



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC3272-2020

Radicación: 05001-31-03-011-2007-00403-02

Aprobado en Sala de diecinueve de febrero dos mil veinte

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Se decide el recurso de casación de Ariela Patricia Botero Sepúlveda, interpuesto contra la sentencia de 28 de mayo de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por la recurrente, conjuntamente con Ibeth Kiara Zapata Botero, Emmanuel Garcés Botero, Aura Rosa Garcés Vélez y Liliam Rosa Vélez, frente al Hospital Pablo Tobón Uribe y la Caja de Compensación Familiar Comfenalco-Antioquia, con llamamiento en garantía de la Aseguradora Colseguros S.A.

1. ANTECEDENTES

1.1. **Petitum.** Persiguen los demandantes se declaren responsables a las entidades interpeladas de los daños derivados de la muerte de su pariente y allegado, Francisco

Garcés Vélez, y como consecuencia, se les condene a pagar los perjuicios materiales, morales y a la vida de relación irrogados, en la forma como aparecen calculados.

1.2. **Causa petendi**. El 8 de septiembre de 2004, el ahora causante ingresó al Hospital Pablo Tobón Uribe, para una operación programada, consistentes en hernia hiatal y liberación de bridas. Una vez realizada y superados los efectos de la anestesia, manifestó dolor, conceptuado por el médico tratante como normal e incrementado con los días, le sobrevino vómito, ante lo cual el galeno indicó que debía tener paciencia.

El 13 de septiembre, persistieron los vómitos, esta vez de materia fecal, señalando el cuerpo de enfermería y el médico que era normal, sin darle mayor importancia, a voces de la parte actora.

Empeorada la salud, el paciente fue visitado por un profesional de la medicina, a la sazón practicante de la especialización, quien diagnosticó peritonitis, hecho informado al facultativo tratante, pero nadie hizo algo para detener la infección.

El 17 de septiembre, el enfermo fue revisado en urgencias, con diagnóstico de peritonitis; al entrar en coma y trasladado a cuidados intensivos, los lavados realizados resultaron en vano, pues falleció el 25 de septiembre, debido a ruptura intestinal secundaria a cirugía para corrección de hernia hiatal y liberación de bridas.

El rompimiento no detectado que generó la peritonitis y luego la sepsis generalizada, se debió a la negligencia en la atención médica, quirúrgica y hospitalaria, pues el diagnóstico de dicha ruptura sólo se produjo nueve días después de realizada la cirugía, padeciendo el interno la infección a pesar de estar hospitalizado.

La muerte de Francisco Garcés Vélez, produjo a los demandantes -compañera permanente, hijo, hija de crianza y hermanas- hondo pesar y los perjuicios reclamados.

1.3. **Las contestaciones.** Las demandadas y, en lo suyo, la llamada en garantía, se opusieron a las súplicas.

1.3.1. El Hospital Pablo Tobón Uribe aludió a los graves antecedentes del estado general de salud de Francisco, pues padecía secuelas de poliomielitis desde la infancia, origen de sus problemas de reflujo con muchos años de evolución, su sometimiento a intervenciones con serias complicaciones, dejó daños irreversibles en el pulmón e inhalaciones permanentes y tratamiento con esteroides, de ahí que, la cirugía fuera clasificada con la sigla ASA 3-4, significativa de alto riesgo y dificultad en la recuperación postquirúrgica.

El profesional tratante es experto reconocido en el país por su amplia trayectoria científica y profesional y autor de estudios sobre este tipo de patologías. Él fue acompañado del personal de apoyo del Hospital, acudió a todos los recursos técnicos existentes, prescribió los exámenes de

diagnóstico necesarios, adoptó oportunamente las medidas acordes con la evolución del paciente, haciendo todo cuanto estaba a su alcance. Su agravamiento y muerte era riesgo inherente a la enfermedad que padecía y al deterioro general de su organismo.

En el Hospital, agrega, para enfrentar las crisis del posoperatorio, se ordenó el traslado del interno a cuidados especiales y la práctica de esofagograma, el 10 de septiembre, sin detección de perforaciones o infiltraciones en la cavidad abdominal; también un TAC contrastado cuyos resultados no evidenciaron signos de ruptura ni peritonitis; y, en fin, el seguimiento con otros especialistas.

Recalca que no fue el médico de urgencias ni el practicante especialista, sino el tratante, quien encontró, el 17 de septiembre, una fistula suprapúbica, con salida de líquido y hematoma, pero sin señales de peritonitis. En todo caso, al día siguiente el enfermo se llevó al quirófano, hallándose la cirugía limpia y sin lesiones, entendiéndose como lo más probable la presencia de una isquemia de colon ocasionada por el estado general de deterioro y por las drogas que recibía hacía varios años.

Explica que la fistula en el colon transversal y la infección desencadenada eran riesgos inherentes a los tratamientos médicos y quirúrgicos requeridos por el intervenido, dados los antecedentes de su salud, razón por la cual, para corregir los problemas, se practicó de

inmediato otra cirugía, apareciendo otros percances, lo cual produjo una falla multisistémica y la muerte del paciente.

1.3.2. Comfenalco Antioquia, resaltó la profesionalidad del médico a cargo, la tecnología utilizada para la cirugía y el éxito de la misma sin complicaciones, siendo normal el vómito escaso y el dolor difuso. Agregó que el paciente estaba ansioso, pues le habían practicado antes una piloroplastia con complicaciones (peritonitis); y acudiendo a la historia clínica, detalló que había sido operado en dos ocasiones: en 1994, por reflujo sin mejoría, y en 2001, con una piloroplastia con las señaladas complicaciones.

Precisó que ningún médico de urgencia o residencia detectó algo distinto, pues el enfermo fue tratado por múltiples facultativos, y la cirugía de antirreflujo no fue la causa de su fallecimiento, considerando que el procedimiento fue exitoso y ajeno a complicaciones, en tanto, los exámenes practicados, el TAC contrastado y un esofagograma, indicaron la inexistencia de perforaciones o infiltraciones en la cavidad abdominal.

1.3.3. La Aseguradora Colseguros S.A., en general, con relación a los llamamientos, adujo límite de cobertura, ausencia de amparo y exclusión de responsabilidad. En lo demás, contestó en similares términos a sus aseguradas.

1.4. **El fallo de primer grado.** Proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, el 7 de septiembre de 2012, desestimó las pretensiones, como

consecuencia de hallar probada la excepción de inexistencia de causa jurídica.

1.5. **La sentencia de segunda instancia.** Confirmó la decisión por virtud de la apelación de los demandantes.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Centra el examen en establecer si la peritonitis en cuestión fue causada por una eventual perforación intestinal durante la intervención quirúrgica practicada a Francisco Garcés Vélez, y si fue diagnosticada y tratada de modo tardío; ciertamente, el *«punto medular del asunto»*, y no si la ruptura fue consecuencia de la cirugía.

Según el juzgador, es obligación del galeno someter al enfermo a una completa anamnesis, lo cual incluye indagar antecedentes de salud, síntomas, dolencias, examen clínico o a través de los sentidos, diligenciar la historia clínica y ordenar las pruebas indispensables, con el fin de emitir un diagnóstico, así sea transitorio, *«sin importar que pueda resultar certero o no»*, y en el futuro, según la atención y evolución del tratamiento, mantenerlo o replantearlo.

Por esto, dice, el desacierto en el diagnóstico descarta *per se* un error médico censurable. De ahí, frente a cualquier dolor del paciente no deben ordenarse todas las ayudas ofrecidas por la ciencia, sino sólo las necesarias para el caso particular con el fin de despejar dudas de

cuadros clínicos confusos o difusos para determinada enfermedad. En su sentir:

Al médico no puede exigírsele que emita un diagnóstico certero, sino que de acuerdo con la ciencia médica, lo que siempre deberá exigírsele es que haga un diagnóstico correcto, esto es, que su diagnosis sea adecuada y esté acorde con los síntomas que el paciente presentaba en el momento de ser examinado, y cuando sea el caso, ayudándose de los resultados que los exámenes diagnósticos arrojen, puesto que en uno y otro caso, esto es frente al diagnóstico meramente clínico o al diagnóstico prevalido de otros exámenes, siempre habrá la posibilidad de errar.

Esto, acota, explica la necesidad de probarse la culpa, no para averiguar si fue acertado el diagnóstico, sino a efectos de establecer si el médico respetó los protocolos o pasos exigidos por la ciencia médica, a partir de lo percibido al valorar el paciente. En la cuenta del médico, por tanto, no puede cargarse el alea, ante la presencia de síntomas variados y difusos, inclusive para una misma enfermedad. Como se trata de averiguar un asunto científico y técnico, cobra especial fuerza el dictamen pericial, conforme a precedente judicial, parcialmente transcrito.

2.2. Sentados los anteriores planteamientos teóricos, el Tribunal establece para el caso lo siguiente:

2.2.1. La atención prestada por el personal médico a Francisco Garcés Vélez fue diligente, consideradas sus particulares condiciones de salud y de acuerdo con la anamnesis, al punto que el profesional tratante es un

cirujano *“de reconocido prestigio nacional e internacional en cirugía laparoscópica”*.

En efecto, el personal hospitalario se aplicó a evaluar previamente al enfermo y a hacer un diagnóstico certero sobre el reflujo gastroesofágico severo y hernia hiatal gigante, ofreciéndole como única salida la cirugía evacuada, no a cavidad abierta, sino a través de una laparoscopia, con reducción notable de los riesgos de esas intervenciones.

Terminada la operación, agrega, fue el facultativo líder quien decidió, con el equipo interdisciplinario, dejar al convaleciente en la unidad de cuidados especiales (UCE), demostrativo del éxito de la intervención, unidad en la cual se le dispensó vigilancia y seguimiento minuto a minuto, dados los antecedentes de complicaciones posquirúrgicas.

2.2.2 Aunque durante el posoperatorio la salud del interno no era óptima, pues presentaba síntomas inespecíficos de alguna enfermedad, le fueron practicados exámenes para ayudar a detectar la posible infección.

El 18 de septiembre, diez días después de la cirugía, cuando el estado de salud se hizo crítico, el médico decidió *“jugársela”* con una intervención de laparotomía exploratoria, hallando un hematoma sobre-infectado en la parte anterior del abdomen, a la altura del colon transversal, infección que no pudo ser detectada a tiempo, por más vigilancia del paciente, a quien no se le abandonó, y la imposibilidad de diagnosticar la enfermedad no puede

imputarse a los demandados, pues la falta de diagnóstico certero no es fuente de responsabilidad médica.

Se trataba de un paciente con padecimientos de base delicados, proclive a riesgos propios del acto quirúrgico, como la fistula y la sepsis abdominal con la consiguiente peritonitis, todo lo cual se le informó y otorgó consentimiento; sufría de asma, consumía esteroides que enmascararan el dolor y la fiebre, sumados los antecedentes de complicaciones de anteriores procedimientos.

Esas condiciones imponían un enfoque diferencial y planteaban un reto y un verdadero dilema para el galeno a quien le correspondía morigerarlas, siendo ellas patológicamente particulares (asma, secuelas de poliomiелitis, esofagitis severa, epigastralgia severa, úlcera duodenal, cifoescoliosis: caja torácica deformе y su propensión o morbilidad frente a una cirugía abdominal).

El médico a cargo, por tanto, sopesó el peligro de una nueva cirugía y el riesgo comprobable, según el dictamen del perito Javier Martínez Medina, aunado a la ingesta de medicamentos con anterioridad (broncodilatadores para control del asma que lo tornaban cardíaco y esteroides que enmascaraban la fiebre) o con causa en la intervención (dipirone, analgésico que igualmente disminuye la fiebre y la enmascara). Todo esto impedía construir un diagnóstico lo más objetivo posible con el ánimo de detectar, más allá de toda sospecha y, por el contrario, con certeza, la existencia de una eventual peritonitis en curso.

2.2.3. Por otra parte, el vómito fecaloide después de la operación, alegado por los apelantes como indicativo de peritonitis, era médicamente normal y respondía a la intervención quirúrgica, cual lo atestó el galeno líder, Jesús Vásquez, y lo dictaminó el CES, donde se señaló obedecer, en una cirugía anti-reflujo, a variadas causas, *verbi gratia*, a un ileus (enlentecimiento de la función intestinal), al retardo en el vaciamiento gástrico y a la obstrucción intestinal, pero ello, no necesariamente indicaba la urgencia de la segunda intervención.

En palabras del médico tratante, el término «*material fecaloide*», podía significar rasgo gástrico o intestinal fermentado con un aspecto negruzco y olor parecido a la materia fecal, pero no una peritonitis del paciente, sino obstrucción o suboclusión.

Así las cosas, al concluir el dictamen y la declaración del facultativo especialista que tal síntoma, integrado a otros hechos surgidos entre la fecha de la herniografía diafragmática por vía abdominal y operación antirreflujo, y la laparotomía exploratoria posterior, tornaba sumamente compleja la posibilidad de un diagnóstico y tratamiento acertados, a pesar de la diligencia de los facultativos.

2.3. Seguidamente, refiriéndose a lo testificado por Juan Rodrigo Moreno, médico para entonces cursante de la especialización en cirugía y quien en la historia clínica, el 10 de septiembre, sugirió una peritonitis, al encontrar al paciente taquicárdico y con dolor abdominal, en todo caso,

señaló que como había sufrido una poliomielitis y varias cirugías abdominales, su evaluación clínica era más difícil.

Por esto, a pesar de haber advertido el deponente la posibilidad de una segunda intervención, evaluado su estado de salud y demás antecedentes, se decidió practicar exámenes previos sin arrojar evidencia de peritonitis ni otro hallazgo. El galeno en cita, por tanto, frente al regular estado de salud que halló, concluyó que entre el 8 y el 17 de septiembre no había indicaciones o síntomas que hicieran aconsejable la reintervención quirúrgica.

Sumado a lo anterior, si bien los exámenes no eran mandatorios, empero, fueron materializados, se hicieron otros, al decir del médico tratante, un hemograma, PCR (proteína C reactiva para detectar si hay infección) y gases arteriales (no se dejan enmascarar por los esteroides), sin que mostraran resultados de eventos infecciosos o filtraciones indicativas de una peritonitis en curso.

2.4. Para el juez de la alzada, lo discurrido sirve para confrontar el dictamen de Martha Correa, donde se señala que el esofagograma no era idóneo para hallar la filtración del colon y la tomografía tampoco podía resultar del todo efectiva ante la presencia de bario (elemento empleado un día antes para la prueba de esófago), pues aquellos otros exámenes contrarrestan la hipotética falta de conducencia de otros resultados para advertir un proceso infeccioso, y ello reafirma que el paciente fue atendido en debida forma.

El Tribunal insiste en que el cuadro complejo del señor Francisco Garcés Vélez, imponía el dilema al personal galénico de encontrar una mínima certeza de una posible peritonitis que valiera exponer al paciente al riesgo de una segunda intervención y averiguar qué estaba ocurriendo en él, considerando que los síntomas y las pruebas no ayudaron en el descubrimiento temprano de la peritonitis.

2.5. A modo de conclusión, para el *ad-quem* los problemas presentados por el paciente, si bien podían ser indicativos de una infección abdominal, no eran de una peritonitis, pues motivado por el progresivo deterioro de su salud, el médico tratante decidió, son sus palabras, «jugársela», y practicar una exploración a cavidad abierta, descubriendo un hematoma sobre-infectado indetectable con el examen clínico o las ayudas diagnósticas.

2.6. Por último, recuerda el colegiado, en los términos del artículo 15 de la Ley 23 de 1981, el médico no debe exponer al paciente a riesgos injustificados, razón por la cual, la falta de certeza, atada al contexto sumamente complejo del cuadro clínico del señor Garcés, impuso actuar con mesura, estando en riesgo el derecho a la salud y el derecho a la vida del paciente. Sólo cuando se hizo patente que la salud se deterioraba progresivamente y ante la presencia de un resultado imprevisible, con una complejidad del diagnóstico, aunado a las patologías de base, fue como el doctor Jesús Vásquez, al estar comprometida la vida, decidió la segunda intervención.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

3.1. En los tres cargos propuestos, los recurrentes denuncian en común la transgresión de los artículos 29 de la Constitución Política, 1613, 1614, 1615, 1626, 2341, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, como consecuencia de la comisión de errores de hecho probatorios.

3.2. **En el primero**, respecto de la apreciación de la prueba documental y testimonial.

3.2.1. Sostienen que el Tribunal equivocó la fijación del contenido de la historia clínica y no percató la existencia de otros elementos de juicio desvirtuando su convicción.

El documento, en efecto, no permitía inferir que la atención investigada hubiese sido de calidad y tampoco advertía las acciones postoperatorias sobre la atención prodigada para conjurar el riesgo previsible de la peritonitis en progreso. Simplemente, informaba en forma parcial las expresiones de malestar del paciente y la respuesta del personal médico calificándolas de normales.

El juzgador, únicamente exaltó la profesionalidad del galeno tratante y resaltó los exámenes preoperatorios, la intervención quirúrgica, el traslado del paciente a la unidad de cuidados especiales y la realización de algunos exámenes, pero nada dijo sobre las medidas específicas prodigadas que desvirtuaran la negligencia imputada.

Se demostró, por el contrario, que el facultativo, frente al dolor y demás síntomas expresados por el enfermo, indicativos de una afección, no tomó las medidas inmediatas para descartar la peritonitis e identificarla en forma temprana, sumados los antecedentes de salud, como aparece soportado en el dictamen de Medicina Legal.

Unido a dicha experticia, en el examen físico se debió seguir la sospecha del padecimiento y la intervención inmediata del paciente para evitar la evolución desfavorable. No obstante, partiendo de la historia clínica, se concluyó que los síntomas no eran indicativos de peritonitis.

3.2.2. En adición, el *ad-quem* desfiguró el testimonio de Rodrigo Moreno Retrepo, médico practicante, sobre el estado regular de salud del intervenido y la no indicación de síntomas que aconsejaran la nueva cirugía, cuando ello constituía una interpretación aislada y parcializada, pues no consideró los dictámenes periciales, omitiendo así la apreciación integral del acervo probatorio.

Pese a admitir la perforación intestinal como un riesgo inherente al procedimiento, señaló que el paciente tenía ciertas complicaciones preexistentes, por ende, de alto riesgo y con un trato diferenciado acorde con su condición, sin embargo, valoró en forma restrictiva la prueba. Resulta insostenible que el médico Moreno Restrepo haya sugerido la presencia de una peritonitis, el 10 de septiembre, y no se hubiesen agotado oportunamente los recursos para descartarla o atajar el progreso de la infección.

3.3. **En el cargo segundo**, al sobrevalorar el *ad-quem* el actuar galénico y minimizar las omisiones en que se incurrió, *«probadas a través de los testimonios obrantes en la prueba trasladada»* de la Fiscalía o del Tribunal de Ética Médica, y de los recaudados en el proceso.

Según la censura, si hubiera aludido lo vertido por Jesús Vásquez, facultativo tratante, valorado en su integridad el dicho de Juan Rodrigo Moreno Restrepo, también profesional de la medicina, y apreciado los demás testimonios, se tendría que dejar sentado el desarrollo infeccioso y la necesidad de una rápida intervención.

La médica Gisela del Carmen de la Rosa Echávez, en efecto, manifestó la peritonitis secundaria a la complicación de la cirugía realizada; la taquicardia, secuela de la infección y no del uso del salbutamol; la necesidad de operar, antes de un día, con la simple sospecha del proceso infeccioso; que los exámenes practicados no arrojaron resultados del ciento por ciento; y que el asma y la poliomyelitis para nada influyó en la complicación.

Igualmente, el galeno Carlos Alberto Lopera Ramírez, señaló que, unidos los antecedentes y circunstancias clínicas presentadas, se podía advertir la necesidad de una vigilancia estricta; y si había una cirugía antirreflujo previa con una evolución inadecuada, *“uno como médico trata de prever que esta circunstancia se repita dándole al paciente un cuidado más estrecho en una unidad de cuidados intensivos o especiales en el posoperatorio”*.

Denunció haber omitido lo aseverado por el facultativo José William Pulido, en cuanto, ante una sospecha clínica, *“se puede llevar a un paciente a cirugía, incluso teniendo un riesgo ASA 5, lo que hace la diferencia, es el apoyo que se debe tener dentro de una cirugía y en posoperatorio en una unidad de cuidados intensivos como sucedió en este caso”*.

De igual modo, la versión dada por el médico Jorge Eduardo Vallejo Bravo, quien a partir de los antecedentes de salud, identificó el caso complejo de manejar, requiriendo atención multidisciplinaria, y que frente a la mínima *«sospecha de una complicación se puede tomar una decisión de cirugía en circunstancias especiales donde disponga de alta tecnología, ejemplo es el HPTU»*.

En sentir de los impugnantes, la negligencia médica investigada saltaba de bulto, puesto que el postoperatorio se imponía de inmediato, atendiendo lo escrito en la historia clínica por Juan Rodrigo Moreno Restrepo, respecto de los síntomas de sospecha de peritonitis, y lo sugerido por el testigo al médico tratante, doctor Vásquez, amén de lo indicado en el trasladado dictamen de Medicina Legal, pero todo se hizo de manera tardía, a los ocho días de la intervención.

Con mayor razón, cuando el médico líder, Jesús Vásquez, incurrió en contradicciones y omisiones en sus diferentes versiones. Así, negó tener pacientes en condiciones similares, además, imponiéndose la necesidad de intervenir el abdomen del señor Francisco Garcés, se

abstuvo de hacerlo y pese a su condición riesgosa no ahondó en las medidas para descartar la peritonitis.

3.4. **En el cargo tercero**, al pasar por alto el Tribunal apreciar el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal, trasladado de la investigación penal, pese a reunir los requisitos para su valoración, a cuyo tenor, el dolor local de un paciente que sale de cirugía y sin complicaciones, siempre mejora; amén de aludir el diagnóstico tardío, sin que lo menguara el evacuado para demostrar el error grave.

Además, violó las reglas de la sana crítica, al descartar la experticia, sin atender lo previsto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, debiendo hacerlo, pues se requería una interpretación sistemática de las pruebas.

3.5. Para los recurrentes, los cargos formulados pretenden recoger su sentir frente a los errores médicos que segaron la vida de su ser querido.

4. LOS ESCRITOS DE REPLICA

El Hospital Pablo Tobón Uribe y la llamada en garantía, Aseguradora Colseguros S.A., en lo formal, alegan falta de sustento de los cargos, desenfoque técnico, insuficiencia de ataque y equivocación de los errores. En adición, desfiguración de la apreciación probatoria del Tribunal y la utilización de medios de convicción que no fueron trasladados de un asunto penal.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Los tres cargos formulados se aúnan para su estudio, al servirse de consideraciones comunes, por una parte, al acusar la transgresión de unas mismas disposiciones legales, y de otra, por cuanto en todos se enarbola la comisión de errores de hecho probatorios.

Con ese propósito, se advierte, ante todo, en ninguna de las acusaciones se nota ausencia de requisitos formales esenciales capaces de enervar un pronunciamiento de fondo, según se alega por los opositores del recurso.

Como se verá a lo largo de la respuesta, todos permiten un análisis de mérito a partir de su literalidad, esto es, acudiendo al contenido objetivo de la demanda de casación, así sean dables algunas críticas puntuales, en todo caso superables, al quedar a salvo las garantías mínimas de defensa y contradicción, al punto que, amén de lo formal, en los escritos de réplica, en general, se alude al fracaso de la impugnación por cuestiones de fondo.

5.2. Los errores denunciados, ocurren en la etapa previa destinada a constatar físicamente las pruebas y a fijar su contenido; no en el proceso ulterior de su diagnosis jurídica. En palabras de la Corte:

«A objeto de perfilar el [error] de derecho (...), bien convenido se tiene que él dice relación con la contemplación jurídica de las pruebas, precisamente para resaltar que en ese ámbito queda excluida toda controversia de tipo físico o material,

pues él sólo podría estructurarse en un escenario que le es muy propio: el de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba. El reproche que cabe hacerle al juzgador, ya no es el de que vea mucho o poco, que invente o mutile pruebas; en fin, el problema ya no es de desarreglos visuales, porque el desacierto se ubica es en el pensamiento probatorio del juzgador; ya porque no muestra el debido respeto al apreciadísimo postulado del contradictorio (aducción e incorporación al proceso de elementos de juicio), ora porque entra a reñir con el legislador acerca del mérito de las probanzas. Bien podría decirse metafóricamente que aquí el problema no es de "pupila" sino de discernimiento»¹

Por esto, los yerros de hecho se predicán de cada medio particular. En lo relativo a su presencia física, cuando se inventan o existiendo se pasan por alto; y lo atinente a su alcance, en los eventos en que verificados materialmente en el dossier, sin embargo, tergiversan su contenido adicionándolo, cercenándolo o alterándolo.

En cualquiera de esas hipótesis, los errores de hecho probatorios se configuran, con respecto a su materialidad, si son manifiestos, esto es, constatables a los sentidos y no fruto de elaborados o esforzados raciocinios; y trascendentes, en la medida en que hayan determinado la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

Las faltas dichas, por lo tanto, no pueden edificarse sobre la base de contrastarse unas pruebas con otras, porque en ese caso significaría que los distintos elementos de juicio fueron apreciados en forma correcta, tanto material como objetivamente, solo que el juzgador se equivocó al valorarlos en conjunto, en punto de

¹ CSJ. Civil. Sentencia 057 de 13 de abril de 2005, expediente 00056.

compatibilidades, exclusiones y conclusiones, todo lo cual pertenece al marco del error de derecho probatorio.

En cambio, los yerros de diagnosis jurídica de las pruebas se entroncan con la regularidad de su producción (solicitud, decreto, práctica, asunción y contradicción), y con la valoración en conjunto o idoneidad y conducencia para demostrar determinado hecho.

La naturaleza de ambas especies de errores, por supuesto, se explican en el carácter extraordinario del recurso y en la presunción de legalidad y acierto que cobija a la sentencia impugnada cuando ingresa al recurso de casación. Así, entendiendo que el juzgador ordinario no se equivocó, todo se reduce, en el referido campo y en los precisos contornos dichos, a desvirtuar dicha presunción.

5.3. Frente a lo discurrido, los errores de hecho probatorios denunciados son infundados.

5.3.1. Para empezar, en la hipótesis de resultar manifiesto que el *ad-quem* omitió apreciar el dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, arrimado de los expedientes de la Fiacalia y del Tribunal de Ética Médica (cargo tercero), inclusive algunos «testimonios obrantes en la prueba trasladada» (cargo segundo), las supuestas faltas resultan intrascendentes.

En efecto, como respecto de las demandadas, a quienes se oponen tales elementos de convicción, no obra

que fueron partes en el proceso penal y disciplinario, esto significa que en salvaguarda del principio de contradicción (artículos 185 del Código de Procedimiento Civil y 174 del Código General del Proceso), su omisión fue exprofeso, pues si, por lo mismo, no se podían valorar contra las convocadas, a ningún resultado distinto conducirían.

5.3.2. Con relación a la historia clínica y al dicho de Rodrigo Moreno Restrepo (cargo primero), al margen de lo que luego se dirá, si el Tribunal se acusa de no percatar que el documento lo desvirtuaban otras pruebas y de valorar aisladamente el testimonio, es claro, los supuestos errores no serían del contenido intrínseco de dichas pruebas, sino el producto de contrastes; es decir, la acusación no podía venir por error de hecho, sino de derecho.

5.3.3. En lo demás, la esencia de los ataques estriba en que como los síntomas manifestados por el paciente indicaban una peritonitis, debió acometerse de inmediato las acciones o medidas para conjurar la infección, pero como ello no se hizo, la falta de diligencia resulta patente.

5.3.3.1. Empero, argumentado lo anterior en la prueba testimonial y pericial practicada en el proceso, procede la Corte a resaltar el contenido objetivo de dichos medios, a fin de establecer si el Tribunal se equivocó al apreciarla.

(i) Gisela del Carmen de la Rosa Echávez, especialista en medicina interna y crítica, con funciones en el área de cuidado intensivo del hospital Pablo Tobón Uribe, en punto

del hecho investigado, refiere que el vómito fecaloide experimentado por el paciente, el 14 y 15 de septiembre, *«simplemente es un líquido con bacterias que lo hacen parecer materia fecal»*, derivado del denominado «íleos», esto es, falta de movimiento normal del intestino después de una cirugía abdominal, todo lo cual produce *«retención de líquidos intestinales sobrecrecimiento de bacterias y vómito, entonces el íleos puede ser la causa funcional y no siempre es secundario a perforación intestinal»*.

En relación con el dolor abdominal, la taquicardia y el drenaje de materia fecaloide, ocurrido el 15 de septiembre, la testigo expresa que con los *«síntomas descritos (...) no hay ninguna certeza del diagnóstico de peritonitis. Revisando la historia, la certeza del diagnóstico de peritonitis se tiene solamente el día de la cirugía septiembre 18 de 2014 (...). Ya que ni los síntomas clínicos, ni los hallazgos radiográficos soportaban este diagnóstico»*.

Agrega que la certeza de la infección se obtuvo el 17 de septiembre, al aparecer una fistula (comunicación entre el colon y la piel), cuya causa puede atribuirse al desprendimiento de adherencias propias del paciente.

(ii) Carlos Alberto Lopera Ramírez, experto en cirugía laparoscópica avanzada y profesor de la materia, descarta una *«perforación intestinal derivada de la disección hecha por el cirujano»*, pues los síntomas habrían aparecido muy temprano, antes de cuatro o cinco días, y no después de más de una semana de la intervención, caso en el cual

estarian relacionados con *«algún problema en la cicatrización o en la calidad de los tejidos del paciente»*, ciertamente, considerados sus complicados antecedentes.

Acota que el *«uso de dos pruebas radiológicas complementarias como esofagograma y el tac contrastado de abdomen, se constituyen en exámenes con confiabilidad cercana al ciento por ciento para descartar o confirmar la presencia de algún tipo de ruptura intestinal»*. En el caso específico, dice, los resultados fueron reportados *«normales»* y sin presencia ninguna de *«ruptura gastrointestinal»*, en tanto, los síntomas compatibles con peritonitis aparecieron el mismo día en que se decide la reintervención.

(iii) Jesús de Nazaret Vásquez Arango, el médico tratante, especialista en cirugía laparoscópica y profesor de la materia en distintas universidades nacionales y extranjeras, acota los graves antecedentes de salud del paciente y su propensión a infecciones sistémicas, a retardos en la cicatrización y a perforaciones espontáneas.

Fundado en ello, expresa una observación especial en el postoperatorio, las 24 horas, con un esofagograma, un TAC y exámenes de laboratorio, empero, sin advertencias. Por esto, señala, *«no tenemos ningún argumento científico para someterlo. Es más el día 11 de septiembre a las 12:45 pido inclusive más concepto por otros cirujanos, acá está el doctor Rodrigo Moreno y el doctor Rodrigo Sierra, para cerciorarme si hay realmente algún indicio que nos pueda indicar alguna infección o si el concepto mío estuviere errado»*.

(iv) Juan Rodrigo Moreno Restrepo, entonces practicante de la especialización en cirugía general, indica que el 10 de septiembre, consignó en la historia clínica las regulares condiciones del paciente, con taquicardia y dolor abdominal, sugiriendo una posible peritonitis.

No obstante, agrega, se hizo «un esofagograma, en el cual no se evidenció fuga de medio de contraste, aquí simplemente se dice que no había ruptura en la zona de la operación, o sea el esófago. Le aviso de este examen al doctor Jesús Vásquez, y decidimos luego realizarle al paciente un TAC de abdomen para buscar otro sitio posible que explicara los síntomas (...). Solicitamos exámenes de laboratorio. La siguiente nota es a las siete de la mañana del día 11 de septiembre, el paciente no mejora, continúa en estado crítico, se comenta nuevamente con el doctor Jesús Vásquez y se discute la posibilidad de llevarlo a cirugía».

Para el deponente, los hallazgos de ruptura a nivel del colon, lo más probable, son consecuencia de la manipulación operatoria inicial. Aclara, sin embargo, que las «decisiones que se tomaron en este paciente fueron producto de un equipo multidisciplinario en el cual participaron internistas, cirujanos, el radiólogo y no es una decisión tomada aisladamente por el doctