito, el diagnóstico de apendicitis debe ser puesto en duda». (...) «Cuando se sospecha apendicitis, antes de iniciar la palpación del abdomen se pide al paciente que tosa e indique con un dedo el punto más doloroso. Si el punto más doloroso está en la fosa ilíaca derecha, entonces se debe buscar el signo de **Rovsing** que consiste en la aparición de dolor en FID al comprimir la fosa ilíaca izquierda. Este signo indica por sí solo la presencia de un proceso inflamatorio en la fosa ilíaca derecha, aunque no es específico de apendicitis. (...) En presencia de peritonitis localizada o generalizada, es posible encontrar dolor de rebote, es decir, a la descompresión brusca. Este es el signo de **Blumberg**, que es de significación definitiva cuando se encuentra presente. Sin embargo, debe ser muy bien evaluado dada la facilidad con que se interpreta en forma equivocada.»* (Ministerio de Salud. Guías para el manejo de urgencias, 1996)

La guía del Ministerio de Salud de 1996 no difiere sustancialmente de la 2002, ni de la que rige en la actualidad, por lo que se concluye que el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad que sufría la paciente no ha tenido una variación significativa en las últimas décadas, es decir que los estándares médico científicos no han cambiado lo suficiente para comportar un conocimiento novedoso que escapaba a la formación académica y profesional que debieron tener los médicos que atendieron a la paciente.

Según la Guía para el manejo de urgencias de 2002 del Ministerio de la Protección Social, *«el diagnóstico de la apendicitis aguda es esencialmente clínico. Al comienzo de la enfermedad, el paciente refiere dolor abdominal difuso, de tipo cólico y ubicación periumbilical, que posteriormente se localiza en el cuadrante inferior derecho, acompañado de náusea, vómito y fiebre. Cuando hay vómito, se presenta luego del dolor y se reduce a uno o dos episodios. El examen físico se caracteriza por dolor a la palpación en el cuadrante inferior derecho, clásicamente en el sitio descrito por Charles McBurney, que se conoce como “punto de McBurney”. (...) Los signos de irritación peritoneal, como el de Jacob Moritz Blumberg, en el que la descompresión*

brusca de la región cecal es más dolorosa que la compresión misma, el espasmo muscular y los de deshidratación, como la mucosa oral seca y taquicardia, se presentan en los casos más avanzados. El tacto rectal dirigido hacia la fosa ilíaca derecha produce dolor, pero hoy es un examen que no se practica sino en casos seleccionados. La presentación atípica ocurre cuando hay perforación con algún grado de peritonitis. El cuadro puede incluir fiebre, escalofríos y dolor abdominal difuso; el examen físico muestra defensa (espasmo) muscular, signos de peritonitis difusa, íleo, distensión abdominal y, ocasionalmente en el caso de plastrón o absceso, una masa palpable». (Ministerio de la Protección Social. ROOSVELT FAJARDO. Apendicitis aguda en adultos.)

La literatura médica al respecto, como ha quedado en evidencia, es clara, copiosa y uniforme, estando al alcance de cualquier persona de mediana capacidad intelectual que se proponga consultarla y, con mayor razón, de los profesionales de la medicina.

En los aludidos protocolos se indica que no se debe recetar nada vía oral y nunca prescribir analgésicos hasta tener un diagnóstico comprobado o definitivo de manejo, pues éstos, al calmar el dolor, enmascaran los síntomas de la enfermedad. (Protocolos de urgencias, Abdomen Agudo. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo de Antioquia, Medellín, 1992. p. 75, 76)

En otro estudio se señala: *«En el curso de la investigación de un paciente afecto de dolor abdominal, es de extrema importancia no administrar analgésicos o sedantes hasta completar el diagnóstico o en los casos en que hay una obvia indicación para una intervención quirúrgica»*. (ROBERT CONDON; LLOYD NYHUS, Manual de terapéutica quirúrgica. 2ª ed. Bogotá: 1985. P. 105)

Contrario a lo que explican estos protocolos, a la paciente se le recetó un analgésico (Tramal), lo que demuestra el desconocimiento de la médica sobre las prescripciones que no podía hacer según los estándares de su profesión.

La paciente fue dada de alta (aunque no se sabe a qué hora pues ese dato no se indicó en la historia clínica), a pesar que los protocolos señalan que debía permanecer en observación, incluso en hospitalización: *«Debe haber disponibilidad del médico tratante para evaluaciones constantes y periódicas, pues no se puede manejar con rondas cada 24 horas a un paciente con abdomen agudo.»*

(Protocolos de urgencias, Abdomen Agudo. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo de Antioquia, Medellín, 1992. p. 75, 76)

Está documentado que un dolor intenso *«que persiste más de 6 horas, es causado en general por una enfermedad quirúrgica»*. De ahí la importancia de no descartar en el diagnóstico la posibilidad de una patología que amerite operación. *«Antes de transcurridas 12 horas de comienzo de la enfermedad, no se puede descartar que el síntoma dolor sea parte integrante de una apendicitis aguda. Si la evolución muestra un empeoramiento, debe realizarse una laparotomía»*. (HIPÓLITO WAISMAN. Emergencias médicas y quirúrgicas. Abdomen agudo quirúrgico. 2ª ed. 1987. p. 265)

«...una regla que ayudará considerablemente en los casos atípicos es nunca poner en segundo lugar a la apendicitis en el diagnóstico diferencial del dolor abdominal agudo en una persona previamente sana». (LAWRENCE WAY. Diagnósticos y tratamientos quirúrgicos. 7ª ed. Bogotá, 1994. p. 531 y s.s.)

Si se comparan estos estándares con la atención que recibió la señora Luz Deisy Román Marín el 29 de mayo de 2002, no cabe ninguna duda de que tal atención fue extremadamente negligente, inadecuada y contraria a los respectivos protocolos y guías médicas establecidas para el manejo de la dolencia que padecía.

En efecto, el dolor abdominal difuso e intenso que sufría la paciente era típico de apendicitis, según está consignado en la historia clínica, las declaraciones de la testigo que la acompañó a urgencias y las de la médico tratante.

Es cierto que este dolor no era un síntoma inequívoco de la patología que la aquejaba, pues podía confundirse con otras enfermedades. Sin embargo, ello no es razón para considerar que no había manera de que la médica pudiera conocer las causas del malestar de la paciente, pues para ello están suficientemente documentados los procedimientos que han de realizarse en casos dudosos con el fin de hacer un diagnóstico diferencial.

Contrario a lo que prescriben los estándares citados, la investigación sobre los antecedentes familiares y personales de la paciente fue prácticamente nula. No se realizó un examen físico general metódico, completo y prolijo, sino que la médica se limitó a observar unos cuantos signos como el inicio de la menstruación, la ausencia de diarrea y de fiebre. No le llamó la atención que la

paciente manifestó dolor a la palpación del hipogastrio. No le pidió a la paciente que tosiera o se moviera a fin de rastrear el área de origen del dolor. No se auscultó en el punto de McBurney, lo cual era fundamental según la literatura especializada para verificar la hipersensibilidad al rebote. No está consignado que se acostó a la paciente en posición decúbito supino para buscar signos de dolor indicativos de inflamación peritoneal, como prescriben los protocolos antes citados. No realizó una exploración pélvica adecuada a fin de diferenciar su enfermedad con las enfermedades inflamatorias pélvicas. No preguntó si tenía apetito o anorexia, lo que habría sido un signo bastante útil. No le preguntó si se sentía estreñida. No se prescribieron pruebas de laboratorio; radiológicas o, incluso, radionucleares que hubieran podido proporcionar evidencias confirmatorias de importancia.

Los estándares profesionales citados líneas arriba indican que cuando el dolor es notable se debe hospitalizar al paciente para observarlo y realizar procedimientos diagnósticos posteriores. En ello coincidió el perito Jimmy León Rodríguez:

«Se debe tener suficiente grado de certeza que la observación ha sido suficiente para ver mejoría del dolor, no hay signos de respuesta inflamatoria sistémica, o si los hay se tenga conocimiento de su posible causa, no hayan signos de irritación peritoneal y el paciente tolere la vía oral; de lo contrario lo recomendable es hospitalizar al paciente para observar su evolución y solicitarle ayudas diagnósticas de acuerdo a los posibles diagnósticos». [f. 33, c. 9]

A pesar de lo anterior, se envió a la paciente para la casa sin saber la causa de su padecimiento, aventurándose la facultativa a especular sobre una posible dismenorrea que, por lo demás, no era una enfermedad que pudiera considerarse como una de las causas más probables que mostraba la sintomatología de la paciente, ya que en su historia clínica no estaba registrado ningún antecedente de alteraciones en sus ciclos menstruales.

De acuerdo al Manual de Medicina de Urgencia de ELIASTAM, STERNBACH y BRESLER, *«en casos de diagnóstico dudoso en enfermos que presentan dolor abdominal y sensibilidad localizada en la fosa ilíaca derecha, hay que establecer una observación y considerar la conveniencia de una laparotomía»*. (Mc Graw-Hill, Bogotá: 1992. p. 169)

Según la literatura descrita, cuando se duda del diagnóstico y el paciente no está muy grave, debe quedar en período de observación cuando padece dolor intenso, hipersensibilidad abdominal y signos peritoneales. En cambio, lo que refleja la historia clínica es que se le dio de alta sin tener ninguna claridad sobre la enfermedad que la aquejaba, pues simplemente se indicó que tenía “dolor pélvico” asociado a la menstruación, sin hacer nada por confirmar o refutar ese juicio diagnóstico.

A la paciente se le diagnosticó dismenorrea sin preguntarle por sus antecedentes de alteraciones menstruales o antecedentes infecciosos del tracto urinario, pero no se objetivó este diagnóstico con exámenes de laboratorio de radiología, ecografías, tomografía axial computada, de acuerdo con la posibilidad del medio asistencial y la patología que supuestamente presentaba la enferma.

Es explicable que los síntomas de la paciente se confundieran con los de otras enfermedades del abdomen agudo; pero no es en modo alguno justificable el diagnóstico de “dismenorrea”, pues la médica no hizo ningún esfuerzo para elaborar el diagnóstico diferencial al que había lugar, ni para establecer con mayor grado de certeza que se trataba de un simple dolor asociado a la menstruación.

El dolor agudo de dismenorrea es bien distinto, pues «se caracteriza por iniciación repentina, incremento agudo y evolución corta. El término dolor cíclico se refiere al dolor que acompaña al ciclo menstrual». Para establecer el diagnóstico diferencial es de utilidad saber que «el dolor de iniciación rápida es más compatible con perforación de una víscera hueca o con isquemia. (...) El dolor que se percibe por todo el abdomen sugiere una reacción generalizada a un líquido irritante dentro de la cavidad peritoneal». (...) En las pacientes sin patología manifiesta o con un trastorno patológico que tiene una función equívoca en la producción del dolor, suele ser preferible el tratamiento multidisciplinario. Este criterio incorpora las capacidades del ginecólogo, psicólogo, y, de manera ideal, anestesiólogo». (ANDREA RAPKIN. Ginecología, Novak. México: Mc Graw-Hill. 1997. P. 399)

Según la médica tratante, ante la sospecha de dolor asociado con su período menstrual, recetó un analgésico (Tramadol 50 mg), contrario a lo que indican los protocolos

médicos para estos casos [folio 7, cuaderno 7). Posteriormente le dio de alta del servicio, con instrucciones de signos de alarma. Sin embargo, no indicó en qué consistían esos signos de alarma.

La médica sospechó de una patología de origen ginecológico, pero no hizo nada por confirmar este diagnóstico. Según la profesional, el diagnóstico de dismenorrea que le hizo a la paciente *«es una patología que ayudados en el examen clínico podía ser tratada de manera ambulatoria para formular antibióticos y no requería de tratamiento hospitalario o de valoración por ginecólogo»*. [Fl. 33, c. 7]

Sin embargo, más adelante se contradijo cuando afirmó que *«una valoración por ginecólogo hubiera confirmado aún más los diagnósticos que hicimos en esas atenciones»*. [Folio 33, cuaderno 7]

La inadecuada atención se deduce también de la declaración de la doctora Luz Helena Calderón Adrada, quien aseguró que *«es mejor tener una cirugía en blanco, a que una apendicitis se complique»*. Esta testigo también indicó que la paciente requería exámenes tipo ecografía o TAC para realizar un diagnóstico claramente. [Folio 36, cuaderno 7]

Respecto de la dolencia específica que aquejaba a la paciente, la aludida profesional manifestó: *«ese cuadro clínico es relativamente frecuente y pienso que un médico general puede hacer un diagnóstico adecuado, el apoyo de especialista por sus estudios y su experiencia es muy importante para definir la conducta. Los especialistas indicados serían el cirujano y el ginecólogo»*. [Fl. 36, c. 7]

El médico Omar de Jesús Castaño Quintero señaló que para establecer el diagnóstico diferencial *«es fundamental descartar apendicitis, se cae de peso y hoy el examen diagnóstico para una apendicitis es un TAC de abdomen contrastado después de tener los exámenes clínicos básicos»* [Fl. 44, c. 7]. Este profesional indicó que para el año 2002 el examen diagnóstico recomendado eran los exámenes paraclínicos negativos para otras patologías, a fin de establecer la apendicitis [Fl. 44, c. 7]. También agregó que para esa fecha *«una radiografía simple de abdomen podía ayudar a definir el cuadro de apendicitis»* [Fl. 44, c. 7]. De igual manera afirmó que para esa fecha existía en el medio la tomografía y que la clínica Las Vegas contaba con tomógrafo. [Folio 44, cuaderno 7]

El examen físico fue incompleto y no se consignó en la historia clínica la totalidad de signos y síntomas que presentaba

la paciente y que habrían podido indicar la patología que sufría o, al menos, advertir a los médicos que la examinaron en tres ocasiones posteriores sobre la verdadera causa de la enfermedad. La médica tratante no hizo nada por hallar el origen de la lesión abdominal aguda: no buscó el signo de iliopsoas (flexionando el muslo contra la resistencia que opone la mano del médico); ni el signo obturador (flexión del muslo del paciente en ángulo recto con rotación suave, primero en dirección interna y luego externa).

Si bien la literatura refiere que el examen rectovaginal ha sido reemplazado por pruebas menos molestas, a la paciente no se le hicieron estas pruebas más modernas como la laparotomía, los exámenes radiológicos ni la tomografía axial computada, pero tampoco la tradicional palpación rectovaginal.

En la declaración de Marlyn Julieth Pulgarín Román, hija de la señora Luz Deisy, quien la acompañó el 29 de mayo al servicio de urgencias de la Clínica Las Vegas, afirmó que su madre presentaba cólicos, *«le dolía mucho la cintura y el vientre se le empezó a hinchar, y el pie derecho era como acalambrado»*. Señaló que a la una de la mañana le dieron de alta y le dijeron que eran cólicos de menstruación. [Folio 22, cuaderno 8]

A partir de la valoración de los protocolos y guías médicas, las declaraciones, la historia clínica y las respuestas del perito, se concluye que la atención brindada a la señora Luz Deisy Román el 29 de mayo de 2002 fue extremadamente negligente, pues la médica que la atendió no le mandó los exámenes físicos, de laboratorio, radiológicos ni de tomografía que en esa época estaban prescritos para la identificación de la causa de la dolencia que la aquejaba.

Tampoco se hizo el diagnóstico diferencial adecuado, ni se realizaron los exámenes pertinentes para confirmar que lo que padecía era una dismenorrea; no se le prescribió según este diagnóstico; no se la tuvo en observación el tiempo suficiente. No se hizo todo lo que estaba al alcance de los médicos según los conocimientos admitidos para esa época, lo que demuestra no un simple error de diagnóstico, sino un error producto de la negligencia, el descuido y la impericia de la médica tratante, quien frente a la grave dolencia de su paciente se limitó a recetarle Ibuprofeno tres veces al día en contravía de lo que indican los estándares de la medicina. [Folio 32, c. 7]

- La atención del 30 de mayo de 2002:

En los hechos de la demanda se relató que la paciente regresó el 30 de mayo de 2002 al mencionado centro hospitalario debido a la persistencia y aumento del dolor abdominal que la aquejaba.

En ello coincidió el testimonio de María Orfilia Torres de Urrego, vecina de Luz Deisy Román, quien manifestó que la acompañó tres veces al servicio de urgencias de la Clínica Las Vegas y que les decían “*que era un cólico de mes, que eso no era nada*”. La última vez que la llevaron fue cuando le diagnosticaron la apendicitis y le practicaron la cirugía [folio 21, c. 3]. Es decir que si este último diagnóstico se realizó el 2 de junio, la declaración concuerda con que la paciente acudió a la Clínica los días 29 y 30 de mayo, y el 1 de junio de 2002.

Esta afirmación fue corroborada por Beatriz Elena Cardona Ruiz, amiga de la difunta, quien indicó que el viernes [31 de mayo] visitó a Luz Deisy en su hogar, y que ésta le contó que ya había ido dos veces a la misma clínica, que ese mismo día le habían diagnosticado una infección urinaria y que debía retirarse el dispositivo intrauterino. También le comentó que al día siguiente debía regresar por el resultado de los exámenes clínicos [f.29, c.3].

La declaración de Marlyn Julieth Pulgarin Román, hija de la señora Luz Deisy, concuerda con las anteriores. Ésta aseveró que acompañó a su madre al servicio de urgencias de la Clínica Las Vegas el 30 de junio de 2002, como a las 4 de la tarde, debido a la persistencia de los mismos síntomas que la aquejaban desde hacía 2 días. Refirió que las atendió la misma doctora del día anterior y que la enfermera les increpó: “*!Otra vez ustedes por acá!*”. Relató que en esa ocasión “*le pusieron suero y le hicieron unos exámenes de sangre y orina*”. El diagnóstico que ese día hizo la médica tratante fue de “*cálculos en la vesícula*”. “*Le dieron de alta como a las 9 de la noche*”, pero siguió con los mismos síntomas (“*molestias, dolor, encalambrado el pie derecho, dolor en la cintura y en el estómago, vomitando, cólicos*”) [f. 22, c. 8].

La médica tratante negó que la señora Luz Deisy Román fue atendida el 30 de junio, y afirmó que únicamente acudió el 29 de mayo. Sin embargo, tal aseveración no concuerda con los testimonios anteriores, que señalaron enfáticamente que la

paciente si recibió atención en la Clínica Las Vegas el 30 de mayo de 2002, y que en esta ocasión se le diagnosticó una infección por el dispositivo intrauterino que tenía.

El testimonio de la doctora Piedad Nicolasa Montoya Del Valle –quien atendió a la paciente el 1 de junio de 2002– confirmó que ésta ya había sido atendida anteriormente en varias ocasiones en esa misma clínica. Específicamente afirmó que esa era la tercera vez que consultaba por urgencias, sin mejoría [folio 24 reverso, c. 7]. En consecuencia, como el 1 de junio era la tercera vez que la paciente acudía a la Clínica, se concluye que sí fue el 29 y el 30 de mayo, coincidiendo esta inferencia con las declaraciones antes analizadas.

Finalmente, en la transcripción de la historia clínica del 1 de junio de 2002 aparece consignado que “*es la tercera vez que consulta sin mejoría*” [f.400, c.8]. Es decir que, necesariamente, la paciente tuvo que haber sido atendida no sólo el 29 de mayo sino también el 30 de ese mes, pues de lo contrario no hubiera sido la tercera sino la segunda consulta.

Por consiguiente, la ausencia en el proceso de la historia clínica del 30 de mayo de 2002 demuestra la deslealtad procesal de las demandadas al ocultar un documento que resultaba vital para los efectos de establecer si la atención brindada a la paciente fue o no adecuada de conformidad con las posibilidades técnicas y científicas que estaban disponibles para la fecha en que ocurrieron los hechos, lo que se valorará como un indicio en su contra, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil.

- La atención del 1 de junio de 2002:

El sábado 1 de junio de 2002, por tercera vez, la señora Luz Deisy acudió a la Clínica Las Vegas acompañada de su madre y de la vecina Orfilia Torres [f. 22, c. 8], en vista de la persistencia del dolor abdominal, que cada vez se hacía más intenso. Allí fue atendida por la doctora Piedad Nicolasa Montoya.

Con clara violación de las normas sobre el diligenciamiento de la historia clínica (Art. 5 Res. 1995 de 1999 de Minsalud), la médica tratante realizó anotaciones prácticamente ilegibles, plagadas de abreviaturas o siglas; no indicó la hora de llegada de

la paciente ni la hora en que fue atendida; tampoco señaló el servicio por el que ingresó (urgencias, consulta externa); no describió la condición en la que llegó (caminando por sus propios medios, con ayuda, en silla de ruedas, en camilla, en ambulancia, etc.); no escribió en compañía de quién llegó; no dejó evidencia del examen físico cefalocaudal (estado de orientación, consciencia) realizado por la enfermera. [Folio 2, c. 11]

Según el concepto de los expertos en medicina, el simple hecho de que el paciente reingrese al hospital por los mismos síntomas debe ser un signo de alarma para dejarlo en observación minuciosa y diligente.

En ello coincidió el perito Jimmy León Rodríguez: *«Frente al paciente que reconsulta por dolor abdominal sin mejoría se debe realizar nuevamente todo el proceso diagnóstico para no pasar diagnósticos por alto y considerar la reconsulta como una falla terapéutica y una alerta para evaluar al paciente intrahospitalariamente y con ayudas diagnósticas»*. [Folio 33, cuaderno 9]

En contravía de los estándares científicos, el reingreso de la paciente no generó a la mencionada médica la menor inquietud, lo que se evidencia en la pobre anamnesis que realizó, en la que sólo anotó que la paciente padecía un dolor de tres días de evolución y que esa era la tercera vez que consultaba, pero nada dijo sobre los diagnósticos y tratamientos anteriores, ni profundizó sobre las características del dolor y su posible relación con los vómitos y otros síntomas que mostraba la enferma; no describió su estado de hidratación ni dijo nada acerca de su estado de anorexia. [Folio 2, c. 11]

En las escasas anotaciones elaboradas por la médica, se evidencian signos y síntomas de alarma lo suficientemente graves como para que un médico conocedor de su profesión hubiera hecho el diagnóstico de apendicitis, como es el abdomen con marcada defensa y la respuesta dolorosa a la percusión con puño sobre la fosa ilíaca izquierda. Sin embargo, tales indicadores no generaron ninguna sospecha a la profesional.

«El cuadrante inferior izquierdo se compromete con menor frecuencia; sin embargo, es importante recordar la famosa descripción de “apendicitis izquierda”, un cuadro localizado y altamente sospechoso de enfermedad diverticular complicada. Con este diagnóstico, la imagen de mayor ayuda es la tomografía axial que permite un diagnóstico

preciso y la evaluación de las principales opciones diferenciales: absceso del psoas, absceso perinefrítico u otros abscesos retroperitoneales». (SAÚL RUGELES. Manual de urgencias en medicina interna. Asociación colombiana de medicina interna. Bogotá: 1994)

La paciente presentaba dolor abdominal de tres días; mucosas secas; lengua saburral; taquicardia; abdomen con marcada defensa voluntaria; no toleraba la palpación profunda en el abdomen; respondía a la percusión con puño en la fosa renal izquierda con mucho dolor; y se encontraba muy álgida. [Folio 401, cuaderno 8]

Estos datos semiológicos son típicos de apendicitis en estado avanzado, como lo muestra la literatura especializada que existía en la época en que ocurrieron los hechos:

«Los signos de irritación peritoneal, como el de Jacob Moritz Blumberg, en el que la descompresión brusca de la región cecal es más dolorosa que la compresión misma, el espasmo muscular y los de deshidratación, como la mucosa oral seca y taquicardia, se presentan en los casos más avanzados.» (Ministerio de la Protección Social. Guía para manejo de urgencias. t. II. 1996. p 37)

«Un síntoma siempre presente es el dolor, ya sea espontáneo y/o provocado por la palpación. Puede estar acompañado de vómitos, diarrea, constipación. Los signos que con más frecuencia se presentan son: fiebre, defensa y/o contractura muscular, meteorismo, ictericia, taquicardia, taquipnea y oliguria. (...) Como síntesis, el diagnóstico temprano de la apendicitis aguda los síntomas son más importantes que los signos físicos: la iniciación del dolor periumbilical, epigástrico y su posterior irradiación hacia la fosa ilíaca derecha tienen valor absoluto». (HIPÓLITO WAISMAN. Emergencias médicas y quirúrgicas. 2ª ed. 1987)

A pesar de que la paciente manifestaba la mayoría de los signos y síntomas de una apendicitis en estado avanzado, la doctora Piedad Nicolasa Montoya diagnosticó tres posibles causas de la enfermedad: *«dolor abdominal, enfermedad diarreica aguda, o enfermedad pélvica inflamatoria»*. [Folio 401, cuaderno 8]

La atención brindada a la paciente el día 29 de mayo de 2002 por la doctora Gloria Patricia Muñoz Saldarriaga fue deficiente, negligente, imperita y contraria a los estándares profesionales, como se demostró en páginas anteriores. Pero la que ofreció la doctora Piedad Nicolasa Montoya se sale de todo lo humanamente comprensible.

Es absolutamente injustificable que a pesar de llevar la paciente 4 días con dolores abdominales intensos y de mostrar claros signos y síntomas de apendicitis avanzada, reconocibles aún para una persona leiga, la médica tratante elaborara una impresión diagnóstica de enfermedad diarreica o enfermedad pélvica aguda, sin tener las evidencias objetivas suficientes para arribar a esas conclusiones. La equivocación del diagnóstico -de suyo deplorable por la impericia de la facultativa-, se agravó con su negligencia al no tomar oportunamente las precauciones y medidas necesarias para corroborar su diagnóstico y descartar la presencia de una enfermedad más grave.

Es cierto que nadie está exento de errores, y que el simple error *per se* no es constitutivo de culpa. Pero también lo es que la pericia o impericia de un médico sólo se determina a la luz de los aciertos o desaciertos que obtiene en cada caso que atiende, pues solamente los resultados de su labor pueden dar cuenta de la habilidad y destreza en el manejo de su arte. La impericia se agrava, como en el caso de marras, por la negligencia de la médica, quien prefirió dejarse guiar por la curiosidad y la sospecha infundada, en vez de adoptar un criterio táctico guiado por la evidencia científica.

No es en modo alguno admisible que con todas las investigaciones, estudios, protocolos médicos, guías de urgencia, etc., que describen con un alto nivel de exactitud la enfermedad que padecía la paciente a la luz de los signos y síntomas que presentaba; existiendo exámenes de laboratorio, radiológicos y radionucleares al alcance de la médica y de la Clínica en la que fue atendida la señora Luz Deisy, cuya utilización oportuna y adecuada habría permitido arribar a un diagnóstico certero y rápido, la facultativa se limitara a decir que la paciente tenía “*dolor abdominal o diarrea*”, como si de una ignorante en medicina se tratase, y que le prescribiera Plasil y Buscapina [Folio 401, cuaderno 8], cuando en la historia clínica de dos días atrás estaba registrado que la usuaria era intolerante a este último medicamento. [Folio 400, cuaderno 8]

Con relación al síndrome de abdomen agudo, la literatura especializada comenta: «*El síntoma primordial con que se presentan los pacientes a los servicios de urgencia es EL DOLOR. Si el médico consultado llega a tener dudas sobre la posible causa que desencadena el dolor, deberá observar de cerca su evolución, bien sea hospitalizando o mediante un seguimiento muy estrecho en consultas repetidas, con la*

precaución de no manejar los analgésicos en ninguna de sus formas, hasta tanto se haya definido el diagnóstico». (Servicio Seccional de Salud de Antioquia. Protocolos de urgencias. Medellín: 1992)

En un sentido similar: *«Un dolor abdominal de comienzo brusco, evocará en un médico sagaz, entre otras alternativas diagnósticas, la posibilidad de la perforación de una vía hueca. Solicitará una radiografía de tórax de pie, para objetivar la presencia de aire libre en la cavidad abdominal. Un médico negligente, inexperto o poco informado, aconsejará observación, prescribirá medicación sintomática y, consultado nuevamente 24 horas más tarde, se encontrará con la descripción hipocrática de la peritonitis avanzada»*. (HIPÓLITO WAISMAN. Emergencias médicas y quirúrgicas. 2ª ed. 1987. p. 257)

La conducta de la médica Piedad Nicolasa Montoya coincide perfectamente con lo que el experto antes citado describe como un médico negligente, inexperto o poco informado.

Frente al diagnóstico de apendicitis, LAWRENCE WAY anota: *«El retraso por el paciente o el familiar puede ser inevitable; **pero el fracaso por parte del médico para no reconocer y diagnosticar el padecimiento es vergonzoso.**»* (Op. Cit. p. 741)

Luego, los estándares de la medicina sirven de pauta para calificar la conducta de la médica como imperita y negligente, pues no es justificable que eludiera considerar un diagnóstico de apendicitis, al menos para descartar tal posibilidad, aún si los síntomas eran atípicos (aunque no lo fueron), contrario a lo que aconsejan los estándares científicos de esa época y de la actualidad; sobre todo cuando era la tercera vez que la señora Luz Daisy era hospitalizada con los mismos síntomas.

La negligencia de la médica queda en evidencia con la declaración de la doctora Luz Helena Calderón Adrada, quien al ser preguntada por los signos y síntomas de la paciente el 1 de junio de 2002, según el folio 2 de la historia clínica que se le puso de presente en la audiencia, manifestó: *«todos son manifestaciones de un abdomen agudo, puede haber compromiso intestinal o de una víscera. Requeriría exámenes tipo ecografía o tac para realizar el diagnóstico claramente»*. [Folio 36, cuaderno 7]

Con relación a la necesidad de descartar el diagnóstico de apendicitis, según los signos y síntomas que padecía la paciente, el doctor Omar de Jesús Castaño Quintero afirmó: *«es fundamental descartar apendicitis, se cae de peso y hoy el examen diagnóstico para*

una apendicitis es un TAC de abdomen contrastado después de tener los exámenes clínicos básicos». [Folio 44, cuaderno 7]

En un sentido similar, el dictamen pericial rendido por el doctor Jimmy Paul León Rodríguez, cirujano general y profesor ocasional de la Universidad de Antioquia, indicó que el diagnóstico realizado el 1 de junio de 2002 fue erróneo: *«La nota del 1 de junio no refiere la hora de consulta inicial para determinar si la observación fue adecuada y ya se mencionó que realizaron estudios complementarios básicos que se interpretaron erróneamente asumiendo los hallazgos secundarios a una patología infecciosa ginecológica y no intestinal»*. [Folio 24, cuaderno 9]

Tal error, se reitera, no fue de ninguna manera justificable y sí culposos, pues no hay ninguna explicación para que una paciente de 4 días de dolor abdominal intenso, con los síntomas descritos en la historia clínica, de quien la médica que la trató por segunda vez sospechó que padecía una enfermedad ginecológica, no fuera remitida al ginecólogo para confirmar o descartar tal sospecha; ni ante médico especialista alguno.

La doctora Piedad Nicolasa Montoya ordenó los exámenes de laboratorio y radiografías que se requerían para descartar o confirmar otras patologías con similares signos y síntomas. Sin embargo, se aventuró a hacer un diagnóstico sin tener los resultados de tales exámenes, lo que incidió en la cadena de errores que continuarían otros facultativos.

Los errores y omisiones por negligencia de la doctora Piedad Nicolasa Montoya no se limitaron a haberse equivocado en el diagnóstico, sino que su conducta constituyó un quiebre en la continuidad del servicio, en clara violación del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

No existió continuidad ni integralidad en la atención, pues la médica no tuvo la menor preocupación por consultar la historia clínica de los días anteriores para examinar los diagnósticos y tratamientos realizados las dos veces previas en las que la usuaria había acudido a la Clínica Las Vegas con los mismos síntomas. Tanto es así que la doctora Piedad Nicolasa Montoya le recetó Buscapina compuesta, cuando en la historia clínica del 29 de mayo se registró que la paciente era intolerante a ese medicamento [Folio 400, cuaderno 8]

En su declaración ante la Fiscalía, la aludida galena fue enfática en afirmar que no tuvo conocimiento de la atención anterior que la Clínica Las Vegas brindó a la paciente: *«Yo sabía que había consultado pero no sabía quién la había visto, ni conocí la historia y qué se le había hecho. Toda la información la obtuve de la propia paciente que como ya dije antes, por su dolor, por su impotencia para la marcha, incapacidad física, era difícil de interrogar y decía cosas por partecitas. En el interrogatorio y en el examen físico relataba que le habían hecho exámenes, que le habían ordenado tratamiento y que continuaba con dolor»*. [Folio 435, cuaderno 8]

A pesar de la gravedad de los síntomas que padecía la señora Luz Deisy, que no le permitían siquiera hablar por el intenso dolor que sufría, según relató la médica tratante, esta última no consignó nada de eso en la historia clínica; ni se preocupó en lo más mínimo por indagar en ese documento y con los acompañantes de la paciente acerca de los antecedentes de la dolencia que la aquejaba, lo cual era una obligación de la profesional, dadas las dificultades de la enferma para darse a entender.

La falta de continuidad en la atención es *per se* constitutiva de culpa porque dicha omisión fue uno de los factores asociados al evento adverso que terminó en la muerte de la paciente.

Esta ruptura comunicacional se evidencia no sólo respecto a las atenciones previas sino frente a las posteriores. En efecto, la doctora Piedad Nicolasa Montoya afirmó que el único contacto que tuvo con la paciente fue el día 1 de junio de 2002 cuando la atendió por consulta externa y que luego de pasarla a urgencias no volvió a saber más del caso hasta 5 años después cuando la llamaron a declarar en el proceso penal. [Folio 27, cuaderno 7]

La médica tratante estaba convencida de que su intervención en la atención de la paciente era prácticamente intrascendente, y que toda la responsabilidad recayó en el médico de urgencias al que fue remitida. Así se deduce de sus propias palabras: *“yo estaba en el área de consulta externa, la pasé a urgencias para aclarar el diagnóstico y le solicité unos exámenes para poder definir exactamente su manejo, ya el médico que la recibió en urgencias fue el que evaluó los exámenes que yo ordené y él al avaluarlos le definió la conducta a la paciente como puede constar en la historia clínica”* [folio 24 rev., c. t]; *“cuando uno está en consulta externa y capta un paciente que necesita una atención por urgencias solicita los exámenes iniciales*

y el médico de urgencias es el que define la conducta” [24 rev., c. 7]; “yo no tuve después de que ordené los exámenes, no tuve más contacto con la paciente, y por eso no puedo decir cuál fue el resultado de los exámenes porque lo dejé en manos del médico de urgencias y él definió la conducta”. [Folio 25 reverso, cuaderno 7]

Frente a la pregunta por el seguimiento que debió hacerle a la paciente explicó: *“yo le ordeno los exámenes y el médico de urgencias que la recibió era el encargado de definir la conducta de la paciente con los resultados de los exámenes que yo ordené, en el momento que yo paso a urgencias a la paciente la responsabilidad de la misma queda en manos del médico que la recibe”; “la responsabilidad recaía en los médicos especialistas de la clínica no en nosotros del primer nivel, ya no interveníamos en nada”. [Folio 26 reverso, cuaderno 7]*

Las anteriores afirmaciones demuestran que la doctora Piedad Nicolasa Montoya Del Valle estimó que su responsabilidad en la atención de la usuaria se limitaba a haberla recibido y remitido al médico de urgencias, y que su intervención no tendría ningún influjo relevante en la continuidad de la atención.

Contrario a tal suposición, la violación del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 por no brindar una atención integral, continua y de calidad a la paciente, incidió considerablemente en los daños ocasionados a su integridad física, pues el desentendimiento de la médica de la atención anterior y posterior significó una ruptura en la comunicación del equipo de salud que provocó la tardanza del diagnóstico de apendicitis y su consecuente agravación en peritonitis, sepsis y muerte.

Al respecto, los estándares médicos indican: *«La comunicación en el momento del traspaso está relacionada con el proceso de pasar la información específica sobre un paciente de un prestador a otro, de un equipo de prestadores al siguiente, o bien de los mismos prestadores al paciente o sus familias a efectos de asegurar la continuidad y la seguridad de la atención del paciente».* (FABIÁN VITOLO. Problemas de comunicación en el equipo de salud)

Memórese que en los casos de apendicitis, un diagnóstico oportuno marca la diferencia entre la vida y la muerte del paciente. *«La experiencia humillante ha enseñado a los cirujanos, que en los abdomenes agudos la diferencia entre la mejor y la peor cirugía es infinitamente menor que la que existe entre la cirugía precoz y la tardía, y que el mayor sacrificio es el del tiempo».* (HIPÓLITO WAISMAN Emergencia médicas y quirúrgicas. 2ª ed. Buenos Aires: 1987. p. 257)

En el mismo sentido anota ROOSVELT FAJARDO: *«El cirujano siempre se propone realizar el mínimo de ‘apendicectomías en blanco’ (la operación que encuentra un apéndice sano), pero, al mismo tiempo, operar oportunamente para evitar la perforación con la consecuente peritonitis. Este objetivo presume que la perforación tiene relación directa con el tiempo que transcurre entre el inicio de los síntomas y el tratamiento quirúrgico. La tasa de perforación apendicular está directamente relacionada con la demora en el diagnóstico; tal demora puede evitarse mediante la educación de la población general sobre acudir prontamente al médico cuando aparece un dolor abdominal, y del médico de atención primaria o de urgencias en el sentido de siempre consultar con el cirujano en presencia de un paciente con dolor abdominal»*. (Ministerio de Salud. Guía de atención en apendicitis, p. 212)

A la misma conclusión llegó el médico Juan Felipe Martínez González, quien en su declaración explicó la importancia de diagnosticar oportunamente la apendicitis para evitar la perforación intestinal, que es la complicación más grave.[F.30, c.7]

En el mismo sentido, la doctora Luz Helena Calderón Adrada, enfatizó que *«es muy importante un diagnóstico temprano para evitar complicaciones»*. [Folio 35 reverso, cuaderno 7]

También la doctora María Isabel Ochoa Tenorio afirmó que la apendicitis, *«si no se opera a tiempo se puede perforar y producir la peritonitis»*. [Folio 38, cuaderno 7]

De igual forma, el doctor Carlos Enrique Ramírez Suárez indicó que cuando la apendicitis no se diagnostica a tiempo *«puede ocurrir perforación, absceso y peritonitis (...) El pronóstico está relacionado directamente con el tiempo de evolución, a mayor tiempo, mayor morbilidad y mayor mortalidad»*. [Folio 40, cuaderno 7]

Bien fuera por negligencia de la médica tratante, ora porque la desorganización de la Clínica le impidió hacer seguimiento al desenvolvimiento de la enfermedad de su paciente, lo cierto es que la ruptura en la comunicación en el pase de la usuaria de un facultativo a otro, retardó el diagnóstico certero de la enfermedad que la aquejaba, con la consabida consecuencia que tal tardanza produjo.

Los errores del equipo médico no pararon ahí, pues a la equivocación de los diagnósticos realizados el 29 y 30 de mayo, y 1 de junio por la mañana, se sumó el error en que incurrió el

médico Juan Felipe Martínez, quien atendió a la paciente ese mismo día en horas de la tarde.

A partir del análisis de la historia clínica, se observa que el médico Juan Felipe Martínez diligenció indebidamente ese documento, contraviniendo las disposiciones de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, pues utilizó una caligrafía prácticamente ilegible; consignó abreviaturas y siglas proscritas; y las anotaciones fueron incompletas.

El aludido galeno no especificó el servicio por el que atendió a la paciente, que por sus propias declaraciones y las de la doctora Piedad Nicolasa Montoya (pero no por la historia clínica) se infiere que fue el de urgencias. La hora de atención no está clara, pues podría ser las 15:20, o bien las 16:20. [f. 2 reverso, c. 11]

En la transcripción que de ese documento hizo el técnico de la Fiscalía General de la Nación, aparece consignado que la paciente presentaba un cuadro de dolor abdominal hipogástrico de 4 días de evolución; tipo cólico intenso con deposiciones diarreicas; asociación a náuseas y vómito; se prescribieron antiinflamatorios sin mejoría; dolor a la palpación en meso e hipogastrio; se indicó que no había signos de irritación peritoneal. También se encontró flujo vaginal verdoso no fétido; planificación con DIU; distensión abdominal leve no masas; no megalias; tacto vaginal vagina hipertérmica cuello posterior cerrado; se palpa hilo DIU; resto de examen físico normal sin síntomas urinarios. [f. 401, c. 8]

La impresión diagnóstica en esta oportunidad fue de enfermedad diarreica aguda o enfermedad pélvica aguda y se recomendó un tratamiento igual al que habían realizado los médicos que atendieron a la paciente los días anteriores. Se indicó que estaban a la espera del resultado de los exámenes.

El médico Juan Felipe Martínez consignó en la historia clínica que no existían síntomas de irritación peritoneal, pero es que según se desprende de la historia clínica, tampoco buscó los signos de esta patología de conformidad con los protocolos y guías médicas que existían en esa época.

A pesar de la persistencia del dolor abdominal intenso y de los demás síntomas asociados a la apendicitis, esta enfermedad

no fue considerada por el galeno, quien concentró su atención en la enfermedad pélvica y la diarrea, con completo desconocimiento de las pautas establecidas en esa época para establecer un diagnóstico diferencial con la enfermedad inflamatoria pélvica.

El médico no tenía claridad sobre la enfermedad que presentaba la paciente pues consideró que los signos y síntomas que mostraba eran confusos, pero tampoco intentó corroborar o descartar el diagnóstico inicial mediante la remisión al ginecólogo u otro especialista, ni realizó los procedimientos que estaban a su alcance para establecer un diagnóstico diferencial con patologías que suelen presentar síntomas similares a los de la apendicitis.

Respecto de la necesidad de practicar una ecografía para establecer el diagnóstico diferencial, en el dictamen pericial se afirmó: *«probablemente podría haber dado luces confirmando o descartando el diagnóstico en este momento propuesto de enfermedad pélvica inflamatoria. (...) Es un examen que permite evaluar con detalle los órganos genitales femeninos, en EPI [enfermedad pélvica inflamatoria] puede evidenciar signos característicos de la enfermedad, así como complicaciones (abscesos tubo-ováricos) o patologías diferenciales anexiales, embarazo ectópico, quistes ováricos torcidos, complejos o hemorrágicos. Desde otro punto de vista puede descartar signos de EPI y sugerir exámenes complementarios para buscar otras patologías gastrointestinales o urológicas»*. [Folio 32, c.9]

El mismo día (1 de junio), a las 17:20, el médico Juan Felipe Martínez consignó en la historia clínica que recibió el resultado de los exámenes de laboratorio que prescribió la doctora Piedad Nicolasa Montoya. Increíblemente, no notó nada anormal en ellos cuando eran absolutamente indicativos de una grave patología que ameritaba, por lo menos, la hospitalización de la paciente para mantenerla bajo rigurosa observación.

A folio 76 del cuaderno 8, aparece el hemograma completo, que indica, entre otros análisis, leucocitos 14.2; neutrófilos 93.7%; velocidad de sedimentación 110; proteína C reactiva 505.

El doctor Martínez se limitó a transcribir estos resultados en la historia clínica sin hacer ningún análisis ni interpretación de los mismos. No volvió a examinar físicamente a la paciente; no hay indicadores de sus signos ni síntomas, ni de cómo se sentía; tampoco se sabe a qué hora le dio de alta, ni el criterio que siguió para adoptar tal decisión. [Folio 3, c. 11]

El resultado de esos exámenes –en criterio del perito– requería una mayor observación y un diagnóstico claro. Sin embargo, el médico dio de alta a la paciente con el diagnóstico equivocado de enfermedad pélvica aguda. [Folio 32, cuaderno 9]

La doctora Piedad Nicolasa Montoya, quien atendió a la paciente el día anterior, refirió que después de la atención que brindó a la señora Luz Deisy, le preguntó al doctor Juan Felipe Martínez por el resultado de los exámenes y la evolución de la paciente y éste le contestó: *«le suspendí la ecografía que le ordenaste y la envié para la casa con el tratamiento médico»*. [Folio 434, cuaderno 8]

En su declaración, la mencionada galena afirmó que *«el hemoleucograma, cuando hay una apendicitis específicamente, presenta alteraciones en los leucocitos y los neutrófilos, cuando éstos están elevados indican un proceso infeccioso, que el más común es la apendicitis, sin descartar que otras patologías también pueden dar estas alteraciones y la PCR es una reactante de infección, se aumenta cuando hay un cuadro infeccioso y nos puede acercar más a un diagnóstico»*. [Folio 25 reverso, cuaderno 7]

Según los aludidos exámenes, para la tarde del 1 de junio el diagnóstico de apendicitis no era una probabilidad remota sino la principal patología de la que había que sospechar.

En su declaración, la citada médica refirió que frente a tales exámenes, debía dejarse a la paciente en observación *«y con base en los resultados se define el manejo, si se da de alta con manejo ambulatorio o se hace evaluar por cirugía siempre, teniendo en cuenta la parte clínica del paciente, es decir cómo se encuentra el paciente»*. [Folio 25 reverso, cuaderno 7]

En su declaración ante la Fiscalía General de la Nación, la doctora Piedad Nicolasa Montoya fue aún más enfática al afirmar que según los análisis de laboratorio, no debó darse de alta a la paciente: *«Con estos resultados yo, como médica, tiene un cuadro infeccioso agudo, yo no hubiera [suspendido] la otra ecografía, o sea la ecografía que ordené, pues su efecto en ese momento, con esos resultados, habría solicitado una evaluación por cirugía»*. [Fl. 434, c. 8]

De igual modo, el doctor Carlos Enrique Ramírez Suárez, quien atendió a la paciente el 2 de junio, al referirse a los resultados de los exámenes que se entregaron el 1 de junio señaló

que esos «*exámenes de laboratorio eran compatibles con una infección intra-abdominal, en este caso todo indicaba ser una apendicitis complicada*». [Folio 415, cuad. 8] Tales resultados, precisamente, fueron los que le permitieron identificar al día siguiente el verdadero padecimiento de la señora Luz Daisy.

La impericia del médico se manifiesta en su declaración, pues frente a los resultados de los exámenes manifestó -contrario a la evidencia científica- que «*estos resultados indican un proceso inflamatorio pero que en realidad no hablan de ninguna especificidad de un cuadro clínico*». [Folio 28 reverso, cuaderno 7]

Completamente distinta a la visión del médico, fue la conclusión a la que llegó la doctora Luz Helena Calderón Adrada, quien frente a los mencionados resultados de laboratorio afirmó que «*se debe pensar en procesos infecciosos*» [Folio 36, cuaderno 7]. Estos exámenes, valorados en conjunto con los signos y síntomas que presentaba la paciente desde hacía 4 días, «*son manifestaciones de un abdomen agudo, puede haber compromiso intestinal o de una víscera. Requeriría exámenes tipo ecografía o tac para realizar un diagnóstico claramente. (...) Ese cuadro clínico es relativamente frecuente y pienso que un médico general puede hacer un diagnóstico adecuado, el apoyo del especialista por sus estudios y su experiencia es muy importante para definir conducta, los especialistas indicados serían el cirujano y el ginecólogo*». [Folio 36, cuaderno 7]

A igual conclusión llegó el médico Carlos Enrique Ramírez Suárez, quien frente al cuadro clínico que presentó la paciente el 29 de mayo y el 1 de junio, manifestó: «*de los datos clínicos obtenidos por la historia clínica se deduce que al momento de esas consultas tenía una evolución incipiente respecto de su cuadro apendicular*». [Folio 41 reverso, cuaderno 7] En otra de sus declaraciones ante el mismo juzgado, el referido médico indicó: «*vista la paciente y algunos exámenes iniciales concluí que se trataba de un abdomen agudo causado por una apendicitis*». [Folio 15, cuaderno 7]

Según el dictamen pericial, el cuadro que presentaba la paciente el sábado 1 de junio de 2002, ameritaba el siguiente procedimiento: «*Una vez la paciente reingresa por un cuadro ya de 3 días de evolución con taquicardia es necesario descartar un proceso infeccioso intraabdominal, iniciar líquidos endovenosos y realizar un examen físico minucioso que descarte signos de irritación peritoneal. Se deben realizar estudios paraclínicos básicos y de acuerdo a los hallazgos obtenidos (examen físico y paraclínicos) definir la necesidad de exámenes complementarios de imágenes diagnósticas. Es prudente*

iniciar manejo antibiótico de manera intrahospitalaria para observar la evolución, para determinar el alta se espera que haya mejoría manifiesta por ausencia de signos de respuesta inflamatoria, mejoría del dolor preferiblemente sin la necesidad de analgésicos, tolerancia a la vía oral». [Folio 24, cuaderno 9]

Nada de eso hizo el médico tratante, y, por el contrario, mandó a la paciente para su casa a pesar de que en la historia clínica no registró absolutamente nada sobre su posible mejoría: *«Según la historia clínica se considera que el cuadro es secundario a EPI y se formula tratamiento antibiótico ambulatorio. No se aclara en la nota si mejoró el dolor, paciente persiste taquicárdica*». [Folio 33, c. 9]

Tampoco prescribió los exámenes de laboratorio necesarios, tal como lo indicó el doctor Omar de Jesús Castaño Quintero, quien al revisar la atención del 1 de junio, afirmó: *«Hacen falta el parcial de orina y falta el coprológico y las imágenes para aclarar el diagnóstico*». [Folio 22, cuaderno 7]

El médico tratante, en fin, no hizo todo lo que estaba a su alcance según lo ordenan los protocolos y guías médicas, pues no prescribió los exámenes físicos clínicos, de laboratorio, y radiológicos que habrían podido demostrar un diagnóstico acertado.

Tampoco remitió a la paciente ante un especialista en ginecología para confirmar el diagnóstico inicial, ni repitió la valoración física antes de darle de alta, sin tener en cuenta que esa era la tercera vez que la usuaria acudía a la Clínica Las Vegas con los mismos síntomas, cada vez más graves.

Otra circunstancia que incidió en el retraso del diagnóstico, agravamiento y posterior muerte de la paciente, fue la demora en la valoración de los resultados de laboratorio, siendo éstos imprescindibles debido a la gravedad de la dolencia que la aquejaba. No existe ninguna evidencia de la hora en que la paciente fue atendida el sábado 1 de junio de 2002, ni de la hora en que se le practicó el hemograma. Pero en éste se indica que dicho examen estuvo listo ese mismo día a las 15:36. [Fl. 76, c. 8]

Sin embargo, no fue sino hasta el día siguiente “*en las horas de la tarde*”, cuando tales resultados fueron analizados por el facultativo, quien procedió horas después a hacer la operación, según consta en su declaración. [Folio 15, cuaderno 7]

Lo anterior, en contravía de los estándares científicos, según los cuales: *«El retraso o la falta de comunicación de estudios de imágenes o de laboratorio que son críticos para el tratamiento del paciente ponen en juego su seguridad y son una fuente importante de juicios por responsabilidad profesional. Se entienden por “estudios diagnósticos críticos”: Aquellos que siempre requieren una rápida comunicación de los resultados, aún cuando éstos sean normales; aquellos cuyos resultados se encuentran muy por fuera del rango normal, amenazando la vida y determinando la necesidad de una intervención urgente (comunicación de valores críticos); aquellos cuyos resultados constituyen hallazgos que, si bien no resulta urgente comunicar, hacen pensar al radiólogo o al bioquímico que quien solicitó el estudio no los espera, pudiendo afectar negativamente al paciente. (...) Otra definición que ha sido muy utilizada define como “crítico” a aquel resultado que cambia inmediatamente el curso de la atención médica».* (FABIÁN VÍTOLO. Problemas de comunicación en el equipo de salud)

El retraso en la comunicación de los resultados de los exámenes de laboratorio que indicaban un estado crítico de la paciente, evidencia una falla organizativa de la Clínica Las Vegas, constitutiva de culpa por no adecuarse a los estándares de la profesión para brindar una atención de salud segura y de calidad.

Este hecho, junto con la orden del facultativo de no realizar la ecografía que había mandado la médica anterior, y la omisión en prescribir otros exámenes de laboratorio e, incluso la tomografía computada que estaba al alcance de la Clínica, revelan la negligencia del equipo médico. Al respecto, el doctor Omar de Jesús Castaño Quintero, al revisar la atención del 1 de junio, indicó: *«Hacen falta el parcial de orina y falta el coprológico y las imágenes para aclarar el diagnóstico».* [Folio 22, cuaderno 7]

Está suficientemente probado que para el cuarto día de evolución de la enfermedad y habiendo sido atendida la paciente tres veces por tres médicos distintos, ninguno de éstos le hizo los exámenes físicos clínicos, de laboratorio, radiológicos habituales, radiológicos especiales o radionucleares que prescriben los protocolos médicos que estaban al alcance de la Clínica demandada, y que hubieran podido establecer con un alto grado de probabilidad un diagnóstico acertado.

Tampoco se remitió a la paciente ante un especialista en ginecología para tratar de confirmar el diagnóstico inicial, a pesar que la señora Luz Deisy no mostraba signos de mejoría; ni mucho

menos se realizó un análisis o juicio crítico del caso clínico antes de darle de alta por tercera vez, pasando por alto que su tercer reingreso consecutivo por el mismo padecimiento era un indicador grave de la equivocación en el diagnóstico y el tratamiento. En general, faltó una adecuada epicrisis que hubiera ayudado a replantear el juicio clínico inicial sobre el problema de salud que sufrió la usuaria.

Todo lo anterior demuestra la culpa de la mencionada institución, pues la equivocación en el diagnóstico de la enfermedad no fue excusable ni se debió a la ausencia de signos y síntomas en la paciente, ni mucho menos fue obra del infortunio, sino que está directamente relacionada con la negligencia del equipo médico al incurrir en una larga e injustificada cadena de errores por desconocer las normas sobre diligenciamiento de la historia clínica; las guías del Ministerio de Salud sobre manejo de urgencias de alteraciones gastrointestinales; los protocolos de urgencias establecidos por el Servicio Seccional de Salud de Antioquia; y los estándares científicos de aquella época sobre el diagnóstico y tratamiento del síndrome de abdomen agudo.

Es cierto que los signos y síntomas de la paciente no eran exclusivos de apendicitis y que un médico inexperto podía confundirlos con los de otras alteraciones gastrointestinales. No obstante, era obligación de los facultativos, según los estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional, adoptar todas las medidas que estaban a su alcance para establecer un diagnóstico diferencial que hubiera permitido identificar con un alto grado de probabilidad la grave enfermedad que aquejaba a la paciente, que además era altamente previsible y cuyas consecuencias debían ser absolutamente esperables según la literatura médica que se ha descrito con precedencia en forma amplia.

La atención que se brindó a la señora Luz Deisy Román, en suma, no fue eficiente, oportuna, humanizada, integral, continua ni de calidad, contrario a lo ordenado por el artículo 153 de la Ley 100 de 1993. Está suficientemente documentado que el servicio fue negligente, discontinuo e inhumano, todo lo cual es suficiente para endilgar la responsabilidad directa a las entidades demandadas.

No obstante, el análisis del proceso organizativo que se considera una unidad de acción corporativa quedaría incompleto si no se analizan las otras anomalías, fallas y equivocaciones que siguieron al diagnóstico de la enfermedad, y que fueron factores desencadenantes del agravamiento de la integridad física y posterior muerte de la usuaria. Los múltiples errores en el diagnóstico no fueron sino el comienzo de una larga cadena de errores negligentes, como se demostrará a continuación.

- La atención del domingo 2 de junio de 2002

El domingo 2 de junio de 2002 la señora Luz Deisy Román regresó a la Clínica Las Vegas en busca de atención médica, debido a la persistencia e intensidad del dolor abdominal que la aquejaba, la ineficacia del tratamiento que le prescribieron los tres médicos que la valoraron los días anteriores y el deterioro progresivo de su estado de salud.

La hora de llegada de la paciente se desconoce, pues no se indicó en la nota de ingreso, siendo tal omisión una constante del personal médico y de enfermería que la atendió, como se ha demostrado a lo largo de este análisis probatorio.

En la nota de ingreso, la auxiliar de enfermería Paola Arredondo escribió que la usuaria llegó acompañada de su esposo Guillermo León Pulgarín Sossa, tranquila y en silla de ruedas. No hay evidencia de que fuera valorada por profesional de enfermería. [Folio 89, c. 8]

Contrario a lo que ordenan los protocolos de enfermería, no indicó la hora de llegada ni el servicio por el que ingresó (urgencias, consulta externa o remisión); no describió sus signos vitales; no hizo ninguna anotación sobre su estado cefalocaudal (orientación, conciencia), impresión general o impresión diagnóstica anterior; no describió las molestias expresadas por la paciente (localización del dolor, radiación, condición, duración, intensidad, naturaleza de su inicio); no anotó si presentaba vómito, diarrea, estreñimiento, anorexia, fiebre u otros síntomas; no describió su apariencia exterior; ni escribió nada acerca del examen preliminar de observación, palpación, auscultación y percusión en todo el cuerpo y en el área del dolor, que debió hacer la enfermera. [Folio 89, c. 8]

Con relación al manejo que debe hacer la enfermera en presencia de un síndrome de abdomen agudo, el Servicio Seccional de Salud de Antioquia ordenaba para la época en que ocurrieron los hechos:

*«MANEJO POR ENFERMERÍA. **Valore e identifique:** dolor, características y localización; trastornos gastrointestinales (náuseas, vómito, distensión abdominal); alteraciones en el color y humedad de la piel, en cara y región abdominal; modificación en patrón respiratorio (rápida y superficial); defensa muscular (actitud del paciente); cambios en la temperatura corporal; alteraciones del sistema circulatorio (caída de presión arterial, taquicardia débilmente palpable)». (JUAN MANUEL SIERRA JONES. Protocolos de urgencia. 1992. Abdomen agudo. p. 75)*

Nada de lo anterior hizo la enfermera. La auxiliar de enfermería tampoco mencionó los medicamentos que estaba recibiendo la paciente. No hay constancia de la hora en que fue llamado el médico, ni la hora en que éste acudió, pues tales espacios quedaron en blanco. [Folio 89, c. 8]

La auxiliar se limitó a escribir en la parte de observaciones sobre signos y síntomas que el motivo de la consulta fue dolor abdominal de varios días de evolución.

En las notas de enfermería del 2 de junio, se muestra que a las 8:00 horas la paciente estaba canalizada por la vena y se le extrajo sangre para hacerle un examen de laboratorio (hemoleucograma). Se la describió en estado tranquilo y con dolor que había ido aumentando progresivamente. No aparece registrado si se encontraba en urgencias u otro servicio; no está documentado que se le haya practicado examen físico; ni se describieron signos y síntomas. No se mencionó que fuera valorada por un médico, ni se anotó ningún juicio crítico y fundamentado sobre su estado de salud [folio 90, c. 8].

En las mismas observaciones, se muestra que a las 9:30 llegó el cirujano (sin mencionar su nombre) a evaluarla y ordenó cirugía por diagnóstico de sospecha de apendicitis aguda. Quedó pendiente la revisión de los exámenes de laboratorio. Se le mandó ampicilina sulbactam en cirugía. Se indicó que fue llevada en silla de ruedas en compañía de la familiar, pero no se dijo a dónde fue conducida ni con qué propósito. [Folio 90, c. 8]

Las omisiones del personal de enfermería constituyeron una violación de los deberes que estos profesionales tienen con el fin de asegurar un cuidado de calidad científica, técnica, social, y humana, consagrados en el artículo 20 de la Ley 266 de 1996, que reglamentaba el ejercicio de esa profesión para la época en que ocurrieron los hechos que aquí se describen.

Por su parte, en la hoja de “*historia clínica de primera vez*”, el cirujano Manuel Velásquez realizó anotaciones en caligrafía ilegible, disforme y plagada de siglas y abreviaturas, en clara violación de lo ordenado por el artículo 5° de la Resolución número 1995 de 1999 del Ministerio de Salud. [F. 69, c. 8]

Ese documento “*de primera vez*” se diligenció el domingo 2 de junio de 2002, a las 8 p.m., lo que evidencia la ausencia de integralidad y secuencialidad de la historia clínica, pues está probado que no era la primera vez sino la cuarta que la paciente acudía a la Clínica Las Vegas. Esta omisión constituye una violación del artículo 3° de la Resolución 1995 de 1999.

Según la transcripción del médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en esa “*historia clínica de primera vez*” está registrado que la paciente fue evaluada con dolor intenso en abdomen; vómito y fiebre subjetiva; flujo fétido, lengua saburral, abdomen distendido, peristaltismo positivo, dolor a la palpación en fosa ilíaca derecha; Bloomberg positivo; leucocitos 14.200; PMN 93.7%, sed. 110. [F. 329, c. 8]

El examen realizado por el doctor Manuel Velásquez muestra signos inequívocos de apendicitis en estado avanzado, como el Bloomberg positivo, que según la literatura médica tiene un valor absoluto:

*«Un síntoma siempre presente es el dolor, ya sea espontáneo y/o provocado por la palpación. Puede estar acompañado de vómitos, diarrea, constipación. Los signos que con más frecuencia se presentan son: fiebre, defensa y/o contractura muscular, meteorismo, ictericia, taquicardia, taquipnea y oliguria. (...) Como síntesis, el diagnóstico temprano de la apendicitis aguda los síntomas son más importantes que los signos físicos: **la iniciación del dolor periumbilical, epigástrico y su posterior irradiación hacia la fosa ilíaca derecha tienen valor absoluto**».* (HIPÓLITO WAISMAN. Emergencias médicas y quirúrgicas. 2ª ed. 1987)

Al examen físico practicado por el doctor Manuel Velásquez se suman los resultados de los exámenes de laboratorio, completamente patológicos e indicativos de apendicitis.

A pesar de ello, el facultativo no hizo ningún diagnóstico ni ordenó ningún tratamiento o procedimiento a seguir, aun cuando habían transcurrido 12 horas desde el reingreso de la paciente al servicio de urgencias de la Clínica Las Vegas. [Folio 69, c. 8]

No fue sino “*en las horas de la tarde*”, según la declaración del cirujano Carlos Enrique Ramírez Suárez [folio 15, cuaderno 7], cuando éste hizo el diagnóstico de apendicitis aguda y programó a la paciente para cirugía, luego de valorar los exámenes de laboratorio.

El diligenciamiento de la historia clínica por parte de este facultativo fue incompleto, pues no escribió la hora en que vio a la paciente ni los otros datos que exige ese documento, tales como la revisión de sistemas; antecedentes personales; antecedentes familiares; historia personal y social; examen físico (signos vitales, órganos de los sentidos, sistema cardiopulmonar, sistema urogenital, sistema ginecobstétrico, sistema osteomuscular, sistema neurológico, piel y faneras), contrario a las instrucciones indicadas en la parte superior del aludido documento. [f.69, c. 8]

Según la transcripción del médico legista, en la evaluación «*se describe dolor abdominal de 4 días de evolución que comenzó en flanco izquierdo, pero posteriormente se localizó en abdomen inferior, fiebre, vómito, deposiciones 3-4 día, sin diarrea, fiebre, lengua saburral, P 96/minuto, abdomen sensible en región inferior más notoria y con defensa en fosa ilíaca derecha, leucocitos y neutrofilia. Se sospecha apendicitis aguda. Se programa para cirugía*». [Folio 329, c. 8]

A pesar de la evidencia clara e inequívoca de apendicitis, todos esos signos y síntomas sólo le generaron al galeno una sospecha, sin que ello fuera suficiente para proceder a la inmediata realización de la operación requerida, pues la paciente solo ingresó a la sala de cirugía a las 23:00 horas de ese día. [Folio 90, cuaderno 8]

Es inexplicable la demora en practicar la intervención quirúrgica, pues desde el día anterior se tenían los exámenes de laboratorio que indicaban la gravedad de la patología; la paciente mostraba los mismos signos y síntomas; y la literatura científica

señalaba la necesidad de practicar una cirugía lo más rápido posible a fin de evitar complicaciones, en lo que coincidieron las declaraciones de los médicos citados en páginas precedentes. Todo ello demuestra, una vez más, la negligencia del equipo médico de la Clínica Las Vegas y el trato inhumano que brindaron a la usuaria del servicio de salud.

La demora en realizar la apendicectomía y el trato indigno que recibió la señora Luz Deisy, fue corroborado por María Orfilia Torres de Urrego, quien se encontraba visitando a la paciente en el aludido centro hospitalario en el momento que le practicaron la apendicectomía. Sobre tal punto, la testigo manifestó:

«...yo acompañaba a la señora Luz Deisy para llevarla a urgencias y también estuve con el esposo, el día que la iban a operar yo estuve presente con el esposo y la mamá, ella tenía cólicos y le decían que era cólico de mes, siempre que la llevaban le decían que era cólico de mes, eso se lo decían las enfermeras, la doctora pero no sé el nombre, yo solo sé que a ella la revisaban, la revisaban, y ella se revolcaba de los dolores hasta que a lo último la mamá se les tuvo que enojar para que le prestaran mejor atención para saber qué era lo que le pasaba, hasta que la revisaron y le dijeron que necesitaba cirugía, cuando la entraron a cirugía no se demoraron mucho con ella, nos pareció muy raro a mí y al esposo por qué había salido el médico tan ligero, le dijeron que la habían abierto y que estaba llena de pus y oliendo maluco (...)». [Fl.21 rev, c. 8]

- La intervención quirúrgica:

Luego de 5 días de intenso dolor, con signos y síntomas inequívocos de apendicitis avanzada, y con los resultados completamente patológicos de los exámenes de laboratorio, el médico Carlos Enrique Ramírez Suárez finalmente realizó la cirugía que requería la paciente.

Lo primero que llama la atención en la valoración de este segmento de acción organizativa, es la confirmación por parte del médico cirujano de la tendencia “solista” en que actuaron la mayoría de los profesionales que atendieron a la señora Luz Deisy Román.

Antes que el mencionado cirujano tratara a la paciente, ya la habían atendido tres médicos de la Clínica Las Vegas: Gloria Patricia Muñoz Saldarriaga (29 y 30 de mayo), Piedad Nicolasa Montoya (1 de junio por la mañana) y Juan Felipe Martínez (1 de

junio por la tarde), ninguno de los cuales mostró preocupación por la continuidad del flujo comunicacional entre ellos, lo que produjo rupturas en la información que incidieron en el retraso del diagnóstico de la enfermedad de la señora Luz Deisy y su posterior agravamiento y muerte.

Según se indicó líneas arriba, el cirujano Carlos Enrique Ramírez Suárez valoró a la paciente el 2 de junio “*en las horas de la tarde*”, sin indagar mucho sobre los antecedentes de los signos y síntomas que venía presentando la señora Luz Deisy desde hacía 5 días, pero con los resultados de exámenes de laboratorio completamente patológicos que lo llevaron a sospechar que estaba ante un proceso de apendicitis aguda. No obstante la evidencia clara e inequívoca de esta enfermedad, la cirugía no se practicó sino a las 23:00 horas de ese día. [Folio 90, c. 8]

No hay ninguna prueba en las observaciones de enfermería o en las notas de evolución médica que permita suponer que la paciente recibió algún tipo de atención en el lapso comprendido entre las 9:30 horas, cuando la valoró el cirujano que realizó un diagnóstico de sospecha de apendicitis, y las 23:00 horas de ese día, cuando se le practicó la apendicectomía. [Folio 90, c. 8]

Nada se sabe acerca de las condiciones de salud de la paciente durante todo ese tiempo, pues no hay evidencia de que estuviera bajo observación constante y atenta. Nada se dijo sobre su estado general; signos clínicos como facies (expresión, humedad, color del rostro), intensidad del dolor; pulso; temperatura corporal; alteraciones gastrointestinales (vómito, anorexia, diarrea); estado psicológico; hidratación y estado nutricional, todo lo cual comportó una flagrante infracción de las normas y estándares que ordenan el correcto diligenciamiento de la historia clínica.

A las 23:00 horas se consignó en las notas de enfermería: «*Ingresa paciente a la sala #2, para realizarle, bajo anestesia general apendicectomía, por Dr. Carlos Ramírez. Paciente muy ansiosa, manifestando mucho dolor, consciente y orientada, con líquidos venosos [ilegible] pasando solución salina. Pulso 92 [ilegible] presión arterial 105/70. Saturación O2 95*». [Folio 90, cuaderno 8]

Luego de quedar la paciente bajo los efectos de la anestesia y de realizarse asepsia en el área quirúrgica, se practicó el siguiente procedimiento: «*Sacan en jeringa muestra para cultivo*.

Extirpan apéndice y se envía muestra para patología. Suturan. Dejan piel abierta. Cubren con gasa y microporo. Termina acto quirúrgico. Se aspiran secreciones retirando máscara laríngea. Se traslada paciente para recuperación, dormida, ventilando bien, líquidos venosos permeables, sitio quirúrgico limpio. No quemaduras, presión arterial 100/60. Pulso 100 [ilegible]. Saturación O2 98%». [90, reverso. C. 8]

A las 00:20 horas del lunes 3 de junio de 2002, se pasó a la paciente a habitación para su recuperación.

En las notas de evolución médica, nuevamente se evidencia una violación de las normas sobre el correcto diligenciamiento de la historia clínica, pues el cirujano utilizó una caligrafía poco clara y colmada de siglas; no describió las condiciones de salud de la paciente; omitió la hora en que hizo la valoración; no anotó la hora de diligenciamiento de ese documento; no describió el tratamiento postoperatorio que mandó, las instrucciones y recomendaciones que dio a los efectores que habrían de continuar el cuidado y la atención de la paciente, ni las responsabilidades que transfería en el cambio de guardia. En la “*hoja de evolución*”, en suma, no anotó ninguna evolución. [Folio 20, cuaderno 8]

Su nota operatoria se limitó a indicar: «*Diagnóstico preoperatorio: apendicitis aguda perforada? Diagnóstico postoperatorio: **apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada**. Operación: apendicectomía–drenaje y lavado de cavidad. Cirujano: Carlos Ramírez. Anestesióloga: Dra. L. H. Calderón. Instr: Lina Gómez. Nota: Se deja piel y TCS abiertos para cierre primario tardío*». [Folio 20, cuaderno 8]

De acuerdo con la Asociación Colombiana de Cirugía, «*un plastrón es una masa formada por intestino y omento inflamado y adherido, con poca o ninguna colección de pus; la inflamación transmural se extiende a través de la subserosa, serosa y el peritoneo, para comprometer en el proceso inflamatorio a los órganos adyacentes. Cuando se presenta colección de pus se denomina absceso apendicular*». (BRAINSKY, SALAMANCA, y otros. Controversias en el manejo del plastrón y el absceso apendicular: reporte de un caso. Revista colombiana de cirugía. vol. 19 N° 3. 2004, p. 190)

En un sentido similar, otros autores explican que «*la masa o absceso apendicular es el resultado tardío de una apendicitis que no se detectó a tiempo. Suele cursar con dolor en fosa ilíaca derecha, náuseas, pérdida de peso y fiebre; así como la demostración por estudio de imágenes del absceso*». (MIRANDA DELGADO y MIRANDA MONTALVÁN. Absceso apendicular o masa apendicular y su tratamiento)

La peritonitis, a su vez, es *«la inflamación de un sector o de la totalidad de la superficie visceral y parietal de la cavidad abdominal. De la definición se desprende que la injuria al peritoneo puede comprometer todo el abdomen (peritonitis generalizada) o bien afectar un sector (peritonitis localizada). En la gran mayoría de los casos, la causa que inicia el proceso es la extensión al peritoneo de una enfermedad preexistente en un órgano abdominal»*. (HIPÓLITO WAISMAN. Emergencias médicas y quirúrgicas. 2ª ed. Urgencias abdominales. Abdomen agudo quirúrgico. 1987. p. 266)

En la literatura especializada existe consenso respecto a que el tratamiento a seguir una vez se tiene el diagnóstico presuntivo de apendicitis es la cirugía. (Cirugía: I Cirugía General. Lima, Universidad Nacional San Marcos, 1999)

En ello estuvo de acuerdo la médica Gloria Patricia Muñoz Saldarriaga, quien atendió a la paciente por primera vez. Al respecto manifestó que el único procedimiento para un proceso inflamatorio de apéndice es el *«tratamiento quirúrgico y consiste en la extracción de dicho apéndice y del lavado de la cavidad peritoneal para realizar una limpieza»*. [Folio 33, cuaderno 7]

No obstante, de acuerdo a los estándares científicos, hay que diferenciar si se trata de una apendicitis aguda de diagnóstico temprano y claro; si se está en presencia de una apendicitis con absceso, masa o plastrón apendicular; o si hay complicación de peritonitis.

En los diagnósticos tempranos *«es más eficaz emprender con rapidez la operación para suprimir la fuente contaminante»*. En los casos de absceso, plastrón, masa apendicular o peritonitis se recomienda un **manejo conservador**: *«las medidas médicas y de tratamiento operatorio deben prolongarse con el objeto de adecuar al enfermo para soportar el acto quirúrgico. El peor error es operar demasiado tarde en los casos con diagnóstico temprano y demasiado pronto en los casos con larga evolución y estado general deteriorado»*. (HIPÓLITO WAISMAN. Emergencias médicas y quirúrgicas. 2ª ed. Urgencias abdominales. Abdomen agudo quirúrgico. 1987. p. 270) [Se resalta]

En igual sentido OSCAR MIRANDA DELGADO y OSCAR MIRANDA MONTALVÁN explican: *«Es aceptado universalmente que el tratamiento del absceso o masa apendicular más exitoso y con menor morbilidad es el conservador con o sin drenaje percutáneo, y sólo si*

éste falla, se pasa a la cirugía inmediata» (Absceso apendicular o masa apendicular y su tratamiento)

A la misma conclusión llegaron JORGE LUIS DERAS y ALEJANDRO MEMBREÑO-PADILLA: *«Los resultados obtenidos en nuestro estudio, a pesar del poco número de pacientes, indican que el **manejo conservador** inicial de “plastrón apendicular” conlleva una baja morbilidad –es decir apenas un 6%– y no mortalidad al igual que en otras series, lo que claramente lo convierte en una real y buena alternativa en el manejo de este tipo de patología»*. (Manejo del plastrón apendicular: ¿conservador o agresivo? Revista Médica de Honduras, vol. 53, 1985)

Este procedimiento se hallaba consagrado en la Guía del Ministerio de Salud de 1996, que al respecto indica: *«Siempre que sea posible se debe hacer la apendicectomía. Sin embargo, en caso de absceso y destrucción total del apéndice cecal, se debe practicar drenaje del absceso solamente, dejando un tubo de drenaje por contrabertura debido a la posibilidad de una fistula cecal»*. (RICARDO FERRADA. Guías para manejo de urgencias. Alteraciones gastrointestinales. Apendicitis aguda. 1996. p. 21)

Más recientemente, FRÍAS-GONZALES, CASTILLO-ÁNGELES, RODRÍGUEZ-CASTRO y BORDA-LUQUE, señalan: *«Históricamente el manejo de un paciente con masa apendicular inflamatoria consistía en realizar una cirugía de emergencia, posteriormente surgió el manejo conservador, el cual de ser exitoso proseguía con una apendicectomía de intervalo programada; actualmente los diferentes estudios, incluyendo meta-análisis, demuestran la ventaja del manejo conservador de estos pacientes y que no hay necesidad de realizar una apendicectomía de intervalo a excepción de los pacientes que presentan sintomatología recurrente»*. (Manejo de la masa apendicular inflamatoria en el paciente adulto en el Hospital Nacional Cayetano Heredia. Rev. de Gastroenterología del Perú. 2012)

En igual sentido BLANCO DOMÍNGUEZ y otros: *«En los pacientes con plastrón o absceso apendicular si no hay una oclusión intestinal, debemos iniciar un tratamiento médico con antibióticos y posteriormente por laparoscopia realizar la apendicetomía. En el intervalo entre el cuadro agudo y la intervención definitiva, a pesar de transcurrir 5,5 meses de promedio, no ha habido ninguna complicación o patología relacionada con el plastrón. Un tratamiento antibiótico adecuado resuelve, siempre, el cuadro agudo. En pocas ocasiones además del tratamiento médico inicial, debemos actuar quirúrgicamente para drenar un absceso principalmente en Douglas»*. (Tratamiento

médico y/o quirúrgico del plastrón o absceso apendicular en la infancia. Cirugía pediátrica, 2008)

Según DERAS y MEMBREÑO-PADILLA, *«el manejo conservador consiste esencial y sencillamente en: a) reposo; b) observación cuidadosa; y c) antibióticos únicamente. O todo lo anterior más drenaje de un absceso complicante –si el caso lo amerita– seguidos de una apendicectomía de intervalo, que se practica de 3 a 5 meses después selectivamente. En favor de este tipo de tratamiento del “plastrón apendicular” se aduce que la apendicectomía inmediata está frecuentemente asociada a una alta morbilidad, causada por la diseminación de la infección localizada y el alto riesgo de perforación inadvertida del ciego y/o el ileon terminal, con la posible subsecuente formación de una fístula intestinal. Otros, sin embargo, argumentan en contra diciendo que el manejo conservador conlleva el riesgo de confundir otras lesiones con el supuesto “plastrón apendicular” y que, además, frecuentemente la resolución de la “masa” no ocurre en pocos días, lo que significa largos períodos de hospitalización»*. (Op. cit. p. 197)

Respecto del manejo conservador o no quirúrgico de una apendicitis aguda con plastrón o absceso, la Asociación Colombiana de Cirugía señala: *«Consiste en cuatro puntos fundamentales: antibioticoterapia (...); drenaje percutáneo guiado por ecografía o escanografía (para absceso apendicular), cuando éste sea el caso técnicamente viable. Manejo del catéter en conjunto con el servicio de radiología, con lavados periódicos y control ultrasonido TAC; y Apendicectomía electiva en ocho–doce semanas»*. (BRAINSKY, SALAMANCA y otros. Controversias en el manejo del plastrón y el absceso apendicular: reporte de un caso. Revista colombiana de cirugía. vol. 19 N° 3. 2004, p. 192)

Los mencionados autores advierten que cada manejo tiene ventajas y desventajas:

«El manejo quirúrgico inmediato presenta una mayor incidencia de complicaciones que pueden alcanzar hasta más del 50% con respecto al manejo no quirúrgico; las complicaciones más frecuentemente reportadas son la infección de la herida, absceso pélvico, lesión de otras vísceras, necesidad de re–operación. (...) El manejo quirúrgico inmediato del absceso apendicular conlleva una cirugía técnicamente más difícil debido al grado de inflamación, aumenta el número de complicaciones como sangrado y daños inadvertidos a la pared intestinal». (Ibid. p 193)

El manejo no quirúrgico o conservador, puede presentar complicaciones en el 20% de los casos por *«drenajes incompletos, necesidad de drenajes adicionales, colocación de nuevos catéteres e*

incluso drenaje del absceso por laparotomía; lesiones vasculares, neumotórax, infecciones o fístulas, además de apendicitis recurrente». (Ib. P. 192)

La mayor ventaja del manejo quirúrgico es, según los referidos autores, *«una menor estancia hospitalaria con un promedio de cuatro a seis días contra nueve a trece días del manejo no quirúrgico, aunque algunos reportes no encuentran diferencia en la estancia hospitalaria». (Ibid, 192)*

«Por esto recomendamos el manejo no quirúrgico inicial del mismo, combinado con drenaje percutáneo del absceso apendicular guiado por ecografía o TAC, cuando éste sea posible, con lo que se ha visto un éxito hasta del 91%. Además, recomendamos la realización de una apendicectomía electiva después de un tiempo aproximado de ocho a doce semanas desde el inicio de los síntomas, debido a la posibilidad de recurrencia y a la aparición de otras patologías como tumor carcinoide, duplicación apendicular y apendicitis granulomatosa, entre otras. Este procedimiento es usualmente técnicamente más sencillo, puede llevarse a cabo vía laparoscópica e implica estancias hospitalarias muy cortas, con mínima incidencia de complicaciones intraoperatorias y postoperatorias». (Op. cit. 193)

Igual conclusión extraen MIRANDA y MIRANDA: *«Si una apendicitis aguda no recibe atención médica quirúrgica oportuna e inmediata, progresa a la perforación y se nos presenta como masa apendicular o absceso (...). El tratamiento en estos casos se tendrá que hacer por etapas: en la primera de ellas se aplicará un tratamiento conservador del absceso, exitoso en nuestros casos, que no requirió drenaje percutáneo ni permanencia hospitalaria, que en promedio es de 10,4 días. Electivamente, se aplicará la segunda etapa o tratamiento quirúrgico de intervalo en los casos que así lo requieran». (Op. cit. 31)*

Según las investigaciones antes citadas, las diferencias en los resultados entre una u otra técnica son evidentes: en el manejo conservador o no quirúrgico se obtiene un éxito hasta del 91%, con un 20% de complicaciones, pero sin mortalidad. En el manejo quirúrgico inmediato se ha visto hasta un 50% de complicaciones como infección de la herida, lesión de otras vísceras, necesidad de reoperación, entre otras, siendo una cirugía más difícil debido al grado de inflamación.

La desventaja del manejo conservador es una mayor estancia hospitalaria, mayores cuidados y, obviamente, mayores costos. De hecho, según algunos estudios, el tratamiento total del

manejo conservador en países como China y EE.UU. excede los US\$16.773 por paciente (solo en la segunda etapa o tratamiento quirúrgico a intervalo). [MIRANDA-DELGADO, Op. cit. p. 31]

La tendencia en el mundo, a falta de consenso es, entonces, que el tratamiento de la masa o absceso apendicular «*debe ser conservador o médico y la cirugía de intervalo, posterior, no debe ser rutinaria sino debe estar sólidamente indicada*».

Sorprendentemente, ninguno de los médicos de la Clínica Las Vegas que atendieron a la señora Luz Deisy Román Marín mencionó en sus declaraciones ante el juez de instancia la posibilidad del manejo conservador, ni mucho menos que ese procedimiento fuera el más recomendado según los estándares científicos de aquella época, tal como lo sigue siendo en la actualidad.

Es cierto que la opción por uno u otro procedimiento era exclusiva potestad del equipo médico que realizó la cirugía. Sin embargo, no existe ninguna prueba en la historia clínica o en las declaraciones de los facultativos que permita inferir que la apendicectomía practicada a la paciente estuviera documentada como la mejor alternativa posible de conformidad con el avanzado estado de su patología, caracterizada por un absceso apendicular y peritonitis localizada.

Frente a tal estado de complicación, según se ha explicado, «hay dos posibilidades: el drenaje percutáneo, en caso de que el compromiso sistémico del paciente sea importante y la localización de la colección lo permita, [en cuyo evento] se realiza apendicectomía diferida en 6 a 8 semanas». Y la operación: «laparotomía y apendicetomía en el mismo tiempo operatorio», cuando no la apendicitis se diagnostica a tiempo y no hay compromiso sistémico por peritonitis. (Ministerio de la Protección Social. Guías para manejo de urgencias. 2002. t. II, p. 39)

Los estándares que se acaban de citar revelan que el avanzado estado del compromiso patológico de la paciente debido a su cuadro de apendicitis de 5 días de evolución, con absceso y peritonitis, requería un tratamiento distinto, pues lo más prudente y adecuado era postergar la apendicectomía para unas semanas más tarde, debiéndose realizar un drenaje percutáneo guiado por ecografía o escanografía, haciendo un cuidadoso seguimiento del dolor abdominal y verificando la tolerancia a la vía oral, el tránsito intestinal y la ausencia de un síndrome de

respuesta inflamatoria sistémica. Sólo si la evolución no resultaba adecuada se debió suspender el manejo no quirúrgico y proceder a la cirugía.

No es jurídicamente admisible ni conveniente en la práctica que los jueces se inmiscuyan en la sugerencia de los procedimientos científicos que deben llevar a cabo los profesionales de la medicina, pues esa no es su labor ni su ámbito de conocimiento, siendo exclusiva potestad de los médicos establecer las acciones que han de ejecutar según el estado de su ciencia frente a una enfermedad específica. No obstante, para los efectos de realizar el respectivo juicio de reproche culpabilístico, sí es necesario que el juez entre a valorar los estándares de la profesión y los compare con las acciones realizadas por el equipo médico para el tratamiento de una dolencia determinada, pues únicamente este balance o contraste permitirá concluir si se actuó conforme a lo que el ordenamiento jurídico espera de ese sector o gremio profesional.

Esta comparación permite concluir que el procedimiento realizado a la señora Luz Deysi Román por el equipo médico de la Clínica Las Vegas no fue el más adecuado ni el más prudente, pues se hizo todo lo contrario a lo que estaba científicamente recomendado, sin que se consignara en la historia clínica cuál fue el criterio que motivó a los médicos a llevar a cabo tal proceder, sobre todo cuando las consecuencias manifiestas en el daño a la salud de la usuaria coincidieron con lo que tales protocolos preveían si se actuaba en contravía de los mismos.

En efecto, la literatura médica descrita con anterioridad es enfática en advertir que cuando se practica la apendicectomía en un paciente con compromiso sistémico por absceso y peritonitis, el manejo quirúrgico inmediato del absceso apendicular conlleva una cirugía técnicamente más difícil debido al grado de inflamación, aumentando el número de complicaciones en más de un 50% por sangrado, daños a la pared intestinal, infecciones de la herida, absceso pélvico, lesión de otras vísceras y necesidad de re-operación. Estas probabilidades se incrementan si el paciente presenta un estado nutricional precario, tal como aconteció en el caso que se examina, en el que la enferma llevaba 5 días con vómito y diarrea y no hay ninguna constancia de que se le prescribiera tratamiento nutricional adecuado antes de someterla a la intervención quirúrgica.

Era apenas esperable que el avanzado estado de la apendicitis aguda con absceso y peritonitis que presentaba la paciente por demoras negligentes en el diagnóstico, sumado a las precarias condiciones nutricionales en que se encontraba, aumentaran exponencialmente los riesgos de la apendicetomía contraindicada que se le practicó, todo ello aunado a la culpa en que incurrió el personal médico de la clínica al no proporcionar los cuidados posoperatorios que requería su grave condición.

De igual modo, era deber de los médicos informar a la usuaria y a sus familiares sobre el estado de salud y sobre las opciones médicas que estaban disponibles: *«Es prudente comentar con el paciente y los familiares la posibilidad de operaciones en múltiples etapas; aberturas de estomas temporales o permanentes; impotencia o esterilidad e intubación posoperatoria para ventilación mecánica»*. (LAWRENCE WAY. Diagnósticos y tratamientos quirúrgicos. 7ª ed. Bogotá, 1994. p. 544)

- La falta de cuidados posoperatorios, las 5 cirugías posteriores y la muerte de la paciente.

De acuerdo a la Guía del Ministerio de Salud vigente en la fecha en que se realizó la cirugía a la señora Luz Deisy Román, el manejo posoperatorio de la apendicectomía debía ser el siguiente:

«La sonda nasogástrica se mantiene in situ hasta la aparición del peristaltismo y la sonda vesical hasta la estabilización de la diuresis. Cuando el apéndice no estaba perforado se suspenden los antibióticos y se espera el peristaltismo para iniciar vía oral. En estos casos el peristaltismo aparece normalmente a las 6 o 12 horas de postoperatorio. Si el apéndice estaba perforado y existe peritonitis generalizada, el paciente debe: a) permanecer en posición semisentado, para permitir que escurra el contenido líquido del peritoneo hacia el fondo del saco de Douglas. De esta manera, si se forma un absceso éste será pélvico y no subfrénico; la diferencia está en que un absceso pélvico es de más fácil diagnóstico y manejo que un absceso subfrénico; b) mantener un control horario de presión venosa central y de diuresis; c) los signos vitales se controlan en forma continua hasta que se estabilizan. Después se controlan cada 4 horas, junto con la temperatura. Estos controles permiten hacer ajustes en el manejo de líquidos y detectar en forma oportuna cualquier complicación; e) analgésicos según las necesidades; f) la herida se maneja como ya fue descrito». (Ministerio de Salud, Guías para manejo de urgencias. Alteraciones Gastrointestinales. Apendicitis aguda. 1996. p. 22)

A partir del análisis de la historia clínica, se evidencia que el cuidado posoperatorio que se brindó a la paciente no coincide con el que se acaba de citar, sobre todo porque no se hicieron controles cada 4 horas sino, por lo general, cada 12 horas; no se verificó el suministro de los antibióticos prescritos; y no se hizo el manejo de la herida según acaba de describirse.

En las notas de órdenes del médico del 2 de junio de 2002, a las 12 p.m., el cirujano que practicó la apendicectomía prescribió solución salina, dextrosa, sulbactam ampicilina cada 8 horas, Dipirona diluido cada 8 horas, nada por la vía oral, revisó signos vitales y ordenó lavar la herida 2 veces al día. [f.73, c.8]

En las notas de enfermería del 2 al 9 de junio se describió a la paciente en buenas condiciones de salud, se le tomaron signos vitales y se le lavó la herida, describiéndose una buena evolución. No hay ninguna anotación sobre el suministro de antibióticos, ni sobre la dieta que se le estaba proporcionando. [F. 90-93, c. 8]

En las órdenes del médico de ese mismo lapso se mandó seguir el tratamiento inicial y se prescribió dieta blanda. Sin embargo, en las notas de evolución médica no hay ninguna evidencia de que se hiciera control al suministro de la medicación prescrita. Sólo se registró una visita del médico por día, sin indicar la hora. Se le tomó el pulso y se le midió la temperatura. [Folios 28-29, cuaderno 8]

En la nota de enfermería del 8 de junio, a las 6:00 a.m., se describió a la paciente en buenas condiciones, sin fiebre, sin vómito ni diarrea. «*Ha dormido bien y no muestra signos de infección en la herida*». La siguiente nota (completamente ilegible) es a las 18:00 horas, es decir que no hay ninguna evidencia del seguimiento que se le hizo durante 6 horas [folio 95 reverso, cuaderno 8]. La siguiente atención por enfermería fue a las 20:00 horas; en ella se describió a la paciente febrícula (37.5), pálida, hidratada, abdomen blando depresible no doloroso al palpar, sin signos de flebitis, sin náuseas ni vómitos, de buen aspecto y en buenas condiciones generales. [Folio 95, reverso, cuaderno 8]

En la nota del médico se dijo que la paciente está afebril a pesar que tenía 37,8°C, es decir que se encontraba febrícula. [Folio 29, c. 8] Ese mismo día ordenó darle de alta, sin que exista

ninguna descripción de su estado de salud ni del criterio que motivó al médico a tomar esa decisión. [Folio 73, reverso, c. 8]

Según la declaración del cirujano, no ordenó dar de alta a la paciente sino que sugirió un tratamiento domiciliario: *«el manejo domiciliario de esta paciente se consideró, lo cual es una práctica corriente en muchos pacientes postquirúrgicos, pero debido al lugar de residencia de la paciente no fue posible y por lo tanto se dejó hospitalizada hasta el día en que se le dio de alta cuando terminó el tratamiento»*. [Folio 17 reverso, cuaderno 7]

Ello coincide con la nota médica de ese día, en la que el galeno informó que *«por dificultades para realizar el tratamiento ambulatorio se deja hospitalizada hasta mañana»*. [Fl. 21, c. 8]

Lo mismo indicó en la nota de órdenes del médico, en la que prescribió *«dejar hospitalizada un día más (hasta mañana) para continuar tratamiento [ilegible]. Hay dificultad para tratamiento ambulatorio según auditoría»*. [Folio 74, cuaderno 8]

El médico no explicó cuál fue la dificultad para continuar el tratamiento domiciliario, aunque de las declaraciones de los testigos se deduce que el problema consistió en que la paciente residía en un barrio subnormal y peligroso, al cual no quiso o no pudo acceder la enfermera. Al respecto, Beatriz Elena Cardona, quien se encontraba visitando a la paciente en el momento que le dieron de alta, y también la visitó el día anterior, anotó:

«...el sábado anterior al alta el médico le dijo al esposo que ella requería un medicamento muy costoso, que le iban a dar de alta y que se lo comprara la familia, pues el médico era de COOMEVA, el médico que la estaba atendiendo era de COOMEVA y que la estaban atendiendo por la EPS de ella, y que la enfermera iba a ponérsela a la casa, y la enfermera se negó a ir porque las comunas eran peligrosas, y ya el día del alta no se dio fórmula de antibiótico para nada». [Fl. 31 rev., c. 3]

A pesar de la necesidad de continuar el tratamiento, al día siguiente se dio de alta a la usuaria, sin que se consignaran las razones para tomar tal decisión, pues sus condiciones de salud no eran favorables, tal como lo admitió el propio médico, quien indicó que requería tratamiento domiciliario y no el alta.

El 9 de junio, el médico ordenó dar de alta a la paciente, sin escribir ninguna observación sobre su estado de salud o sobre las

razones que lo llevaron a tomar esa determinación. Tampoco hay ninguna prescripción farmacológica ni advertencias o indicaciones a la paciente o sus familiares [folio 74, cuaderno 8]. Lo único que hay es una orden médica donde se le recetó acetaminofén. [Folio 30, cuaderno 8]

No existe constancia sobre la hora en que dio tal orden, pues, como de costumbre, el médico no escribió ese dato. Pero en las notas de evolución indicó que antes de salir del centro hospitalario, la paciente se quejaba de dolor, sin que ello le llamara la atención. [Folio 21, cuaderno 8]

La primera nota de enfermería de ese día es de las 13:30 horas, resultando imposible saber lo que escribió la auxiliar de enfermería pues su caligrafía es ilegible. [Folio 96, cuaderno 8]

Según las declaraciones de los testigos, la paciente fue dada de alta a pesar de que se veía en mal estado, tenía fiebre y mucho dolor.

A tal respecto, María Orfilia Torres de Urrego señaló que *«la entregaron con fiebre y le dijeron al esposo que no la podían tener ahí porque necesitaban la cama y tenían que ponerle unas inyecciones, unos analgésicos que valían 50.000 pesos, y que eran como 5 que había que ponerle, pero eso lo tenía que comprar él, que él de dónde iba a sacar 250.000 pesos para ponerle porque él estaba descolocado, que le colaboraran, que él no podía hacer eso, que eso le tocaba a Coomeva, que eso le salía muy caro a la Clínica Coomeva me parece, o una cosa así, entonces que necesitaban la cama para otro paciente...»* [f.21, c. 7]

Más adelante reiteró: *«A ella la dejaron cinco días, a los cinco días la entregaron que estaba hasta con fiebre, que ahí fue cuando el esposo dijo que cómo se la iban a llevar para la casa en las condiciones que estaba, que él necesitaba que se la dejaran otros días más y le dijeron que no porque necesitaban la cama, que más bien él la estuviera llevando a la clínica por la tarde. Entonces él dijo que no porque él no tenía la forma porque estaba sin trabajo, que de dónde iba a estar sacando 20.000 pesos para trasladarla de la casa al hospital diario, que le ponían una enfermera pero que él la pagara; a cambio de que ellos le dieran la droga analgésico, él no podía pagarla porque él no podía pagar la enfermera, entonces no le dieron la droga ni la enfermera, porque era deber de ellos darle la droga y ponerle la enfermera, siendo que ella era cotizante, entonces ahí fue cuando la mandaron para la casa, no la dejaron en la clínica, se la llevaron en taxi; y la droga que le mandaron fue acetaminofén que sepa yo...»* [Folio 22, cuaderno 7]

El testimonio anterior coincide con el de María Doralba Oquendo: *«... al cuarto día me acuerdo que era un día festivo, me estaba dirigiendo para la visita cuando el esposo me comunica que le habían dado de alta, yo preguntaba el porqué sabiendo que un paciente cuando tiene fiebre no le daban de alta; el argumento del esposo era que necesitaban evacuar gente de la clínica, y lo que ella tenía podía seguir siendo tratado en la casa; le ordenaron unos antibióticos, que supuestamente el POS no los cubría, me preocupaba mucho más, sabiendo que él se encontraba desempleado; no sé quién fue el que le dijo al esposo o sea a Guillermo que se dirigiera a la EPS a ver de qué forma le podían solucionar el problema, yo estaba en la clínica con la paciente, que la única solución que le habían dado era suministrarle unas inyecciones pero que él debería conseguirle enfermera para que le aplicara vía intravenosa; ellos en medio de la angustia no veían ninguna solución, otra de ellas fue que también la podía dirigir dos veces al día a la clínica para de esta forma suministrarle la droga. Todo porque así le salía más económico a la EPS, nosotros insistíamos por qué siendo una cotizante y si desde un principio había habido negligencia o argumentos diferentes no le ofrecían la atención necesaria»*. [Folio 25 rev., c. 7]

En ello concuerda la declaración de Beatriz Elena Cardona Ruiz, quien al visitar a la paciente se extrañó *«porque no le habían mandado antibióticos, [le] mostró la fórmula y sólo había acetaminofén; ella se los tomó juiciosa y el miércoles ella fue a revisión, el médico la encontró muy bien y le dijo que siguiera con el acetaminofén...»* [29 rev]

Esta testigo, quien para la época en que ocurrieron los hechos estudiaba nutrición, también afirmó que a la señora Luz Deisy no le enviaron ninguna dieta, siendo enfática al aseverar: *«el único medicamento era acetaminofén y ninguna dieta, la dieta se la puse yo (...). Yo le sugerí una dieta blanda con consumo de agua, y les advertí que todo lo que fuera crudo fuera bien lavado, la dieta blanda es la que contiene leche deslactosada, no leguminosas, no exceso de grasa para evitar que se inflame el colon y esto pueda causar dolor y ayudar a una mejor recuperación de la parte intestinal »*. [Folios 30-31, c. 7]

Las anteriores pruebas, analizadas individualmente y en conjunto, evidencian que a la paciente se le dio de alta cuando aún presentaba fiebre y dolor, sin que se hiciera una observación cuidadosa de su estado de salud. Tampoco se realizó la hospitalización domiciliaria sugerida por el médico por *“dificultades para el tratamiento ambulatorio según auditoría”*, sin que se explicaran cuáles fueron esas dificultades.

Para completar la atención inhumana e indolente que se brindó a la usuaria, se le prescribió un medicamento no cobijado por el POS (según narraron los testigos), a sabiendas de que el esposo no podía asumir dicho gasto, pues así se lo indicó a la coordinadora, sin importarle esa situación lo más mínimo al personal médico y administrativo de la Clínica, quienes no ofrecieron ninguna solución frente a tal problema.

A pesar que el médico recomendó seguir el tratamiento ambulatorio, la clínica le dio de alta, sin enviar una enfermera a la casa; sin observar los resultados de laboratorio que habrían de indicar el tipo de bacterias que estaban produciendo la infección para, con base en ellos, prescribirle los antibióticos respectivos; no se le recetaron antiinflamatorios ni antibióticos para ser suministrados en su domicilio; tampoco se le envió una dieta especial; no se explicó a la paciente o a sus familiares los cuidados y el tratamiento que debían seguir para evitar infecciones previsibles u otras complicaciones. Está documentado que lo único que prescribió el médico fue Acetaminofén. [Folio 30, c. 8]

En la epicrisis, que como de costumbre, fue mal diligenciada, contraviniendo las reglamentaciones del Ministerio de Salud, no se indicó la fecha, la hora, ni el servicio por el que egresó la paciente. Sólo se señaló que la señora Luz Deisy había padecido una apendicitis con absceso y peritonitis y que fue sometida a una apendicectomía. No se hizo ningún plan de manejo ambulatorio; no hay instrucciones o recomendaciones; no se describió ningún tipo de revisión; no se indicó medicación, exámenes ni terapia. La salud de la paciente, una vez fue dada de alta, se dejó en manos de la fortuna. [Folio 71, cuaderno 8]

De acuerdo a la literatura especializada, *«excepcionalmente, el enfermo con peritonitis fallece por la inflamación de la serosa peritoneal. Las causas de muerte son las complicaciones que sobrevienen al cuadro peritoneal; por lo tanto, la misión del médico en el seguimiento posoperatorio debe ser la de tratar de detectar estas complicaciones y manejarlas de manera adecuada»*. (HIPÓLITO WAISMAN. Op cit., p. 273)

En tales circunstancias, dado el negligente cuidado posoperatorio que recibió la paciente, lo más previsible era que volviera a presentar complicaciones; que empeorara su estado de salud y que a los pocos días reingresara a la Clínica por quinta vez por el mismo padecimiento, como en efecto ocurrió.

Según la nota de ingreso, la señora Luz Deisy Román reingresó a la Clínica Las Vegas por el servicio de urgencias en compañía de su esposo, por causa de un «*dolor intenso en abdomen acompañado de vómito*». Se indicó que lo único que está tomando es Acetaminofén 500 mg; no se hizo descripción de signos, síntomas o reacciones. [Folio 240, cuaderno 8]

En las hojas de evolución aparece que la paciente fue atendida a las 10:00 a.m. por la doctora María Isabel Ochoa, quien utilizó una caligrafía ilegible, por lo que es imposible saber cómo fue esa valoración o las conclusiones a las que llegó la facultativa. [Folio 30, cuaderno 8]

En la nota de enfermería, aparece que a la 1 [¿de la tarde?] del mismo día la doctora María Isabel Ochoa evaluó a la paciente, sin indicar el resultado de dicha evaluación. Se informa que la médica remitió a la paciente a evaluación por parte del cirujano general Hernando Vélez Rojas, quien determinó hospitalizarla y ordenó practicarle cirugía. Nada se informó acerca del estado de la paciente, sus signos vitales, su aspecto físico, su temperatura, etc., ni el motivo de la cirugía. Se señaló que se trasladó al ecógrafo para realizarle ecografía abdominal. [Fl. 250, c. 8]

En la hoja de evolución diaria, el doctor Hernando Vélez Rojas describió a una paciente con dolor abdominal constante y vómito de casi 12 horas de evolución; ha “exonerado” nuevamente. «*Antecedentes quirúrgicos de abdomen operado de urgencia el 2 de junio por una apendicitis aguda con peritonitis de unos 5 días de evolución...*» [Folio 39, cuaderno 8]

A las 14: 30 el cirujano hizo una anotación ilegible. [Folio 39 reverso, cuaderno 8]

A las 15:02 se ingresó a la paciente para anestesia; y a las 14:30 se dio inicio a la cirugía, en medio de la cual se agravó con taquicardias persistentes. A las 18:30 continuó inestable hemodinámicamente, con taquicardias, oligúrica, con tendencia a la hipotensión. Se decidió continuar la reanimación en la unidad de cuidados intensivos. [Folio 39, cuaderno 8]

De ahí en adelante y hasta el momento de su deceso, la salud de la señora Luz Deisy se fue deteriorando cada vez más, quedando sumida en una lamentable, penosa, dolorosa e

inhumana condición. Se le practicaron 4 nuevas intervenciones quirúrgicas, pero no fue posible lograr su recuperación pues ya no había mucho que hacer dado el avanzado estado de la peritonitis. En las notas de evolución diaria se evidencia una gran cantidad de procedimientos, tratamientos y prescripciones que no lograron devolverle su salud. En ellas se describió a una paciente con congestión pulmonar, derrame pleural derecho, desnutrición proteico-calórica, anémica, notorio deterioro metabólico, con filtración de materia fecal por la herida abdominal, entre otras complicaciones que dan cuenta de un grave e insoportable sufrimiento. [Folios 39-55, cuaderno 8]

Finalmente, luego de un largo y doloroso internamiento en la unidad de cuidados intensivos durante 7 días, la señora Luz Deisy falleció el 23 de junio de 2002 debido a una sepsis con falla sistémica de origen abdominal con lesión pulmonar aguda y peritonitis. [Folio 98, cuaderno 8]

Según el dictamen rendido por el médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la atención brindada a la paciente en el lapso comprendido entre el 15 y el 23 de junio fue oportuna y adecuada de acuerdo a los protocolos médicos. [Folio 325, cuaderno 8]

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de las etapas anteriores, en las que, como quedó demostrado, la atención brindada a la usuaria se caracterizó por una larga cadena de errores negligentes, omisiones injustificables y violaciones a los estándares científicos que demuestran con un altísimo grado de probabilidad la grave culpa en la que incurrió el equipo médico de la Clínica Las Vegas y que desencadenó el deterioro de la salud de la paciente y su posterior muerte.

De acuerdo al referido dictamen, *«el 15 de junio de 2002 es reintervenida quirúrgicamente por obstrucción intestinal por peritonitis, encontrando obstrucción del íleon terminal por fuertes adherencias al antiguo lecho apendicular, múltiples adherencias menos fuertes en todo el íleon, compromiso de la vitalidad de 15 cms. del íleon que obligó a resección...»* [Folio 324, cuaderno 8]

Según la literatura especializada, entre las consecuencias y complicaciones que puede sobrevenir por un diagnóstico tardío de apendicitis es la peritonitis, y ésta, a su vez, puede generar obstrucciones: *«Una vez ocurre la perforación del apéndice, se*

desencadenan otras complicaciones como obstrucción intestinal, absceso hepático e incluso pileflebitis». (Ministerio de la Protección Social. Guías para manejo de urgencias. t. II. 2002. p. 37)

En el mismo sentido HIPÓLITO WAISMAN, respecto de las complicaciones por un manejo posoperatorio inadecuado de la apendicitis con peritonitis describe lo siguiente: *«En estos casos la obstrucción intestinal puede prolongarse, postergarse, ya que el íleo paralítico se transforma en íleo mecánico, por las adherencias de las asas, originadas por la aglutinación de éstas como consecuencia de la organización del exudado fibrinógeno*». (Op. cit. p. 273)

A igual conclusión llegó PEDRO WONG PUJADA, al señalar entre las complicaciones tardías de las complicaciones de la apendicitis aguda la *«obstrucción mecánica, producida por la presencia de bridas intestinales; más frecuentes en las apendicitis complicadas*». (Op. cit.)

La muerte de la señora Luz Deisy en las circunstancias antes descritas no fue obra del infortunio o de complicaciones inevitables producidas por su propio organismo, como quisieron dar a entender en sus declaraciones los médicos que la atendieron, pues está científicamente documentado que la mortalidad de cero por esta patología es teóricamente posible, y que los pocos casos de muerte que aún se presentan son perfectamente evitables:

«La mortalidad en la apendicitis aguda simple es aproximadamente de 0.1% y no ha cambiado significativamente desde 1930. El adelanto de los cuidados preoperatorios al igual que en el posoperatorio, con énfasis particular en el tratamiento de líquidos antes de las intervenciones quirúrgicas, ha reducido la mortalidad por perforación a aproximadamente 5 por ciento. Sin embargo, todavía ocurren infecciones posoperatorias en 30% de pacientes con apéndices gangrenados o perforados. Aunque la mayoría de estos pacientes sobreviven, muchos se agravan y requieren hospitalización prolongada». (LAWRENCE WAY. Diagnósticos y tratamientos quirúrgicos. 7ª ed. Bogotá, 1994. p. 741)

«La mortalidad quirúrgica de una apendicitis no complicada, es menos del 0,1%; se eleva a 0,6% en la apendicitis gangrenosa y llega al 5% en la perforada, en pacientes ancianos; la morbilidad posoperatoria llega al 10% y está relacionada principalmente con infecciones de la herida y con abscesos intraperitoneales». (HIPÓLITO WAISMAN, Op. cit. p. 274)

Si se analiza la conducta individual de cada uno de los agentes singulares que intervinieron en la atención médica negligente que se brindó a la señora Luz Deisy Román, no hay forma de deducir con certeza lógica que cada una de ellas, por separado, fue la “*causa adecuada*” de su muerte. Sin embargo, al examinar el proceso organizacional como un todo en el que se presentó un gran cúmulo de omisiones y violación de estándares científicos y de reglamentos técnicos y profesionales, es preciso concluir que esas actuaciones y abstenciones culposas, consideradas como una unidad de acción organizativa fueron, en términos de probabilidad, el factor jurídicamente relevante que agravó la condición física de la paciente y propició su muerte.

En el contexto de valoración jurídica, tales omisiones selectivamente relevantes son consideradas como la razón suficiente por la cual la paciente no recuperó su salud, porque de acuerdo al estado de la ciencia para la fecha en que ocurrieron los hechos, no era en modo alguno admisible que una persona muriera por un episodio común y sencillo de apendicitis, pues según las investigaciones de los expertos citadas *in extenso* líneas arriba, los poquísimos casos clínicos en los que un paciente muere por perforación del apéndice con complicación por absceso y peritonitis se deben a errores negligentes del personal médico.

El cúmulo probatorio analizado con detalle hasta este momento se puede resumir en las siguientes hipótesis que demuestran, con un altísimo grado de probabilidad, la culpa de las entidades demandadas en el desencadenamiento del daño sufrido por los actores:

Si la literatura médica describe –como en efecto lo hace– que un médico experimentado se distingue de uno imperito por los resultados de sus aciertos, entonces hay suficientes razones de peso para concluir que los repetidos diagnósticos equivocados respecto a la enfermedad de la paciente se debieron a la falta de pericia médica.

Las investigaciones médicas señalan que un paciente que llega por urgencias aquejado por un fuerte dolor abdominal debe permanecer hospitalizado bajo una cuidadosa observación con el fin de descartar la presencia de una enfermedad quirúrgica. En vez de ello, la médica tratante realizó una valoración apresurada e incompleta, enviando a la paciente para su casa, por lo que hay

suficientes razones para inferir que su conducta fue negligente y que retrasó el diagnóstico de una enfermedad grave que requería un tratamiento urgente.

Los estudios científicos prohíben que se den analgésicos al paciente hasta tanto no se tenga certeza del diagnóstico, porque éstos enmascaran el dolor y disimulan el principal síntoma de una enfermedad quirúrgica. Contrario a ello, la médica tratante prescribió analgésicos a una mujer con síndrome de abdomen agudo sin saber la causa de esta sintomatología, por lo que existen suficientes razones para deducir que el aludido tratamiento constituyó una conducta imprudente e imperita.

Los protocolos médicos de urgencia señalan que un paciente con síndrome de abdomen agudo con causa indeterminada debe ser sometido a valoración minuciosa, a través de una secuencia de inspección, palpación, percusión y auscultación. Omitiendo lo anterior, la médica tratante se limitó a describir someramente algunos de los síntomas que presentaba la paciente sin preocuparse por buscar los signos mediante el procedimiento antes descrito, lo que se erige en una razón de peso para colegir que el proceso de valoración fue deficiente, descuidado, incompleto y, por ello, constitutivo de culpa.

Para los casos similares al que padecía la señora Luz Deisy Román las guías médicas prescriben la realización de exámenes de laboratorio, radiológicos habituales, estudios radiológicos especiales y exploración por escanografía computarizada. Nada de ello ordenó la médica tratante, estando dentro de sus posibilidades y de las de la Clínica; entonces se infiere que su tratamiento fue incompleto, omisivo y negligente.

Frente a una paciente con síndrome de abdomen agudo cuyos síntomas pudieron confundirse con los de una enfermedad inflamatoria pélvica, los protocolos médicos ordenan la realización de un diagnóstico diferencial mediante la remisión a especialista en ginecología y la realización de exámenes de laboratorio y ecografía que permitan salir de la duda diagnóstica con un alto grado de probabilidad. Nada de ello se hizo en la atención brindada a la señora Luz Deisy Román, por lo que hay razones más que suficientes para concluir que la falta del diagnóstico diferencial que prescribía la *lex artis* incidió en su agravamiento y posterior muerte.

Los estándares de la medicina indican que un paciente que reingresa al centro hospitalario con los mismos síntomas, generalmente es un paciente mal atendido, a quien no se le diagnosticó correctamente su enfermedad ni mucho menos se le prescribió el tratamiento adecuado, por lo que requiere mayor observación y una repetición de los exámenes físicos, de laboratorio e imagenológicos, a fin de dar con la causa de su padecimiento. El reingreso de la usuaria no llamó la atención al médico tratante; no hizo un examen físico minucioso; no prescribió los exámenes requeridos; ni la remitió al especialista, insistiendo en el diagnóstico anterior, por lo que hay suficientes elementos de juicio para concluir que la atención brindada por segunda vez fue negligente.

La usuaria reingresó no una, sino cuatro veces al centro hospitalario con los mismos síntomas y en un estado de salud cada vez más grave, y aun así los médicos que la trataron no consideraron tales reingresos sospechosos de una anomalía en el diagnóstico inicial, y no se preocuparon por salir de la duda mediante los procedimientos descritos por la ciencia médica, por lo que existen suficientes motivos para concluir que la negligencia e incuria del equipo médico fue la razón más probable del agravamiento y muerte de la paciente.

Los médicos no se preocuparon por llevar una historia clínica según la reglamentación de la autoridad administrativa correspondiente y, por el contrario, violaron tales disposiciones sin importarles las consecuencias de tal conducta en el rompimiento del flujo comunicacional entre los profesionales, lo que conlleva a inferir que tales omisiones fueron constitutivas de culpa.

Las demandadas aportaron una historia clínica incompleta, pues no apareció la atención brindada a la paciente el 30 de mayo de 2002, cuando se probó que ese día la usuaria acudió a la Clínica por segunda vez, lo que constituye un indicio procesal de su culpa (Art. 249 C.P.C.), al ocultar un documento que resultaba vital para los efectos de establecer si la atención brindada a la paciente se adecuó o no a las posibilidades técnicas y científicas que estaban disponibles para la fecha en que ocurrieron los hechos.

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

Las investigaciones médicas concluyen que un diagnóstico temprano de apendicitis es imprescindible para la recuperación de la salud de quien la padece, por lo que hay que actuar prontamente y proceder a la cirugía cuando se tengan sospechas. A pesar de ello, sabiendo el médico que la señora Luz Deisy llevaba cuatro días con signos y síntomas que a un profesional diligente le hubieran llevado a un diagnóstico certero, no realizó los procedimientos estandarizados para salir de la duda; entonces no hay ninguna razón que pueda justificar la grave culpa con la que obró el profesional.

Los estudios científicos señalan que un diagnóstico tardío de apendicitis, cuya demora no es atribuible a la tardanza del paciente en acudir al centro médico, se debe a negligencia médica y a una conducta vergonzosa e inaceptable; luego, es preciso admitir que la conducta de los médicos que no dieron con el diagnóstico temprano de la patología de la paciente fue negligente e imperita, constitutiva de culpa. Existen suficientes razones para atribuir el agravamiento de la salud de la paciente por la formación de un absceso y peritonitis a la negligencia del equipo médico de la Clínica Las Vegas que no detectó su enfermedad a tiempo, habiendo tenido a su alcance todas las posibilidades técnicas de hacerlo.

La literatura médica indica que en caso de diagnóstico tardío de apendicitis con absceso y peritonitis, no se debe practicar la apendicectomía inmediatamente, sino que se debe proceder a drenar el apéndice, mantener tratamiento con antibióticos y mejorar el estado general del paciente hasta que esté en condiciones de soportar la cirugía. Operar de inmediato aumenta las probabilidades de complicaciones en más de un 50%

de los casos por sangrado, daños a la pared intestinal, infecciones de la herida, absceso pélvico, lesión de otras vísceras, obstrucciones, fístulas y necesidad de re-operación. Estas complicaciones fueron las que presentó la señora Luz Deisy después de la apendicetomía que se le realizó; luego, hay suficientes razones de peso para concluir que tales consecuencias se debieron a la impericia del médico cirujano al realizar un procedimiento contraindicado por los estándares de su profesión.

Los estudios científicos muestran que la tasa de mortalidad por apendicitis es extremadamente baja, aún diagnosticada tardíamente, con absceso y peritonitis; y que las complicaciones y excepcional muerte del paciente ocurren por errores y fallas médicas producidas por descuidos u omisiones negligentes. En consecuencia, si las complicaciones que sufrió la señora Luz Deisy y su posterior muerte están descritas en la literatura médica como resultados adversos por falta de cuidados posoperatorios, entonces existen suficientes elementos de juicio para concluir, de la mano de las pruebas examinadas en el proceso, que los descuidos en el posoperatorio incidieron en el agravamiento y muerte de la paciente.

Las anteriores hipótesis, debidamente soportadas en hechos probados y a la luz de los estándares de la medicina, permiten concluir con un alto grado de probabilidad que la muerte de la madre y esposa de los demandantes se debió a la culpa organizacional de las entidades demandadas, contrario a las apreciaciones del juez *a quo*, para quien la atención brindada a la usuaria del sistema de salud estuvo dentro de lo normal.

A juzgar por el gran cúmulo de errores y equivocaciones persistentes, negligentes e injustificables del equipo médico, lo único normal en este caso según los dictados de la ciencia médica y la experiencia, fue el desenlace fatal al que dio lugar el proceso organizacional defectuoso, culpable e inhumano de la Clínica Las Vegas; siendo lo más extraño de todo ello que la usuaria del sistema de salud lograra resistir intensos sufrimientos durante 23 días y no muriera mucho antes.

8. Decisión de las excepciones.

Probados, como están, los elementos de la responsabilidad organizacional a cargo de las entidades demandadas por la muerte de la señora Luz Deisy Román Marín, se negarán las excepciones de ausencia de culpa y de nexo causal que formularon, pues la incidencia de sus procesos organizacionales deficientes, negligentes y culposos en el desencadenamiento de los daños ocasionados a los actores fue preponderante, debiendo responder solidariamente tal como lo ordena el artículo 2344 del Código Civil.

Ahora bien, contrario a la apreciación del sentenciador *ad quem*, para quien no resultaba admisible analizar las circunstancias fácticas de la atención que la Clínica brindó a la paciente el 29 de mayo de 2002, por haber precluido la investigación penal que la Fiscalía General de la Nación adelantó contra la médica que trató a la paciente ese día, considerando esa situación como cosa juzgada penal sobre lo civil con implicaciones absolutas; se deben hacer las siguientes aclaraciones.

Una antigua y ya superada doctrina foránea sostenía que los efectos *erga omnes* del fallo penal no sólo cobijan el hecho en que se funda la acción, su calificación y la participación del sindicado, sino que se extienden *absolutamente* a todas las declaraciones proferidas por el juez penal, inclusive al resarcimiento del daño, sin importar si las partes, el objeto y las causas son distintas a las del proceso civil.

Según los defensores de esta doctrina, «los tribunales represivos, cuando resuelven la acción pública, fallan dentro de un interés social; no juzgan entre dos partes determinadas sino entre una parte y la sociedad entera. Lo que deciden para fallar sobre la acción pública debe, pues, imponerse a todos. Nadie puede ser llevado a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil; se impone sean cuales sean las partes, sean cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil». (MAZEAUD y TUNC, Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. t. II, vol. 2, num. 1745)

No está sujeto a discusión que las autoridades de la jurisdicción penal cuando deciden sobre el fondo de la acción pública que se origina en la infracción de la ley penal toman una decisión con implicaciones frente a toda la sociedad, de suerte que ningún otro funcionario judicial está facultado para cuestionar o poner en entredicho esa decisión. La verdad de tal afirmación, sin embargo, no es la explicación ni puede ser el fundamento de la autoridad de la cosa juzgada de lo penal en lo civil.

Por el contrario, al ser el resultado del proceso penal de obligatorio acatamiento por parte de todas las autoridades de la República y por la población en general, tal obediencia se circunscribe a lo que es objeto de aquella jurisdicción, es decir a la declaración sobre el reproche criminal del procesado, lo cual no podría ser de otra manera porque ninguna autoridad judicial puede desbordar su marco de atribuciones constitucionales y legales.

Es cierto que existen circunstancias en las cuales el juez civil queda sujeto a las declaraciones que hace la justicia penal, mas ello no es una regla general ni mucho menos un principio absoluto, como enseguida pasa a explicarse.

Con relación al daño resarcible, en el capítulo 3 se explicó que a diferencia del ordenamiento penal para el que la conducta punible tiene que estar tipificada en la ley sustancial, en el derecho civil tal requisito es intrascendente en razón de la cláusula general de responsabilidad, que ordena resarcir cualquier bien jurídicamente relevante protegido por el ordenamiento constitucional o legal, con la única limitación que la indemnización no sea ni más ni menos que el perjuicio realmente sufrido por la víctima. Luego, es posible que un resultado que no supone ningún menoscabo para la justicia penal, comporte un perjuicio jurídicamente relevante y merecedor de resarcimiento para el juez civil.

El juez penal puede declarar, inclusive, la inexistencia de la conducta punible y, sin embargo, el análisis de imputación que realiza el juez civil puede concluir frente a la misma conducta que el daño jurídicamente relevante es atribuible a un sujeto como suyo, tal como acontece en los eventos de omisiones, responsabilidad por medio de otro y responsabilidad derivada de procesos u operaciones organizativas, como quiera que las

valoraciones sobre los hechos que realiza el juez civil están determinadas por un marco axiológico distinto al que prefigura los puntos de referencia del juez penal.

Respecto de este punto la Corte reitera su doctrina esbozada en fallo de casación de 16 de mayo de 2003, en el que dijo:

«(...) uno de los casos en que la acción civil se acalla por la decisión penal absolutoria, es el que surge con la declaración de que el sindicato no cometió el hecho causante del perjuicio; situación en la que quedan comprendidos los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una “causa extraña”, vale decir, aquellos que, cual sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha fracturado el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad. (...)

Traduce lo anterior, desde luego, que en circunstancias como las descritas, atento ha de estar el juzgador al contenido del pronunciamiento del juez penal, como que lo que en el fondo proclama el punto, es que “al caso fortuito se le tome por lo que es, con las características que por ley lo definen, pues sin el debido desvelo que materia tan delicada y rigurosa exige, llegaríase irremediabilmente a un enojoso formalismo”. (Caa. Civ. De 24 de noviembre de 2000, exp. 5365).

Expresado en otras palabras, “para que el supradicho alcance normativo sea de recibo, requiérese que de la decisión penal brote inequívocamente que la solución descansa en una cualquiera de las causas ya descritas, porque es natural pensar que la preceptiva en cita, atendidos sus peculiares efectos, rechaza su aplicación en aquellos eventos en que, como ocurre a menudo, el pronunciamiento penal se ofrece oscuro, ambiguo y hasta contradictorio. No pueden olvidarse, a este propósito, los rasgos prominentes que orientan tan delicado problema, empezando por tener siempre presente que la autoridad de la cosa juzgada penal absolutoria sobre lo civil, no se presenta frente a una decisión cualquiera, pues es forzoso que, con arreglo a un principio admitido por todos, el pronunciamiento penal, a más de necesario, sea cierto, aspecto este último sobre el que aquí se está llamando la atención con el objeto de indicar que tal connotación exige que ese pronunciamiento no puede estar afectado de dubitación o confusión alguna”.

Lo que de suyo pone de presente que, si en algo ha de hacerse énfasis, es en “el celo con que el juez civil se aplicará a verificar una cualquiera de tales causas (...), fijando su atención

especialmente en el aspecto intrínseco del pronunciamiento penal, antes que en nomenclaturas que fácilmente lo pueden distorsionar. En esto quiere ser insistente la Corte: si la decisión penal no es lo suficientemente puntual al respecto, la norma comentada rehúsa su aplicación». (Exp. 7576)

Lejos de demostrar la existencia del principio de la cosa juzgada penal sobre lo civil, la anterior jurisprudencia lo refutó (aún en vigencia del artículo 55 del Decreto 050 de 1987), porque si el juez civil tiene que *‘fijar su atención especialmente en el aspecto intrínseco’* del pronunciamiento que hace el juez penal respecto de la inexistencia del hecho o de una causa extraña, entonces es innegable que aquél no puede declarar la excepción de cosa juzgada si antes no revisa y valora el fondo de la decisión penal a tal respecto, lo que evidentemente le resta toda su esencia a la aludida figura.

En efecto, el fundamento de la teoría de la cosa juzgada penal sobre lo civil es que una vez realizada una declaración por parte del juez penal, la misma no puede ser analizada, cuestionada, puesta en duda o refutada por el juez civil.

Pero si lo que nuestra jurisprudencia ha dicho es que el juez civil está obligado a analizar el mérito de la providencia penal en lo que corresponde a la existencia del hecho causante del daño y al *‘nexo de causalidad’*, entonces el resultado del proceso de responsabilidad extracontractual no está condicionado de ningún modo por lo que se haya decidido en la instancia penal sino por lo que el juez civil considera en atención a su propio marco jurídico-valorativo.

La cosa juzgada penal sobre lo civil, entonces, no sólo no es absoluta sino que no opera cuando el juez penal declara la inexistencia del hecho lesivo, o que el daño ocurrió por una causa extraña a la voluntad del sindicado.

Si ello era así en vigencia del Decreto 050 de 1987, cuyo artículo 55 consagraba los efectos de la cosa penal absolutoria sobre la acción civil en los precisos casos contemplados por esa disposición, es decir por inexistencia del hecho, por ausencia del nexo causal, o por la existencia de una causal de justificación, entonces con mayor razón tales circunstancias no generan cosa juzgada sobre lo civil en vigencia del actual ordenamiento adjetivo penal, pues éste no consagra la aludida restricción.

La declaración penal de inexistencia de culpabilidad o de absolución por ausencia de prueba de dicho elemento, por su parte, no ha sido nunca objeto de cosa juzgada de lo penal en lo civil, ni en el anterior Código de Procedimiento Penal ni en el actual, lo que tiene su explicación en que ambas jurisdicciones realizan el juicio de reproche desde una perspectiva distinta.

La culpabilidad civil funciona con una lógica propia que permite atribuir responsabilidad por eventos distintos a los que valora el juez penal, como sucede en los casos de responsabilidad por el hecho ajeno, por omisiones y responsabilidad directa de las personas jurídicas, los cuales requieren una preconcepción jurídica inherente al instituto de la responsabilidad civil, cuyo juicio de reproche es más amplio y menos restrictivo que el que realiza el juez penal.

Existe, no obstante, una situación en la que no le es dable al juez civil apartarse de la sentencia dictada por el juez penal, lo que ocurre cuando este último declara probada la existencia de cualquiera de las modalidades de la conducta penal (dolo, culpa o preterintención). Ello es así porque cualquiera de esas modalidades supera el umbral mínimo de la culpabilidad civil, en cuyo caso el juez civil habrá de limitarse a liquidar los perjuicios correspondientes si el funcionario penal no lo hizo en el respectivo incidente de reparación, sin que le sea dable entrar a cuestionar las declaraciones proferidas por el juez penal respecto de los elementos que estructuran la responsabilidad.

Otra limitación que se impone al juez civil con relación a la reparación de perjuicios ordenada en el proceso penal tiene lugar cuando en este último se dispuso el pago y éste efectivamente fue recibido por la víctima. Mas esta situación no obedece a la extensión de la cosa juzgada penal sobre lo civil sino a la prohibición de resarcir dos veces un mismo daño, en cuyo caso bastará con invocar la respectiva excepción de pago.

Luego, no hay ninguna razón para excluir del análisis probatorio los hechos que tuvieron lugar el 29 de mayo de 2002, pues la preclusión de la investigación que adelantó la Fiscalía General de la Nación contra la médica Gloria Patricia Muñoz Saldarriaga, y que se circunscribió al diagnóstico por ella realizado ese preciso día, no tiene la aptitud de erigirse en cosa juzgada penal sobre lo civil.

Por las razones expresadas, resulta necesario realizar a continuación la correspondiente liquidación de los perjuicios ocasionados a los actores.

9. Liquidación de perjuicios

9.1. Perjuicios patrimoniales

Es doctrina inveterada de esta Corte, que en punto a la reparación de daños patrimoniales ocasionados por la muerte de una persona, lo que genera la obligación de indemnizar es la privación injusta de un provecho económico que el demandante recibía del occiso, mas no el simple hecho de la muerte ni menos aún la culpa del responsable de dicho resultado.

De ahí que quien pretenda el resarcimiento de un detrimento patrimonial deberá demostrar en el proceso, además de los elementos de la responsabilidad civil, el monto y la magnitud de su pérdida, de manera que la decisión del sentenciador se asiente sobre la prueba de aquello que debe ser resarcido con el fin de restaurar los bienes jurídicos conculcados, en virtud del principio de reparación integral del daño.

El vínculo familiar civil o natural no es, por tanto, un factor suficiente para que los deudos de la difunta se hagan acreedores al pago de una indemnización por concepto de perjuicios patrimoniales, sino que es necesario que demuestren la dependencia económica respecto de aquélla, lo cual se satisface con cualquier medio de prueba legalmente admitido.

A partir de las pruebas recopiladas en la actuación y, específicamente, de los testimonios escuchados en las audiencias, se demostró que la señora Luz Deisy Román Marín laboraba en la empresa Serdán S.A. y que era ella quien sostenía su núcleo familiar, pues su esposo estaba desempleado y dependía de ella, al igual que sus hijos.

Así lo afirmó María Orfilia Torres de Urrego, vecina de la difunta, quien manifestó que la muerte de la señora Luz Deisy afectó gravemente la economía familiar, puesto que ella era quien

sostenía el hogar con su trabajo, ya que el esposo estaba desempleado y sólo trabajaba como taxista esporádicamente. [Folio 22 reverso, cuaderno 3]

En el mismo sentido, María Doralba Oquendo aseveró que todo *«lo que trabajaba prácticamente era para sus dos hijos y también para ayudar a sus padres»* [Folio 27, cuaderno 3]. Y más adelante explicó la forma en que la muerte de la señora Luz Deisy afectó la economía familiar: *«los afectó demasiado porque en la familia ya no había hogar (...), el papá seguía viendo por ellos, pero no en la forma en que lo hacía la mamá, ella era la que se preocupaba por su estado y por sus cosas personales, luego se fueron a vivir con el papá y la hija mayor tuvo que devolverse para donde la abuela porque la situación económica no era buena, los afectó mucho, la niña no pudo seguir estudiando y Cristopher se dedicó a trabajar y en este momento ninguno de ellos dos estudia que era el sueño de la mamá»*. [Folio 30, cuaderno 34]

Está probado, entonces, que la señora Luz Deisy Román era quien sostenía la economía familiar, por lo que su muerte ocasionó a los actores un grave menoscabo patrimonial.

También está probado que Luz Deisy laboraba en la empresa Serdan S.A. y que para la fecha de su deceso devengaba el salario mínimo, tal como lo muestran las respectivas certificaciones. [Folio 18, cuaderno 1 y folio 32, cuaderno 3]

Una vez demostrado el detrimento patrimonial, sólo resta calcular el monto de su cuantía con el fin de proferir la condena en concreto, para lo cual se tomará como punto de partida el salario mínimo devengado por la occisa, al cual habrá de restársele un porcentaje que –por presunción judicial– se estima en un 25% que la difunta debió destinar para satisfacer sus gastos personales, pues la experiencia muestra que normalmente una persona que sostiene económicamente su hogar tiene que gastar algo de sus ingresos en su propia manutención. (SC de 22 de marzo de 2007, Exp.: 5125; 15 de abril de 2009, Exp.: 1995-10351-01; 18 de diciembre de 2009, Exp.: 1998-00529-01; 17 de noviembre de 2011, Exp.: 1999-00533-01; 9 de julio de 2012, Exp. 2002-00101-01)

Por consiguiente, será el 75% del salario mínimo la cantidad que habrá de tomarse como base para la liquidación, divididos en tres partes iguales, una para el cónyuge supérstite y una para cada uno de los hijos.

El valor de reposición o reemplazo del salario mínimo vigente a la fecha de ocurrencia del daño, es el valor del salario mínimo mensual vigente a la fecha de esta sentencia. El 75% de \$767.154 es \$575.365,5. Este último será el valor base de la liquidación.

La parte de cada uno de los hijos se pagará hasta la fecha en que cumplan 25 años, pues ese es el momento en que cesa la obligación legal de los padres de proporcionar alimentos congruos a sus hijos; y de esa forma fue solicitado en la demanda. [f. 79, c.1]

A tal respecto, esta Sala ha precisado:

«El período indemnizable del hijo menor se extenderá hasta completar los 25 años de edad, ‘ya que conforme a la doctrina sentada por esta Corporación, en esa edad -25 años- ordinariamente se culmina la educación superior y se está en capacidad de valerse por sí mismo.’ (Cas. Civ. Sentencia de 22 de marzo de 2007, reiterando el criterio de las sentencias de 18 de octubre de 2001, 5 de octubre de 2004 y 30 de junio de 2005, iterada en sentencia de 18 de diciembre de 2009, Exp.: 05001-3103-010-1998-00529-01)». (SC de 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-00533-01; reiterada en SC de 9 de julio de 2012, Exp.: 2002-00101-01)

i. El hijo Cristopher David Pulgarín Román nació el 30 de junio de 1987 [folio 14, cuaderno 1]; luego, si a la muerte de su madre tenía 15 años, su indemnización se pagará por 10 años, es decir 120 meses. La tercera parte del 75% de un salario mínimo vigente (ó 25% del mismo) es \$191.788,5. En consecuencia, la indemnización que habrá de recibir este demandante por concepto del período de inmovilización del lucro cesante asciende a la suma de \$23'014.620.

La anterior cifra corresponde al monto actualizado de la indemnización con base en el incremento anual del salario mínimo, a fin de contrarrestar la devaluación de la moneda.

Al valor de la fracción del salario mínimo inmovilizado hay que sumarle los intereses puros que la misma habría generado mes a mes hasta la fecha de la sentencia, ya que la corrección del valor de la moneda y los intereses son rubros distintos y compatibles.

Para obtener el interés puro (6% anual) sobre el lucro cesante del salario mensual inmovilizado, se utiliza la fórmula que permite actualizar una suma de dinero que se va acumulando mes a mes:

$$VA = LCI \times Sn$$

Donde:

VA = valor acumulado de los intereses sobre la suma mensual por lucro cesante a la fecha de la liquidación.
LCI = lucro cesante mensual inmovilizado

Sn = valor acumulado de una renta periódica de 1 peso que se paga *n* veces a una tasa de interés *i* por período.

$$Sn = \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$Sn = \frac{(1+0.5\%)^{120} - 1}{0.5\%}$$

$$Sn = 162,4734$$

$$LCI \times Sn = VA$$

$$\$191.788,5 \times 162,4734 = \$31'160.529$$

Lucro cesante actualizado:	\$23'014.620
Intereses:	\$31'160.529

TOTAL LUCRO CESANTE	\$54'175.149

ii. La hija Marlyn Julieth Pulgarín Román nació el 6 de noviembre de 1983 [13, c 1]; luego, si a la muerte de su madre tenía 18 años y 7 meses, el tiempo de su indemnización será 6 años y 5 meses, es decir 77 meses. En consecuencia, la indemnización que habrá de recibir esta demandante por concepto de lucro cesante inmovilizado asciende a la suma de \$14'767.714,5.

Para los intereses:

$$S_n = \frac{(1+0.5\%)^{77} - 1}{i}$$

$$S_n = 93,1434$$

$$LCI \times S_n = VA$$

$$\$191.788,5 \times 93,1434 = \$17'863.833$$

$$\text{Lucro cesante actualizado: } \$14'767.714$$

$$\text{Intereses: } \$17'863.833$$

$$\text{TOTAL LUCRO CESANTE } \$32'631.547$$

iii. La parte del cónyuge se pagará por todo el tiempo de vida probable de la víctima o de aquél– lo que ocurriere primero–, según los indicadores nacionales de mortalidad, los cuales no requieren prueba por ser hechos notorios (Art. 191 CPC).

La víctima nació el 6 de febrero de 1962 [folio 37, c. 3]. A la fecha de su deceso (23 de junio de 2002) tenía 40 años cumplidos. Luego, según las tablas de mortalidad y esperanza de vida vigentes para la época del fallecimiento, su vida probable era de 38,29 años más. (Superbancaria, Resolución 0497 de 1997)

De acuerdo con la citada Resolución, la edad probable del cónyuge superviviente, quien para la fecha del óbito de su esposa tenía 44 años, era de 33.07 años más. Luego, este último será el lapso en que habrá de ser indemnizado, es decir 396 meses.

Las demandadas habrán de pagar al señor Guillermo León Pulgarín una indemnización por concepto de lucro cesante correspondiente a la tercera parte del 75% del salario mínimo (ó 25% del mismo) hasta la fecha de esta sentencia. Desde la fecha de este fallo en adelante se descontarán los intereses respectivos que habría ganado el dinero de haber permanecido en poder de las demandadas hasta haber cumplido el tiempo máximo de la indemnización que le corresponde pagar.

Para el primer período, esto es desde cuando se produjo la muerte (23 de junio de 2002) hasta la fecha de esta sentencia (junio de 2016), se cuentan 168 meses. En consecuencia, la indemnización que habrá de recibir este demandante por concepto de lucro cesante hasta la fecha del fallo asciende a la suma de \$32'220.468.

Para los intereses:

$$S_n = \frac{(1+0.5\%)^{168} - 1}{i}$$

$$S_n = 259,0428$$

$$LCI \times S_n = VA$$

$$\$191.788,5 \times 259,0428 = \$ 49'681.430$$

El resto del tiempo de la indemnización (228 meses), se liquidará en la forma antes indicada, es decir mediante la fórmula que permite calcular el lucro cesante en una fecha única anticipada, previa deducción del costo financiero por anticipado de la indemnización:

$$VA = CF \times \frac{1}{(1 + i)^n}$$

Donde,

VA = Valor actual de la indemnización
 CF = Costo actual del daño futuro
 I = interés de descuento (6% anual)
 N = número de meses indemnización futura
 CF = \$191.788,5 x 228 = \$43'727.778

$$VA = \$ 43'727.778 \times \frac{1}{(1 + 0.5\%)^{228}}$$

$$VA = \$ 43'727.778 \times 0,3305 = \$ 14'452.030$$

Lucro cesante actualizado:	\$32'220.468
Intereses:	\$49'681.430
Lucro cesante futuro	\$14'452.030

TOTAL LUCRO CESANTE	\$96'353.928

9.2. Perjuicios extrapatrimoniales:

Dentro de esta clase de daños se encuentra el perjuicio moral, respecto del cual esta Corte tiene dicho que hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental.

Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.

Lo anterior, desde luego, «no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces». (CSJ, SC del 15 de abril de 1997) La razonabilidad de los funcionarios judiciales, por tanto, impide que la estimación del daño moral se convierta en una arbitrariedad.

Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el *arbitrium iudicis* no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador.

Teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio ocasionado, que se produjo por la muerte de un ser querido, especialmente en las condiciones en que tuvo ocurrencia el fallecimiento de Luz Deisy Román Marín, se presume que generó en sus padres, esposo e hijos un gran dolor, angustia, aflicción y desasosiego en grado sumo, pues ello es lo que muestra la experiencia en condiciones normales. Esta presunción judicial se refuerza con los siguientes testimonios:

Según la declaración de la testigo María Orfilia Torres, a partir de la muerte de Luz Deisy *«la mamá comenzó a sufrir de la presión y del corazón y el padrastro también se enfermó y no ha podido recuperarse de lo sucedido porque entre más días peor, a los hijos, al esposo, a todos los afectó la pérdida de ella, la hija bastante decaída, lo mismo el hijo y el esposo»*. [Folio 22 reverso, cuaderno 3]

En el mismo sentido, María Doralba Oquendo anotó que tanto los padres, como el esposo y los hijos de la occisa se vieron muy afectados y la familia sufrió *«muchos cambios, se podía observar en su esposo y en sus hijos y aún en su madre, mucho dolor, tristeza...»* [Folio 27, cuaderno 3]

Las buenas relaciones familiares de la Luz Deisy con sus padres, esposo e hijos, así como el profundo dolor que su muerte les generó fueron hechos confirmados por Beatriz Elena Cardona Ruiz: *«ella era una hija muy consentida y una muy buena mamá; [su muerte] afectó a sus padres, esposo e hijos (...), los afectó demasiado porque en la familia ya no había hogar, los niños se fueron a vivir con la abuela y el papá seguía viendo por ellos, pero no en la forma en que lo hacía la mamá, ella era la que se preocupaba por su estudio y por sus cosas personales, luego se fueron a vivir con el papá y la hija mayor tuvo que devolverse para donde la abuela porque la situación económica no era buena, los afectó mucho...»* [Folio 30, cuaderno 3]

Según la declaración de María Doralba Oquendo, se trataba de una familia muy unida, ya que la relación entre sus integrantes era *«buena, buenísima diría yo, como madre, como esposa, pues era una familia muy unida»*. [Folio 227, cuaderno 3] Esa unidad familiar desapareció por completo con la muerte de Luz Deisy, pues a partir de ese hecho –contó Beatriz Elena Cardona– se desintegró el núcleo familiar. [Folio 30, cuaderno 3]

Con relación al padre de crianza de Luz Deisy Román, quien se casó con su madre cuando aquélla tenía apenas 8 años de edad

[f.15, c.1], y le dio el mismo trato que se le da a una hija biológica, las declarantes coincidieron en sus buenas relaciones familiares, en su cercanía, ya que vivían en la misma casa, y en el dolor que le causó la muerte de su hija, al punto que María Orfilia Torres aseguró: *«para mí la iban muy bien, ese señor se comportaba con ella mejor que un papá, a veces mejor»*. [Folio 22 rev., c. 3]

El padre de crianza de la difunta, entonces, tiene derecho al pago de una indemnización por daño moral, debido a los lazos afectivos que lo unían a aquélla, cuyo rompimiento le causó grandes y profundos sufrimientos.

Siguiendo las pautas reseñadas, se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de \$60'000.000 para cada uno de los padres; \$60'000.000 para el esposo; y \$60'000.000 para cada uno de los hijos.

El anterior monto se estima razonable, puesto que esta Sala, en circunstancias fácticas similares, ha condenado en el pasado al pago de \$53.000.000 (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533), y \$55.000.000 (SC del 9 de julio de 2012, Exp. 2002-101-01).

De manera que es apenas justificable que en cuatro años, el monto de los referidos perjuicios sufra un incremento o ajuste moderado. Al respecto nuestra jurisprudencia tiene establecido:

«Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea...» (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533)

9.3. En conclusión, se tienen por demostrados los siguientes perjuicios:

- Para el esposo Guillermo León Pulgarín:

- Lucro cesante:	\$ 96'353.928
- Daño moral:	\$ 60'000.000

TOTAL	\$156'353.928

- Para la hija Marlyn Julieth Pulgarín Román:

- Lucro cesante:	\$ 32'631.547
- Daño moral:	\$ 60'000.000

TOTAL	\$ 92'631.547

- Para el hijo Cristopher David Pulgarín Román:

- Lucro cesante:	\$ 54'175.149
- Daño moral:	\$ 60'000.000

TOTAL	\$114'175.149

- Para la madre Ana de Dios Marín:

- Daño moral:	\$ 60'000.000
---------------	---------------

- Para el padre de crianza Mario de Jesús Uribe:

- Daño moral:	\$ 60'000.000
---------------	---------------

10. Decisión del llamamiento en garantía.

La Compañía Suramericana de Seguros solicitó descontar del monto total del perjuicio, el 15% del valor de la pérdida, tal como se pactó en la respectiva póliza de responsabilidad civil profesional por daños ocasionados por las Clínicas que son propiedad de Inversiones Médicas de Antioquia S.A.

Efectivamente, en la póliza está pactado dicho deducible [f.1, c.2], por lo que la mencionada aseguradora es solidariamente responsable hasta el 85% del valor total de las condenas que se impongan en este fallo.

Por cuanto no está probado que el límite asegurado se haya visto afectado por pagos realizados por la aseguradora por concepto de otros siniestros, no prospera la excepción que denominó “disponibilidad de la suma asegurada”.

11. Ante la prosperidad del recurso de apelación formulado por la parte demandante, las costas de ambas instancias correrán a cargo de la parte vencida, tal como lo dispone el numeral cuarto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil; las cuales serán tasadas por la Secretaría, incluyendo como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de \$24'000.000, que aproximadamente equivalen al 5% del monto de las pretensiones reconocidas, tal como lo disponen las tarifas de agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, actuando en sede de instancia,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2012 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Medellín.

SEGUNDO. DECLARAR que Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda., son civil y solidariamente responsables por la muerte de la señora Luz Deisy Román Marín.

TERCERO. CONDENAR a Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y a la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda., a pagar en forma solidaria las siguientes sumas de dinero a las siguientes personas:

- Guillermo León Pulgarín Sossa:	\$ 156'353.928
- Marlyn Julieth Pulgarín Román:	\$ 92'631.547
- Cristopher David Pulgarín Román:	\$ 114'175.149
- Ana de Dios Marín:	\$ 60'000.000
- Mario de Jesús Uribe:	\$ 60'000.000

Para una condena total de cuatrocientos ochenta y tres millones ciento sesenta mil seiscientos veinticuatro pesos (\$483'160.624).

CUARTO. CONDENAR a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. a pagar a los demandantes el 85% de los valores descritos en el numeral anterior, esto es el límite de cuatrocientos diez millones seiscientos ochenta y seis mil quinientos treinta pesos (\$410'686.530), en virtud de la póliza de responsabilidad profesional que suscribió con las demandadas.

Sin costas del recurso extraordinario de casación, por haber prosperado.

Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada, tal como lo dispone el numeral cuarto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de \$24'000.000.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

(Presidente de la Sala Civil)

MARGARITA CABELLO BLANCO

(En comisión de servicios)

AROLDO QUIROZ MONSALVO

(Aclara voto)

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

(Aclara voto)

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.° 05001-31-03-003-2005-00174-01

Aunque comparto la decisión proferida por la Corte, en el sentido de casar el fallo del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín y, en su lugar, condenar a las demandadas al pago de los perjuicios derivados del fallecimiento de la señora Luz Deisy Román, muy respetuosamente manifiesto mi disenso en relación con algunas de las razones aducidas, como se detallará a continuación.

DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1. Se afirma en la sentencia que en múltiples casos la teoría del nexo causal es insuficiente y, por tanto, debe acudirse a la «razón suficiente», en tanto sus explicaciones *«...expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo)...»*.

Esta idea se fundamenta en que el aspecto material del nexo causal no es necesario, pues en algunos casos bastará la evaluación normativa de la atribución de la responsabilidad, con base en razonamientos basados en probabilidad.

Al respecto, sea lo primero expresar que la Corte tiene por admitido que el nexo causal es uno de los elementos requeridos para la configuración de la responsabilidad, sin que se haya admitido la posibilidad de sustituirla por una evaluación basada en análisis probabilísticos. *«Lo contrario supondría tener que convivir en una sociedad en la que haya que resarcir cualquier resultado dañoso por la simple razón de que uno de nuestros actos intervenga objetivamente en su causación, aun cuando escape a nuestra responsabilidad y se encuentre más allá de nuestro control»* (SC10298-2014, 05 ag. 2014, rad. n.° 2002-00010-01, la cual reitera el proveído SC, 18 dic. 2012, rad. n.° 2006-0094-01).

Así lo ha reconocido, recientemente, en las providencias SC7824, 15 jun. 2016, rad. n.° 2006-00272-02; AC2184, 15 ab. 2016, rad. n.° 2010-00304-01; AC1436, 02 dic. 2015, rad. n.° 2012-00323-01; SC13594, 06 oct. 2015, rad. n.° 2005-00105-01; SC10808, 13 ag. 2015, rad. n.° 2006-00320-01; SC17399, 19 dic. 2014, rad. n.° 2002-00188-01; SC12449, 15 sep. 2014, rad. n.° 2006-00052-01; entre otras.

En segundo lugar, es menester aclarar que la causalidad supone la demostración de un aspecto material y de otro jurídico, de suerte que no haya duda sobre la incidencia del comportamiento en la producción del perjuicio. El primero, se centra en la ligazón existente entre la acción u omisión y el daño, en orden a determinar cuál fue la contribución positiva en su ocurrencia o cómo la conducta omitida hubiera evitado la afectación o morigerado su efecto). El aspecto jurídico se refiere a la evaluación que debe hacerse

sobre la aptitud o incidencia que tuvo el hecho para materializar el perjuicio.

Cuando la causa es única, el juicio material y jurídico se confunde, ya que existe un único móvil que permite explicar el hecho dañoso. No así frente a la concurrencia de causas, pues en este evento deberá determinarse el peso de cada una de ellas en la producción del detrimento, para poder atribuir responsabilidad a los partícipes reales en su producción.

En este último caso se han planteado diversas teorías, como la equivalencia de condiciones, causa próxima, causa eficiente, causa adecuada, la acción humanitaria, juicio de probabilidad, responsabilidad solidaria, razón suficiente, riesgo creado, riesgo provecho, y distribución de riesgos, que buscan establecer cuál es la incidencia relativa de cada comportamiento en la producción del agravio y así asignar el deber de reparación. Lo cierto es que, al margen de cuál de ellas se aplique, dado que eso dependerá de las condiciones objetivas del caso, lo fundamental es la demostración de los dos (2) componentes de la causalidad.

2. El proveído mayoritario, al analizar la fuente de la responsabilidad de las personas jurídicas, asevera que *«...lo que realmente interesa para efectos de endilgar responsabilidad directa al ente colectivo es que el perjuicio se origine en los procesos y mecanismos organizacionales constitutivos de la culpa in operando, es decir que la lesión a un bien jurídico ajeno se produzca como resultado del despliegue de los procesos empresariales y que éstos sean*

jurídicamente reprochables por infringir los deberes objetivos de cuidado; lo cual no sólo se da en seguimiento de las políticas, objetivos, misiones o visiones organizacionales, o en acatamiento de las instrucciones impartidas por los superiores...”.

Se trae a nuestro ordenamiento jurídico un concepto novedoso, como es el de «*culpa in operando*», el cual, sin duda alguna, será de utilidad para diferenciar la responsabilidad de la persona jurídica, frente a la de sus administradores individualmente considerados. No obstante, la providencia se abstiene de precisar su contenido, el fundamento normativo o los elementos necesarios para su configuración.

Esta indefinición hará de él una noción abierta y que admitirá múltiples interpretaciones. De hecho, una revisión del mismo en el concierto internacional, permite advertir que España tiene una prolífica literatura al respecto, la cual dista sustancialmente con la idea planteada en la sentencia. Así, mientras que allí se exige, no sólo que el daño se origine en las actividades sociales, sino la demostración del error en la vigilancia o en la selección de los empleados o contratista, en la providencia se afirma que sólo se requiere el primer elemento, no así el segundo.

El máximo tribunal civil español precisó:

La existencia de culpa in eligendo [en la elección] o in vigilando [en la vigilancia] se sitúa en el ámbito de la responsabilidad por hecho de otro, a que se refiere el artículo 1903.4º CC, y requiere, según reiterada jurisprudencia, la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada (SSTS de 20 de diciembre de 1996, 20 de

septiembre de 1997, 8 de mayo de 1999, 24 de junio de 2000 y 13 de mayo de 2005, entre otras muchas). Es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa in operando [en la actividad] por parte del causante del daño (STS de 3 de abril de 2006, RC n.º 3100/1999). (STS, 5 de abril de 2010, 2031/2010).

En otra providencia expuso:

La resolución del recurso se contrae, pues, a verificar la corrección de la significación jurídica dada por el tribunal de instancia a los hechos consignados en la sentencia recurrida, para lo cual se debe partir de que la doctrina jurisprudencial exige, para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 del Código Civil, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y aquel a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad -culpa in operando (en la acción) o in omittendo (por omisión)- del agente, y la falta. (STS de 10 de octubre de 2007, 6171/2007).

La existencia de múltiples visiones en torno a la *culpa in operando*, impone una mejor explicación de la misma, en orden a evitar dudas hermenéuticas sobre su alcance, de cara al régimen general de responsabilidad civil.

NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTRE LAS EPS's Y LOS USUARIOS

1. La sentencia colige que «...los pacientes se presentan ante las instituciones prestadoras del servicio de salud en calidad de usuarios del servicio público de salud... por lo que el vínculo que surge entre los usuarios y el sistema de salud entraña una relación especial de origen legal y reglamentario...».

Tal conclusión se aleja de los precedentes existentes sobre la materia, los cuales han admitido que, frente al cotizante o afiliado, el vínculo es de orden contractual, mientras que frente a sus herederos o familiares es extracontractual.

La Sala tiene por admitido que:

En lo atañedor a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño...

La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual. (SC, 17 nov. 2011, rad. n.º 1999-00533-01).

Este precedente ha sido reiterado en los fallos SC12947, 15 sep. 2016, rad. n.° 2001-00339-01 y SC15746, 14 nov. 14, rad. n.° 2008-00469-01, por lo que constituye una **doctrina probable**, cuya observancia se torna imperiosa en virtud de los principios de igualdad y seguridad jurídica, salvo que se hiciera uso de algunas de las técnicas reconocidas para apartarse del mismo², lo cual se echa de menos en la sentencia de la cual me permito, con el mayor respeto, aclarar el voto.

La sub-regla antes enunciada constituye parte de la *ratio decidendi* de las providencias citadas, pues se utilizó por la Corte para la resolución de los casos bajo su conocimiento, en tanto sirvió para evaluar la pertinencia de la vía utilizada por los actores para reclamar los perjuicios derivados de fallas en la prestación del servicio de salud, sin que ahora se advierta la necesidad para su cambio.

2. Más aún, los precedentes en cita son armónicos con el régimen jurídico aplicable a la afiliación al sistema de seguridad social en salud a través de entidades promotoras de salud, pues del mismo es dable inferir que entre las partes se celebra un contrato.

En efecto, el artículo 183 de la ley 100 de 1993 prescribe que «[l]as entidades promotoras de salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización

² Cfr. CSJ, STC2277, 25 feb. 2016, rad. n.° 2015-02415-02; SC12015, 9 sep. 2015, rad. n.° 2008-00253-01; SC10304, 5 ag. 2014, rad. n.° 2006-00936-01.

o del subsidio correspondiente...». Se consagró, de esta forma, que la vinculación debe revestir una forma contractual, pues de otra manera no se hubiera prohibido ponerle fin al mismo de manera unilateral.

A su vez, el artículo 168 ordena que *«[l]a atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria»* y que *«[s]u prestación no requiere contrato ni orden previa»*. Por el contrario, la atención derivada del plan obligatorio de salud debe originarse en una convención previamente celebrada, pues de otra forma no se hubiera consagrado la excepción a que se refiere la norma bajo análisis.

Esta fue precisamente la conclusión a la que arribó el Ministerio de Salud al analizar la materia: *«La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, constituye un verdadero contrato que genera obligaciones bilaterales, por el cual una de las partes (EPS) se compromete con la otra a garantizar la prestación de los servicios de salud previamente establecidos en el Plan Obligatorio de Salud...»³.*

Ciertamente existen restricciones a la capacidad de negociación de las partes, justificadas en que el régimen legal propende por el acceso a este servicio público fundamental, que se encuentra sometido a reglas de calidad en la prestación y universalidad en la cobertura, por lo que debe prevalecer la estabilidad del sistema y la equidad en la atención frente a los intereses particular de los negociantes.

³ Concepto del 3 de junio de 2011, rad. n.° 159538.

No obstante los límites existentes, ellos no suponen una supresión de la libertad contractual, pues la misma regulación permite que ciertos aspectos sean susceptibles de negociación⁴, como se extrae de un análisis integral de la ley 100 de 1993, a saber:

a) El numeral 4 del artículo 153 consagra como principio la libre escogencia de la entidad promotora, por lo que corresponde al afiliado seleccionar la empresa que gestionará su plan de salud, expresión directa de la libertad de selección;

b) El literal g) del artículo 156 permite la libre selección de servicios y profesionales adscritos a la entidad promotora, así como de entidades prestadoras de la cual se hará uso para la atención (numeral 4 del artículo 159 y numeral 4 del artículo 178), manifestación de la autonomía para definir las reglas de ejecución;

c) El párrafo 2º del artículo 157 faculta la afiliación individual o colectiva, y promociona la asociación de los interesados para facilitar la negociación de las condiciones del plan de salud; y

d) El artículo 169 habilita a las entidades promotoras para que ofrezcan planes complementarios, los cuales están abiertos a aceptación de los afiliados al sistema, con las consecuencias económicas que de ellos se deriven, ejemplo de la libertad de modificación.

⁴ Cfr. Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, 2ª Ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 116.

Luego, es claro que los afiliados cuentan con un marco para ejercer su autonomía, lo que es extraño a un vínculo meramente legal y, por tanto, descarta su configuración, pues éste se caracteriza por la intangibilidad de su contenido.

Se trata de un contrato, cuya conceptualización en verdad es lejana a las ideas clásicas sobre la materia, pero no por eso pierde su naturaleza. Es una nueva realidad negocial, caracterizada por que las partes ven limitada su libertad, en aras de contribuir al bienestar social o de facilitar la realización de ciertas operaciones económicas, admitida de antaño para negocios civiles y comerciales como el arrendamiento de vivienda urbana, los bancarios -en su gran mayoría-, el transporte nacional e internacional, entre otros.

De allí que se reconozca una nueva clasificación, la cual excede las distinciones ancestrales entre contratos unilaterales, bilaterales y sinalagmáticos imperfectos, gratuitos y oneroso, de tracto sucesivo y de ejecución instantánea, conmutativos y aleatorios, onerosos y gratuitos, principales y accesorios, y reales, consensuales o solemnes⁵, para admitir nuevas realidades negociales en atención a sus características y efectos comunes: contrato discrecional, predispuesto y dirigido⁶; de libre conclusión⁷, forzoso⁸ y por

⁵ Cfr. artículos 1102 a 1106 del Código Civil Francés de 1804. Artículos 1496 a 1500 del Código Civil colombiano.

⁶ Sobre el concepto: Emiliani Román, Raimundo. *Curso Razonado de las Obligaciones, La Obligación Civil y sus Fuentes Voluntarias*, Tomo I, Parte Primera, Bogotá, Ed. Universidad Sergio Arboleda, 2001, p. 87.

⁷ Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*, 1ª Ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p. 73.

⁸ Cfr. Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 1175.

necesidad⁹; cerrados y abiertos¹⁰; con intereses opuestos¹¹ y colaborativos¹²; y paritarios (entre iguales) y por adhesión.

Dentro de esta nueva categorización, el negocio celebrado entre el afiliado y la entidad promotora, puede calificarse como un contrato: (a) **dirigido**, en el sentido que el Estado, por conducto de sus órganos legislativos y regulatorios, interviene en su contenido, en orden a limitar la libertad de conclusión, desarrollo y modificación por las partes; (b) **forzoso**, en tanto su celebración es imperativa para todas las entidades prestadoras y los ciudadanos colombianos con capacidad de aporte al sistema; (c) **por necesidad**, ya que es el mecanismo dispuesto por el estado colombiano para satisfacer el derecho fundamental a la salud; (d) **abierto**, puesto que está a disposición de todos los interesados que quieran adherirse a sus condiciones, quienes podrán vincularse al mismo cumpliendo los requisitos de afiliación; (e) **colaborativo**, caracterizado porque todos los intervinientes deben propender por la adecuada atención en salud; y (f) **por adhesión**, ya que tanto la EPS como el afiliado deberán sujetarse a las condiciones definidas por el legislador para la prestación del plan obligatorio de salud, sin perjuicio de las reglas especiales para otros planes.

3. Admitir que la participación en el sistema de seguridad social integral en salud tiene como fuente la ley y

⁹ Cfr. Martínez Gallego, Eva María. *La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 72.

¹⁰ Soncco, Mendoza, Percy Milton. "Los Contratos por Adhesión y las Cláusulas Generales de Contratación". En *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa*, 1994, p. 166.

¹¹ Cfr. Stolfi, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*, Ed. Leyer, Bogotá, 2007, p. 62.

¹² Pérez Vives, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones, Parte Primera, De las Fuentes de las Obligaciones*, Volumen I, pp. 102 y 103.

no el contrato, bajo la premisa que las partes tienen escasa capacidad de regulación, llevaría a cuestionar la naturaleza de muchos vínculos que se han admitido como contractuales, como sucede con los contratos por adhesión, los seguros obligatorios, la prestación de servicios públicos domiciliarios, las convenciones sometidos a condiciones uniformes de contratación y, modernamente, los negocios electrónicos estandarizados, pues todos ellos tienen en común la inexistencia de poder de negociación de una o ambas partes.

Y es que en nuestro sistema económico, basado en el libre flujo de bienes y servicios, así como la libre competencia, se hace necesario acudir a vínculos uniformes con vocación de celebración masiva¹³, que permitan la rápida celebración de operaciones, aunque ello signifique la supresión de la libre discusión. El adherente conservará la facultad de aceptar o no el servicio, o de seleccionar su contraparte contractual, requisito mínimo del nuevo concepto de autonomía de la voluntad, por lo que el ordenamiento jurídico debe centrarse en el proceso de emisión del consentimiento y la razonabilidad del contenido negocial¹⁴.

Ya la Corte había admitido:

Partiendo de esa misma base, de que los contratos por adhesión sí son verdaderos contratos, pero contratos a los cuales no se les puede aplicaren todo rigor el principio de la libertad

¹³ Soto, Carlos Alberto, “La Transformación del Contrato: del Contrato Negociado al Contrato Predispuestos”. En Alterini, Atilio Anibal y otros, Contratación Contemporánea, Teoría General y Principios, Tomo I, Ed. Palestra y Temis, Perú y Bogotá, 2000, pp. 40 y 41.

¹⁴ Cfr. Irti, Natalino. “Intercambios sin Acuerdo”. En León, Leysser L. (selección, traducción y notas). *Estudios sobre el Contrato en General*, 2ª Ed., Perú, Ed. Ara, 2004, p. 293.

contractual, dice Josserand: 'No quiere decir lo anterior que carezca de interés el distinguir los contratos de 'gre a gré'¹⁵ y los contratos de adhesión; las cláusulas de estos últimos no se imponen con la misma evidencia que las de los primeros porque frecuentemente ellas están como ahogadas en un reglamento 'pase-partout' del cual el cliente de la empresa -viajero, asegurado, obrero, empleado- no ha tenido efectivamente conocimiento, y que aceptó, en confianza, con los ojos cerrados. En estas condiciones corresponde al juez investigar si tal o cual cláusula litigiosa ha sido verdaderamente aceptada por las partes o si su inserción en el reglamento compacto y misterioso constituye una trampa para una de ellas...' (SC, 12 dic. 1936).

Modernamente el contrato se divide entre aquellos que son fruto de la acción concertada de las partes, y los que se someten a un férreo marco de intervención para garantizar el interés general, sin que pueda restársele efectos a ninguno de ellos. Juan Carlos Rezzónico advierte:

(...) el legislador parte de la base de la afirmación de la autonomía privada, para luego, en la normativa particular, circunscribir y limitar el alcance del campo de la autodeterminación privada. Se forma así una doble vía donde se cuenta, por un lado, con la autonomía de los particulares y, por otro, con una actividad heterónoma que se puede expresar tanto a través de leyes como del pronunciamiento a posteriori del órgano jurisdiccional, por ejemplo, al analizar una cláusula manifiestamente opresiva efectuando su control de contenido¹⁶.

Fecha *ut supra*.

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVE

Magistrado

¹⁵ Se refiere a los contratos en que las partes son libres de determinar conjuntamente las reglas contractuales.

¹⁶ Rezzónico, Juan Carlos. *Principios Fundamentales de los Contratos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 171.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.° 05001-31-03-003-2005-00174-01

Esta es una época crítica por la que atraviesan los poderes judiciales en América Latina, y con mayor rigor en Colombia, frente a la construcción de un modelo democrático de Estado, incentivado el problema por el protagonismo que adquieren los jueces ante su misión de apalancar los derechos fundamentales y el paulatino control ciudadano difuso de sus decisiones en los medios extrajurídicos. Con o sin razón, hay acervas críticas a las Cortes; sin embargo, muchos sectores, inclusive la propia academia, desconocen cuanto internamente debate y analiza la judicatura frente a asuntos coyunturales del país y la evolución y dinámica jurisprudencial en esta Corporación, en los asuntos que por fuerza de los hechos concretos llegan embutidos en las decisiones judiciales objeto de control constitucional y legal para escrutinio en las diferentes Salas por vía de los recursos: los relativos a tierras, finanzas, familia, política criminal, políticas públicas de vivienda y subsidios, seguridad social, responsabilidad profesional, etc.

Aún más, ignoran que por encima de muchas otras Cortes del mundo, la nuestra produce decisiones de todo linaje, -más de veinte mil al año-, en magnitud de controversias que muchas veces impiden enfrentar los aspectos teóricos o filosóficos que se hallan en el fondo o en la forma de la sentencia judicial y que se reflejan en la práctica judicial de jueces y abogados.

Con respecto a esta decisión es necesario y propicio hacer un alto, para señalar el porqué comparto la parte resolutive, pero al mismo tiempo, imperioso es, exponer los motivos por los cuales disiento con relación a las consideraciones que la soportan.

1. **El modelo de sentencia judicial.** No me voy a extender en un análisis de la forma, prolongación, volumen, o con relación al excesivo esfuerzo retórico que contiene la decisión en pro de autojustificarse. Tampoco analizaré la estructura de la sentencia que ya se presentó a la comunidad jurídica, porque equivaldría a cuestionar, entre otras tantas cosas, si es pertinente o no, que una Corte o una providencia judicial procure competir para edificar un estudio de largo aliento al igual o más allá de una tesis académica postgradual, en lugar de edificar una decisión sucinta, concreta y unificada.

1.2. **El tipo de responsabilidad jurídica.** Apuesta por la proposición de un estándar de responsabilidad jurídica, en un terreno tan movedizo, al margen o en forma paralela a los sistemas teóricos de responsabilidad prohiados por esta Corte y por la tradición jurídica de la Sala.

Ese debate, resulta útil; no obstante, ese es objetivo que compete a la academia, para enfrentarlo severamente desde el punto de vista teórico, porque a los jueces, más allá de eso, nos incumbe esencialmente fallar, pronta y cumplidamente. Obstaculiza ese estudio en el escenario judicial del proceso la pluralidad de temas que debe abordar esta Corte. Empero, enunciaré algunos de los elementos de mi disidencia. Polemizaré a la Sala, como lo hice en las diferentes sesiones, el modelo filosófico que esconde y algunos problemas escuetos.

Ahora, en el caso, como lo expuse en la discusión, sin duda, debió condenarse a las demandadas.

2. Ruptura filosófica en la concepción de la responsabilidad por parte de la Corte. Tema central en el derecho contemporáneo es el referente al de daños, porque millonarias condenas profieren los jueces todos los días. Es una entidad jurídica axial y fuente principal del derecho obligacional, que como tal, no está desligada de una determinada teoría del derecho o de una concepción filosófica. Toda norma o conjunto de disposiciones jurídicas cuenta y abriga una determinada teoría jurídica que la empodera. Creer que lo jurídico o cualquier otro saber está descontaminado de lo filosófico, de lo político o de lo ético; en fin, es una verdadera ingenuidad porque ignora las múltiples relaciones que entretejen la relación directa y medular entre filosofía y derecho, entre política y derecho, entre ética, derecho y economía.

Asumir siempre una postura jurídica, implica adoptar determinada visión filosófica en el tratamiento de la forma y el fondo al encarar una cuestión litigiosa por los diferentes sujetos que intervienen en el juicio, como en este caso, cuando se juzga uno de los tantos asuntos de responsabilidad médica.

2.1. Relevante y trascendente, entonces, es saber la visión que se esconde en una decisión, porque esta no tiene elementos motivacionales meramente jurídicos; también políticos, económicos y sociales, incidentes directa o indirectamente en toda la sociedad, y por descontado, en la práctica jurídica de jueces y abogados.

3. La visión filosófica de la responsabilidad en la Sala de Casación Civil. La sentencia ubica el problema del daño en el marco de las tesis neopositivistas acercándose rápidamente a la escuela analítica del derecho. Aquí es, precisamente, donde viene mi primero y principal disenso con la motivación, porque compele la doctrina de la Corte y por consecuencia, el pensamiento de los juzgadores para doblar la esquina y seguir ese norte, a pesar de la independencia y de la autonomía que por principio deben observar los jueces. Apareja, además, los siguientes efectos, entre otros:

3.1. Desconoce que la formación jurídica y las vertientes de la responsabilidad insertas en el C.C. colombiano, como en los otros códigos de América Latina, han estado mediadas por las tendencias iusnaturalistas; bastando para el propósito el análisis del art. 2341 del C.C.,

regla que envuelve el principio de la culpabilidad, toral en el desarrollo de los sistemas indemnizatorios con culpa probada.

3.2. Hace caso omiso del criterio que históricamente ha observado la Sala frente a la adopción pura y simple de las tendencias de la responsabilidad objetiva en el seno de la doctrina de la Corte, observando siempre la prudencia y las ponderaciones del caso.

Persistentemente la jurisprudencia de la Sala, ha deslindado y advertido que en el derecho colombiano o en cualquier sistema de responsabilidad, son procedentes tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva, sin que todos los fenómenos deban ser resueltos a la luz de la responsabilidad objetiva, merced a la existencia de múltiples y variados fenómenos que requieren el gobierno de la responsabilidad subjetiva o con culpa probada. Ninguna puede hacer tábula rasa de la otra, como para llegar al azaroso extremo de postular, por ejemplo, que la responsabilidad médica, en forma genérica, se ubica en el área de la responsabilidad objetiva, cual así se presenta cubierta directamente con las novedosas disquisiciones de la imputación normativa, o de la imputación objetiva, tal cual se desarrolla, aunque contradictoriamente en diferentes segmentos de la sentencia se diga otra cosa.

Claro, la responsabilidad objetiva es sistema útil y necesario para gobernar actividades o áreas que la reclaman, como todas las técnicas e industriales; en las cuales, el ser humano o las personas naturales o jurídicas se valen de

instrumentos o máquinas para ampliar el despliegue de la fuerza o de la inteligencia humana, y donde el ejercicio de la misma necesariamente debe estar sujeto al control humano, las cuales, sin embargo, de cualquier manera generan evidentes riesgos. Muy seguramente pueden estar en ese campo las actividades relacionadas con la medicina estética, y por qué no, muchos casos relacionados con la ginecología. Pero ello no puede significar que en toda la actividad profesional del acto médico y en los demás tipos de responsabilidad indefectiblemente exista responsabilidad objetiva o normativa.

Siempre ésta Sala ha señalado diferencias entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva, observando circunspección en jalonar saltos intempestivos o bruscos en el pensamiento nacional y en su propia doctrina. Sin embargo, en cualquier clase de responsabilidad ha procurado perennemente la protección de la persona, de sus derechos personalísimos y la reparación integral sin discriminaciones, interpretando humanísticamente las disposiciones que la gobiernan, cuando se presentan actos dañosos constitutivos de responsabilidad objetiva o subjetiva según el caso. Así por ejemplo, desde la propia estructura del Código, han sido leídas, interpretadas y juzgadas, actividades riesgosas, en los términos de la teoría de la *“responsabilidad por actividades peligrosas”*, en forma muy original, desde la textura del art. 2356 del C.C. Son variados los casos que en forma creciente tanto desde el C.C., desde el C. de Comercio y las disposiciones especiales, como el derecho al consumidor, medio ambiente y otras áreas,

algunos previstos legalmente ha dado paso certero hacia la responsabilidad objetiva.

Pero hasta el momento en sistemas jurídicos, como el nuestro, no ha renunciado a las otras formas de responsabilidad, como la subjetiva con culpa probada. Pese al creciente impacto y aceptación necesaria de la teoría de la responsabilidad objetiva, no han renunciado al fundamento iusnaturalista que abriga al Código, analizando inclusive, la concerniente a las actividades peligrosas, desde el punto de vista de la culpabilidad en el ámbito de la culpa presunta.

De tal modo, la Corte sí ha aceptado la doctrina de la responsabilidad objetiva en el marco civil y mercantil, pero no la ha edificado como el principal y único criterio de solución en el derecho de daños, para que en forma totalitaria se imponga, desde el norte de la imputación normativa, de manera que todo no puede verse en el derecho indemnizatorio como responsabilidad objetiva.

4. La imputación normativa y sus efectos. La decisión no enfrenta argumentativamente las tesis vigentes en la materia, al interior de la corporación, por virtud de la carga que le corresponde, al plantear una nueva hermenéutica de la responsabilidad. Ignora y no demuestra cuáles son las falencias, debilidades, vacíos y elementos que compelen dar un salto inesperado, apostando por unas tesis que en este momento, en algunas latitudes, viene abandonando el derecho.

La motivación, procura alinderar el pensamiento de la Corte en materia de daños por la senda de la responsabilidad normativa, cuyos soportes subyacen con todo su furor la Escuela comteana, la misma de Spencer, Mill, Bentham, Kelsen y Hart, los cuales no pueden servir de fundamento para la totalidad de la responsabilidad jurídica en general.

Fundar teóricamente la responsabilidad desde una postura eminentemente normativista o *iuspositivista*, tiene múltiples efectos nocivos:

4.1. Se torna en modelo absorbente que rompe la autonomía e independencia judicial.

4.2. Desconoce la tradición jurídica de la Corte. En el caso, por ejemplo, no explica porqué es necesario abandonar la teoría de la causalidad adecuada en materia del nexo causal. La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha acogido en la mayoría de las interpretaciones de las causas del derecho de daños ese modelo, como medio para explicar el elemento axiológico del nexo causal y para demostrar la autoría en el perjuicio irrogado. Con tino ha esgrimido las máximas de la experiencia, el sentido común y la previsibilidad.

4.3. Desconoce inmediatamente la necesaria distinción de la responsabilidad con culpa probada y sin culpa, o lo que es lo mismo, entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva para reducir como única forma de responsabilidad la modalidad normativista consistente en una simple

subsunción de los problemas en categorías jurídicas, como si se tratase de la tipicidad penal.

4.4. Deslegítima en materia médica, la necesaria diferencia entre responsabilidad proveniente por las obligaciones de medios y de resultado, cuyo esquema conceptual no ha sido derogado, tampoco eliminado; ni se ha probado críticamente que no sea apto para explicar los fenómenos dañosos que surgen por causa del estado inacabado de la investigación científica para vencer las penumbras y vacíos frente a gravísimas enfermedades sin cura, así como ante la aparición de nuevos padecimientos, ante la ausencia de técnicas comprobadas para superar el dolor humano, ante la creciente capacidad de los focos de infestación para reproducirse y transformarse con mayor velocidad a las curas, antídotos y paliativos que propone la ciencia. La profesión del médico desde el juramento hipocrático no es un silogismo científico meramente causal donde dado A siempre es B.

En estos eventos, nos encontramos con cursos causales no verificables, o cursos causales meramente hipotéticos, que impiden encontrar el nexo causal.

5. El cambio de línea jurisprudencia de la responsabilidad. Si se pretende cambiar una línea o un criterio de la Corte debe plantearse cuál es esa línea que se debe modificar para establecer las diferencias entre lo nuevo y lo antiguo, realizando juicios de ponderación de la utilidad del nuevo modelo frente a los existentes. En este punto, como se infiere, la sentencia no expone cuáles son los defectos de los criterios que hasta el momento ha utilizado la Corte para

resolver los temas de la responsabilidad, entre éstos los de la médica.

6. Algunos problemas jurídicos de la sentencia

6.1. **El derecho romano y la cláusula general de responsabilidad.** La sentencia afirma con relación a los antecedentes históricos que en el derecho romano clásico nunca existió una cláusula general de responsabilidad civil, tampoco en la última época del derecho Justiniano. No obstante, es justo señalar que a partir del Derecho Romano, se edificó sólidamente la premisa *alterum non laedere* (el deber de no dañar a otro), o *naeminen laedere* (no causar daño a otro), elemento rector de la responsabilidad y al mismo tiempo, cláusula general de responsabilidad que obliga a indemnizar a quien haya sufrido las consecuencias negativas del daño, impresa también en todos los Códigos modernos, por ejemplo, el art. 1902 del C.C. español, el art. 2341 del C.C. colombiano. La trascendencia romanista en responsabilidad es inocultable: Inclusive con respecto a la de naturaleza médica, las Institutas de Justiniano, hacen referencia expresa, en una cuestión entroncada directamente con el problema jurídico que enfrenta esta sentencia:

§6.-Además, si el médico que operó a tu esclavo, hubiere abandonado su curación, y por esta causa hubiere muerto tu esclavo, es reo de culpa.

“§7.-La impericia se cuenta también como culpa, por ejemplo, si un médico hubiere muerto a tu esclavo precisamente porque lo hubiere operado mal, o le hubiere dado inconvenientemente un medicamento¹⁷.

¹⁷ JUSTINIANO. *Institutas. Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Traducido por Idelfonso García del Corral, Barcelona: Jaime Molinas Editor, Consejo de ciento, No. 287, 1889, Libro IV, Título III, p.130.

Es obvio, la cláusula general romana de la responsabilidad, no podía abordar ni explicar todas las situaciones dañosas, por razón de la época histórica y de la fase de desarrollo sociojurídico como se hallaba esa cosmovisión; en todo caso, es error histórico y epistemológico descalificarla. La crítica es descontextualizada pues no se puede comparar el siglo XXI con los siglos I a V, por variadas razones; por ejemplo, no podía prever el Derecho romano problemas de biotecnología, asuntos atómicos, redes inalámbricas, etc.; y mucho menos, la responsabilidad con riesgo creado por el avance del maquinismo, etc.

Los principios generales de la responsabilidad se hallan incrustados en las fuentes clásicas de las obligaciones: delito, cuasidelito, contrato, cuasicontrato y ley; a pesar de que a juicio de críticos, revistan un carácter paleontológico.

Empero, el Derecho Romano enfrentó con rigor la responsabilidad extracontractual y la contractual; no empece, la sentencia en la página 19 afirma que ni la ley, ni los cuasicontratos, ni los cuasidelitos eran en el período clásico fuente formal del derecho, y para apoyarse acude a las Institutas III, 91 y al Digesto 44, 7, 1.

6.2. La ley como fuente obligacional. Ciertamente la “ley” no aparece en algunas de las formulaciones romanas como fuente directa, tampoco Gayo, ni otros monumentos jurídicos de la época, ni en los cuatro libros de la Institutas de Justiniano lo exponen. No obstante, esto no implica que

la juridicidad romana haya ignorado a “la ley” como fuente para la reparación de todos los hechos que ofenden el incumplimiento contractual o extracontractual o el deber general de cuidado o que ésta no constituyera causa obligacional.

Con todo, “la ley” como fuente obligacional aparece claramente presentada por Herenio Modestino (*Elius Florianus Herennius Modestinus*), según lo refiere el Digesto¹⁸ 44, 7, 1, señalando que la obligación puede derivarse de la norma o por el derecho honorario. En efecto, allí se anuncia como causa de la obligación para los contratos reales, verbales o consensuales, excluyendo, los denominados “literales”; se advierte que las obligaciones “(...) se contraen por una cosa, con palabras, o al mismo tiempo por ambas, o por el consentimiento o por la ley o por el derecho honorario o por necesidad o por delito”; de modo que se incurre en otro error de interpretación histórica, cuando la decisión expresa que “(...) faltarían muchos siglos de evolución jurídica para que la ley fuera considerada fuente formal de las obligaciones” (p. 20 Sent. de cas.). Claro, insisto, otros textos, ni Gayo y menos las *Institutas* de Justiniano la reseñan como fuente obligacional directa, pero Modestino si es puntual, según el propio Digesto, al edificar la ley como germen de la relación obligatoria.

¹⁸ *Digesta* o *Pandecta*, es una de las recopilaciones realizadas por orden de Justiniano para el conocimiento y conservación de la jurisprudencia romana clásica. Reúne fragmentos de Ulpiano y Paulo, principalmente; también de otros, como Modestino. Se compone de 50 libros, a su vez, divididos en títulos, éstos en fragmentos, seleccionados de los juristas clásicos, pero se consigna para cada uno la *inscriptio*, esto es, la procedencia o autoría y la obra fuente del fragmento. Por ello, es regla general en las referencias, la aparición del nombre de la obra, del libro, del título y el fragmento.

Este desacierto histórico, lleva a la sentencia a incurrir en otro de exégesis histórica, al afirmar, “(...) *que al no ser la ley ni el cuasidelito fuentes formales de obligaciones, no pudo existir un concepto abstracto de culpa tal como lo conocemos en la actualidad, ni mucho menos una cláusula general de responsabilidad*”. Aquí, nuevamente se repite el yerro, porque si se trata de analizar las fuentes clásicas o romanistas, el mismo Justiniano en la *Institutas*, con la maestría de Triboniano, Teófilo y Doroteo, en forma expresa y extensa, en ese elocuente y pedagógico compendio, el cuasidelito y el delito suponen el concepto de culpa, con profundidad, como pocos. Basta ver el Libro IV, Título V, para encontrar el “*ex maleficio*” o delito, y el “*quasi ex maleficio*” o cuasidelito como causas de la relación obligatoria. La clásica categoría, “*quasi ex maleficio*”, es recurrente en agudas líneas, en *Inst. Liber IV, Tit. V, I y III*¹⁹. Por supuesto, hoy, una reelaboración resulta mucho más coherente si se aglutinan en el género “*responsabilidad*” o “*derecho de daños*”.

6.3. La noción de culpa en las fuentes obligacionales clásicas. Tampoco puedo compartir la interpretación que hace con relación a la carencia de una noción de culpa en el Derecho Romano, apoyada en las apreciaciones de Bello, y también al discurrirla como concepto huidizo, siguiendo a Mazeaud-Tunc. Esa es en una línea explicativa equivocada de G. Rotondi y de Christian Thomasius, quienes hallan la génesis de la categoría en la Escuela del Derecho natural. No, el Derecho Romano es brillante y recio en el punto como ninguno, constituyó el

¹⁹ Consultar: Justiniano, *Op. cit.*, nota 1.

fundamento ulterior por excelencia de la responsabilidad con culpa, comprendiendo los hechos dañosos como conductas reprochables, y fue de esa visión romana, de donde los iusnaturalistas se apropiaron del concepto.

Culpa etimológicamente es “culpo”, “inculpar”; pero, vasta ir a D.9, 2 y J. 4, 3 para encontrar el fundamento de la crítica. La Lex Aquilia fue explícita en su tratamiento; posteriormente, *Las Institutas de Justiniano* a partir del Título III del Libro cuarto desarrollan las complementaciones y precisiones del caso; pero en general, todo el libro IV de ellas, “*in extenso*”, analiza y presenta las diferentes formas de culpabilidad. Disquisición contraria se resiente.

6.4. La regla general de la responsabilidad y la libertad. Plantear que el postulado *alterum non laedere*, modernamente es una limitación a la libertad de acción, no es del todo afortunado, como lo hace la decisión. El principio previsto en ese axioma, no significa limitar la libertad de un sujeto de derecho, por el contrario, es un complemento para la protección de los derechos subjetivos de quienes interactúan con cada uno de nosotros. Esa premisa, es fuente de la responsabilidad, es el efecto directo del ejercicio racional y no arbitrario de la propia libertad.

Si soy persona, sujeto de derechos, y uno de mis atributos principales es la libertad, consecuentemente soy responsable, porque la libertad de cada sujeto de derecho llega hasta donde llegan los derechos de los demás. Es indiscutible, el ejercicio de tan trascendente y esencial prerrogativa, supone que soy el titular de mis propias

acciones o conductas; tanto por acción o por omisión, con culpa o sin culpa, con dolo o sin dolo; y por consiguiente, soy dueño de los resultados de mi comportamiento; esto es, por ser libre soy necesariamente responsable de tal modo que la libertad no es arbitrariedad ni anarquía, sino que correlativamente se demanda el cumplimiento de deberes, el ejercicio de la responsabilidad²⁰.

En el Estado de Derecho, en donde diaria y permanentemente interactúa una persona en relación con otros sujetos de derecho, la libertad es axioma indiscutible; soy libre para ejercer mis derechos y facultades, sin menoscabar ni afectar los intereses legítimos de los demás. Al mismo tiempo que ejerzo libertad recíprocamente tengo el deber obligacional de respetar las libertades de los demás porque únicamente es posible vivir en sociedad compartiendo y respetando los derechos de los demás. La libertad, por esencia, es en relación: Una persona totalmente individualizada ajena a la relación social, sin principios ni limitaciones, solitaria, anacoreta, al margen del contacto con otros seres, sin deberes ni libertades ni derechos, únicamente existe para la imaginación, tal como la escena graficada literariamente por Defoe²¹, una verdadera

²⁰ Al respecto, resulta ilustrativa la distinción entre libertad positiva y negativa que magistralmente presentó el filósofo e historiador Isaiah Berlin, en su célebre ensayo de 1958, titulado *“Dos conceptos de libertad”*. La primera, relacionada con la autorealización, y entendida como la capacidad de cualquier individuo de ser dueño de su [voluntad](#), y de controlar y determinar sus propias acciones. La segunda, considera que un individuo es libre en la medida en que nada o nadie restringe su acción. Desde esta perspectiva, el *principio alterum non laedere*, más que una limitación a la libertad de acción, constituye una garantía y un control ético jurídico para el ejercicio de las libertades negativas. Por tanto, aun cuando el deber de no dañar a nadie, es un postulado que puede “restringir” la libertad negativa de un individuo, lo hace en aras de preservar o bien sus libertades positivas, o bien las libertades negativas de los demás. Ver. BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Filosofía Alianza Editorial. Madrid: 2005.

²¹ DEFOE, Daniel. *Robinson Crusoe*. Traduc. de Julio Cortázar. Madrid: Espasa, 2010.

robinsonada; es desconocer que el principio, *neminem laedere*, apareja una relación obligatoria entre quien produce el daño y quien lo sufre, en pos de la protección de las víctimas.

7. Debate frente a los elementos axiológicos de la responsabilidad para la visión de la imputación normativa y su inserción en el sistema de la Corte

En la página 22 de la sentencia al estudiar los elementos que integran la responsabilidad, el fallo adscribe los siguientes: 1. La existencia de un daño jurídicamente relevante, 2. Que sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y 3. Que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable en los casos de responsabilidad común por delitos y las culpas.

Este segmento es central, porque el texto reasigna los supuestos para identificar la responsabilidad. Los tres propuestos desde un ángulo estrictamente normativo, sin hacer referencia ni contrastación con los precedentes de la propia Sala de Casación Civil hasta ahora vigentes, más bien, reedificando los de la Sala. Empero, no se exponen los elementos motivantes que compelen modificar radicalmente la nueva caracterización del derecho de daños en la doctrina jurisprudencial de la Corte.

7.1. ¿Puede existir derecho indemnizatorio cuando exista exclusivamente fuente normativa expresa? La sentencia tiene un propósito claro: Defiende sin cesar un esquema de la responsabilidad desde la teoría de la

imputación normativa, que legitima la existencia de un derecho indemnizatorio, únicamente cuando exista un derecho consagrado legalmente o que autorice impetrar responsabilidad normativamente.

Según la decisión en relación con el daño, “(...) *el criterio para establecer la existencia (...) es, entonces, normativo (...)*” de manera que las afectaciones “(...) *deben haber sido valorados previamente por el ordenamiento jurídico como dignas de protección jurídica y de indemnización*”. Ahí, fulge sin hesitación que la nueva postura restringe radicalmente el derecho resarcitorio, limitando las fuentes del daño a las aceptadas legalmente, de tal manera que si no existe disposición normativa previa, el daño es jurídicamente irrelevante. Es decir, todas las acciones, diferentes a las típicas, sean causales o finales no importan al derecho; en otras palabras y analógicamente con la responsabilidad penal, todos los hechos o actos que no tienen implicación jurídica criminal, como en el caso de los teóricos de la imputación objetiva penal no tendrán sentido.

La carencia de protección legal previa o de norma frente a un derecho subjetivo determinado no puede traducir ni significar que un interés no pueda ser jurídicamente relevante y valioso cuando se afectan u ofenden los derechos de las personas. Recuérdese no siempre los derechos subjetivos se encuentran normativizados, ni el ordenamiento puede regular la totalidad de los hechos dañosos.

Razonar de ese modo es hacer un traslado y una aplicación irregular de la tipicidad y del principio de legalidad

del ámbito penal al marco civil, los cuales aun cuando tienen elementos comunes y complementarios, son dos saberes inflexiblemente inasimilables porque el uno tiene que ver la libertad corporal del ser humano que rigurosamente debe ser protegida con límites legales ciertos y definidos, sin resquicios para la duda. Por el contrario, el derecho de daños civil es el antídoto para reparar el perjuicio irrogado a los sujetos de derecho, haya o no disposición legal, haya o no tipicidad, de tal manera, que puede existir responsabilidad civil sin necesidad de norma expresa que regule la conducta o el hecho dañoso, bastando únicamente que se presente un hecho dañoso que afecte un derecho subjetivo atribuible a un dañador para que se imponga la necesidad de reparar. Además, en los ordenamientos diferentes al penal, bien puede acudir a la cláusula general de responsabilidad, a los principios generales de derecho, a los valores, etc.

7.2. La contradicción en la imputación normativa entre la función del legislador y la tarea del juez. En el punto la decisión, posteriormente, en un giro radical que muestra la debilidad de la imputación normativa como teoría, expone que los bienes o intereses protegidos por el derecho no están tipificados en todos los casos; por tanto, son los jueces “(...) *quienes determinen en cada situación concreta qué eventos o consecuencias son dignos de ser considerados como daños resarcibles*”. El planteamiento ahí se torna contradictorio o ambivalente. ¿Es el legislador o el juez, el titular para determinar cuál normativamente es el daño jurídicamente relevante? Allí, finalmente no se sabe si los bienes jurídicos objeto de indemnización cuando sufren afectación son los determinados por el ordenamiento jurídico

o los que el juez arbitrariamente juzgue dignos de reparación. Si son los jueces, naturalmente, la fijación del daño jurídicamente relevante no es el relacionado con la imputación o concepción normativa como daño previsto en las disposiciones jurídicas, postura que se defiende con ahínco como nueva doctrina en las consideraciones del fallo. De tal manera que la tesis presentada, pierde coherencia en sí misma, porque en la fijación de ese elemento, ya no dependerá de la ley, sino de la interpretación del juez en cada caso concreto. Sabido es, los jueces no fallamos por vía general sino particular.

8. Aproximaciones a los problemas de la causalidad y la imputación normativa: el nexo causal y su desdoblamiento

La sentencia posteriormente se introduce en el análisis de la atribución del daño al agente, como segundo elemento configurante de la responsabilidad. Hay un esfuerzo decidido por sustituir la categoría nexo causal por la de atribución de responsabilidad normativa, principio de la imputación normativa.

La doctrina de la Corte y las propias disposiciones del C.C., ya ofrecen elementos para explicar la conceptualización del nexo causal, en una doble manifestación de la relación de causalidad, considerando y distinguiendo causalidad material y causalidad jurídica, aun cuando no, con toda la precisión requerida o propuesta por la imputación normativa.

La Sala, no muy recientemente, en la sentencia de Casación del 24 de agosto de 2009, antes de conformarse la actual, diferenció claramente en el marco del nexo causal la relación causal de carácter material, entendida como un vínculo naturalístico o de carácter físico (*imputatio facti*), respecto de la causalidad jurídica vista como la *imputatio iuris* o como vínculo normativo²², pero siempre en el contexto del nexo causal. La primera forma de causalidad como relación de causa a efecto; la segunda, adjudicable en una norma jurídica, a fin de establecer la relación normativa en cuanto extensión del daño y a quién se le debe imputar jurídicamente. Aquí es de recordar, que esa polémica sentencia del 2009, ya la Sala había expuesto la doble configuración del nexo causal, si se tiene en cuenta que las aclaraciones a ese fallo, no apuntaban hacia ese reproche sino a la concepción de la responsabilidad objetiva como replanteamiento a las actividades peligrosas.

Esos dos sentidos del mismo fenómeno, pueden coincidir o no en el mismo agente dañoso, como en el caso del impúber que acciona un vehículo y destruye un bien diferenciando el nexo naturalístico del jurídico (la autoría material de la responsabilidad jurídica), o en las conductas

²² CSJ. Civil. Sent. de Casación del 24 de agosto de 2009, Mg. Pon. Dr. Namén Vargas, exp. 11001-3103-038-2001-01054-01, donde precisamente diferenció causalidad material y causalidad jurídica, expresando: “Establecida *ex ante* la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexo o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión.

“En una fase ulterior al quebranto y a la imputación material o autoría, es menester determinar el fundamento o justificación del deber de responder para establecer si el sujeto a cuya esfera jurídica se imputa el daño está obligado o no a repararlo.

“Tal aspecto, atañe estrictamente a los criterios por los cuales un sujeto es o no responsable de un daño, esto es, a la determinación del deber jurídico de repararlo o, a lo denominado, “imputación jurídica”.

por omisión. El mismo Código napoleónico, y el nuestro como su derivación, hallan una explicación patente y el ejemplo es la regla 2346 en la responsabilidad extracontractual para los discapaces absolutos, menores de diez años. No es otra, la interpretación que en ese caso, como en otros, debe realizarse para entender la doble manifestación del nexo causal.

En todo caso, para hacer el nuevo diseño teórico, debe falsearse, primero explicando porqué motivo la relación causal o el nexo causal entre la conducta del dañador y el resultado dañoso que afecta al dañado, debe ser superada por el criterio de imputación normativa. Reclama clarificar si es *so pretexto* de la novedad nominativa. Particularmente entiendo que ese desdoblamiento, discriminación o diferenciación de la causalidad, sin duda deviene como necesario e imprescindible paso para ofrecer una explicación razonada del vínculo causal y para hallar formas de aplicar justicia en tan importante derecho en forma más coherente, justa y racional, esencialmente en casos donde aparentemente hay bifurcación entre lo fáctico y lo jurídico o cuando se dificulta determinar causa y autoría.

Eso sí, y ahí sí son crudas, incipientes, inexistentes y confusas las teorías. Han de buscarse, entonces, o han de acoplarse, cualquiera de las existentes, u otras diferentes para explicar el nexo causal y de ese modo responder los nuevos problemas desde la arquitectura conceptual de la propia Corte y del C.C., el cual aún sigue siendo una piedra por labrar con los elementos que ofrece el derecho comparado. De todas formas, los elementos que brinda la

causalidad adecuada conservan toda su validez y coherencia sistémica para explicar la causalidad normativa, y habrá de encontrarse, cuál, si esa misma u otra, es la apropiada para explicar la causalidad material.

8.1. Los problemas de nomenclatura en los elementos axiológicos de la responsabilidad desde la sentencia. La red denominación aparejaba, en primer lugar, clarificar ideológicamente si ya no es necesario el nexo causal o si éste se quiere sustituir por el criterio de imputación normativa exclusivamente. En segundo término, demanda precisar si la relación de causalidad y la imputación normativa son conceptos iguales o diferentes; del mismo modo, si la imputación normativa equivale a la imputación objetiva²³ y cuáles son sus semejanzas y diferencias con la imputación subjetiva. De paso es imprescindible analizar si es la misma imputación o imputabilidad como criterio genérico, que se ausulta en cualquier fenómeno de la responsabilidad con culpa probada, como presupuesto previo para enfrentar y purificar o desembarazar el papel de la culpabilidad clásica en sus diferentes manifestaciones. O si la ecuación se aplica exclusivamente a la responsabilidad objetiva dejando de lado la responsabilidad subjetiva; o por otro lado, si los sistemas de responsabilidad subjetiva desaparecen del todo, o si demostrada la conducta antijurídica, la relación de causalidad y el daño, la culpabilidad corresponde a un segundo o ulterior análisis para declarar y hallar la responsabilidad a título de reproche subjetivo. En fin, si en definitiva el derecho de daños en

²³ Con relación a la imputación objetiva penal la decisión aboga por algunos de sus elementos en la pg. 29 de la sentencia, pero en la 33 terminantemente explicita que es incompatible con la responsabilidad penal.

nuestro ordenamiento debe claudicar o capitular ante la el impacto de la imputabilidad normativa, singular manifestación de la imputación objetiva.

Al no haberse hecho estas precisiones y realineamientos, se ingresó necesariamente en el terreno de la confusión entre causalidad e imputabilidad, categorías hasta entonces pacíficas en la doctrina de las diferentes formas de responsabilidad del sistema prohiado por la Sala.

La dificultad reasignativa de los elementos del daño se complica cuando indistintamente se alude a la antijuridicidad y a la culpabilidad, desconociendo que la primera se refiere a la ofensa a los hechos, y la segundo al juicio de reproche sobre la conducta del autor, o lo que es lo mismo, la confusión de los hechos con los problemas de autoría, yerro que se profundiza cuando se acude a Kant para defender una tesis de causalidad normativa o física, cuando precisamente Kant, habla de lo contrario, esto es del reproche de autor, o del problema de culpabilidad.

8.2 La imputación normativa. Imputación objetiva. No es novedosa ni resuelve los problemas de la causalidad pero brinda criterios para redefinirlos

Valga aclarar que la imputación objetiva no es una tesis reciente, ni tampoco patrimonio del derecho penal. Parte de la idea aristotélica de imputación presente en la *Ética a Nicómaco* o *Ética Nicomaquea*, luego es retomada por Kant. Sin embargo, jurídicamente halla su fuerza en Samuel Pufendorf en 1660, en "*Elementorum jurisprudentiae*

universales libri duo". También aparece en las concepciones de Jorge Guillermo Federico Hegel. Feuerbach se refiere a ella. Antecedentes más recientes se hallan en el civilista Karl Larenz hacia el año 1927²⁴, y Richard Honig en 1930 en el Derecho Penal, traslada los aportes de Larenz del derecho civil al penal. Hans Welzel hacia 1939, hace importantes contribuciones.

En 1970, Claus Roxin²⁵, retoma a Honig, y escribe *"Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal"*. Amplían esta teoría Schunemann y Günther Jakobs²⁶, incluyendo al profesor colombiano, Yesid Reyes.

En este paradigma, como en la relación de causalidad, el vínculo entre el resultado producido y la acción o acto humano, fenómeno más físico y filosófico que jurídico, ha tratado de explicarse por diferentes teorías causales: teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non* (causa del resultado es toda condición que colabora en su producción y sin la cual, aquél no se hubiera producido, y en ese sentido todas las condiciones, sean anteriores, intermedias o sobrevinientes tienen idéntica equivalencia o relevancia causal, por ello si alguien dispara a otro

²⁴ Larenz introdujo el concepto de *"imputación objetiva"* para discutir la atribución con independencia del valor moral de una acción, como una *"relación objetiva"*, para determinar si un suceso se le puede atribuir a un sujeto.

²⁵ Impulsó la teoría de la imputación objetiva. En 1962 publica *"Contrariedad al deber y resultado en los delitos culposos"*, para resolver el problema de las llamadas *"conductas alternativas conforme a derecho"*, con base en la *"elevación del riesgo"*. En 1970, en el homenaje a Richard M. Hónic, entrega *"Pensamientos sobre la problemática de la imputación en Derecho Penal"*. Posteriormente escribe el *"fin de protección de la norma en los delitos culposos"* y *"Finalidad e imputación objetiva"*.

²⁶ Es un normativista mucho más drástico que aboga por un *"funcionalismo radical o normativo"*, para quien los delitos son propiamente realidades, sino categorías que se llenan con contenidos normativos en pro de la prevención normativa positiva. Propone cuatro criterios: Riesgo permitido, principio de confianza, acciones a propio riesgo y prohibición de regreso.

produciéndole una leve lesión, pero en el hospital muere por práctica médica indebida, surge relación causal entre el disparo y la muerte. Suprimido hipotéticamente el comportamiento de quien disparó, la muerte no habría ocurrido), causalidad eficiente, causalidad adecuada (es causa, no todas, sino la apropiada para producir el resultado conforme a la experiencia y conocimiento del espectador ubicado *ex ante* y *a posteriori* al hecho infiriendo objetivamente la apropiada para producir el resultado, no la improbable; se trata de intentos teóricos de limitar la excesiva amplitud del causalismo indefinido e intemporal), causa próxima; incluyendo la teoría de la relevancia típica de amplia aplicación en el derecho penal que busca una interpretación más exacta con el tipo abogando por la relevancia jurídico-penal.

Pero de éstas teorías que informan y explican el nexo causal, la tocante con el discernimiento de la causalidad adecuada, la encara la sentencia desde la imputación normativa, como visión conductora del fallo, pero apoyándose erróneamente en forma expresa en el positivismo kelseniano cuando afirma: *“Por tal razón, la causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de ‘causa jurídica’ o imputación, y no simplemente como un nexo de causalidad natural. (Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa, 2009. p. 90)”*.

La teoría de la imputación objetiva alude, entonces, a la relación existente entre una relación causal natural y su

resultado, y si éste puede ser imputado o atribuido a un sujeto cuando origina un riesgo jurídicamente desaprobado y éste se concreta en un resultado, de manera que sus dos elementos son: 1. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y 2. Realización del riesgo, entendido no puramente natural u ontológico, sino como quebrantamiento de las normas.

En síntesis, la imputación normativa que no es propiamente una teoría, no es novedosa, pero entrega elementos para reestudiar el nexo causal, sin que pueda aceptarse irrazonadamente en su integridad.

9. Imputabilidad y culpabilidad. ¿Desaparece la voluntad ante el imperio del normativismo?

Aun cuando la sentencia expresamente señala que se aparta de la imputación objetiva de naturaleza penal, es desde esa óptica como se realiza el análisis al considerar la responsabilidad y la misma culpabilidad en términos eminentemente normativos. Por ello, censura con rigor las valoraciones psicologistas y morales, las expresiones voluntarias del libre albedrío y del voluntarismo. El examen subjetivo desde el punto de vista del nexo causal (en términos epistémicos desde el causalismo), visto como un vínculo psíquico, es sobrepuesto, sin duda, por las tesis de la imputación normativista de los finalistas de la doctrina penal. Aquí es importante destacar que culpabilidad no es culpa, no es dolo, ni dolo es lo mismo que culpa, ni tampoco

constituyen lo irresistible como puede encontrarse en la semántica de la decisión.

Téngase en cuenta que el finalismo enfrenta la responsabilidad en su conjunto en términos de adjudicación y de reproche meramente normativista. Tácitamente, entonces, la culpabilidad en este nuevo marco jurídico, prácticamente desaparece como categoría de la responsabilidad para ceder el paso a la contrastación meramente logicista o de coherencia jurídica, como problema de subsunción normativa, ya que esta no dependerá de la libertad del sujeto de derecho, de la intencionalidad, y ninguna incidencia tendrá la voluntad del sujeto pensante e imputable; y muy poco la tendrán la negligencia o inobservancia del deber en el caso de la culpa, ni mucho menos, los elementos intencionales o de autoconciencia en el caso del dolo o de la preterintención. Lo grave estriba en que ningún alcance tendrán los elementos éticos o morales que subyacen al interior de la norma. En toda su extensión, en consecuencia, la responsabilidad dependerá de la voluntad del legislador cuando plasma en normas sus necesidades y propósitos legislativos a fin de que la norma sea eficaz entre los coasociados.

Esa perspectiva se infiere cuando expresa la sentencia:

“La filosofía moral valora la conducta del sujeto a la luz de un enfoque voluntarista, es decir que funda su juicio de reproche en la facultad del ser humano para actuar según su libre albedrío, sabiendo lo que es moralmente bueno o malo para sí y para sus semejantes.

“Esta doctrina de la responsabilidad moral no resulta idónea para explicar la atribución de responsabilidad civil por violación de bienes jurídicos ajenos, como quedó demostrado en el punto anterior. Tampoco responde los problemas que se presentan en

la labor de atribución de culpa directa a las personas jurídicas o sistemas no psíquicos, pues es evidente que ellas no poseen voluntariedad ni autoconciencia; por lo que han fracasado todos los intentos que hasta ahora se han hecho para explicar la imputación de responsabilidad subjetiva a tales entes a partir de su asimilación con las personas naturales”.

Aquí es necesario preguntar: ¿cómo determinar que un comportamiento es obra de un sujeto de derecho o de una persona, de su voluntad, de su inteligencia, cuándo del acaso, cuándo de la casualidad o de lo indescifrable? La pregunta es importante por el abandono en la sentencia de la voluntariedad del comportamiento como elemento determinante de la responsabilidad, para urdir la atribución de la misma con fundamento en la imputación jurídica del hecho, cuando tenga consecuencias jurídicas exclusivamente; aniquilando, por contera, del todo los sistemas de responsabilidad subjetiva. Mucho más cuando el análisis de la culpa se lleva al campo de lo probabilístico en términos cuantitativos.

10. Los problemas de los sistemas, la función y la responsabilidad directa de las personas jurídicas

La sentencia en pos de explicar la responsabilidad sobre las personas jurídicas, justifica legitimación pasiva con apoyo en la teoría de los sistemas, tal cual Jakobs, asumió la sistémica de Luhmann, para adoptar conceptos sobre los modelos de sistemas, y para explicar que la culpabilidad es funcional, como ejercicio de fidelidad al derecho, y para establecer los déficits de fidelidad al sistema e inferir cuando surgen comportamientos constitutivos de responsabilidad que alteran el sistema.

El profesor Günter Jakobs formula su pensamiento, apoyado en el funcionalismo a fin de que el derecho garantice la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. La sociedad no es conciencia individual, sino un sistema compuesto por sujetos, anclando su teoría en Luhmann; y la sentencia objeto de esta aclaración *mutatis mutandis* expresa: *“La organización es un sistema complejo que se define como un conjunto de elementos interrelacionados para alcanzar un objetivo o lograr un fin. «Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes”.* (Ludwig Von Bertalanffy. Teoría general de los sistemas. México: FCE, 2014. p. 56). Tales elementos son interdependientes, por lo que no basta estudiarlos aisladamente. No obstante, para la identificación de una unidad de acción susceptible de imputación no es posible abarcar la totalidad de las relaciones o condiciones de contorno dentro del sistema complejo, por lo cual se presenta la necesidad de introducir criterios de selección según el marco de valores del ordenamiento jurídico.

En la teoría de la imputación objetiva penal cumple una función esencial el sistema para mantener la confianza de los ciudadanos en él, con el fin de estabilizarlo, porque concibe el derecho no como elemento para proteger bienes jurídicos sino como instrumento de estabilización social ante la disfuncionalidad, la dañosidad o la infidelidad del imputable jurídicamente con el ordenamiento.

Ahora, no es que las irregularidades del sistema, en el caso de la salud, por falta de intercomunicación, por vicios

administrativos, por negligencia y muchos otros defectos e ineptitudes, no generen responsabilidad. La engendran, pero no en el sistema mismo, sino en las personas jurídicas o naturales que los conforman. Tampoco se puede confundir la obligación para todo colombiano de pertenecer al sistema de salud, con la posibilidad contractual de afiliación para buscar alternativas o beneficios complementarios donde surgen y existen obligaciones eminentemente legales y otras contractuales con relación a personas jurídicas o a tinglados de personas jurídicas. Las obligaciones y responsabilidades no nacen con unos sistemas carentes de personería sustantiva incapaces de responder jurídica y económicamente, de cumplir o de ejecutar la eventual sentencia condenatoria cuando se depreca y declara su responsabilidad. Los obligados han de ser quienes como sujetos de derecho los conforman porque los sistemas o sus funciones no hablan por sí solos.

Conclusión y problemas pendientes por resolver:

Se trata entonces de una visión estrictamente positivista aplicada a la responsabilidad médica, bajo una concepción tecnocrática del derecho o como problemas meramente funcionales de exclusiva imputación jurídica de tal forma que los conflictos sociales reflejados en una estructura jurídica se reducen y se resuelven exclusivamente con categorías nominales o con meros contenidos normativos ignorando la sustantividad de la justicia y de los principios y valores.

Otros aspectos que deberán ser abordados:

Queda pendiente por encarar, cuestionar y analizar, lo cual es tarea que compete a la academias y a los especialistas: 1. La pertinencia, bondad, defecto, vacío y solidez del modelo de responsabilidad vigente y la justificación para sostenerlo, modificarlo, reformarlo o cambiarlo radicalmente; 2. Los problemas probatorios que surgen con la incorporación inopinada de estudios científicos o análisis desde diferentes posturas sobre la *lex artis* de la ciencia respectiva que aplican los profesionales de determinada área, como medios de convicción que no fueron debatidos en las instancias con prescindencia del principio de contradicción y son utilizados por el juez como fundamento para contrastar la práctica científica o el ejercicio profesional objeto de juzgamiento, otorgándoseles toda credibilidad más allá de la que pueda provenir del dictamen de los expertos rendido en juicio y sometido al principio de contradicción entre las partes²⁷; 3. La existencia o no de responsabilidad solidaria entre el empleador y sus dependientes sin hallarse en el mismo grado y sin existir coautoría, existiendo en nuestro ordenamiento una consolidada doctrina sobre la responsabilidad directa de las personas jurídicas; 4. El predicamento de la responsabilidad sistémica, si justamente los sistemas no son personas jurídicas ni sujetos activos o pasivos de la relación jurídico

²⁷ Nótese que desde el punto de vista probatorio la sentencia halló fundamentos para declarar la responsabilidad en conceptos de literatura médica, incurriendo en error, porque una cosa es el hecho, otra la prueba del hecho. La declaración de responsabilidad se demuestra con las pruebas y no con la literatura médica o con los conceptos de especialistas sobre la materia. No son las opiniones de los doctos ajenos a los hechos y a la realidad concreta, quienes pueden fundar la infracción de la *lex artis*, sino las pruebas relacionadas directamente con los hechos. Por supuesto que el suscrito está de acuerdo con la existencia de otros medios probatorios relevantes para la fulminación de la condena, sin embargo, teóricamente, el problema expuesto es trascendente para el ejercicio del derecho y la labor de administrar justicia en los casos concretos.

procesal ni de la relación obligatoria sustancial; 5. Otros problemas, muy importantes, como el modelo de sentencia judicial que deben construir nuestros jueces.

Con toda consideración,

Fecha *ut supra*.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA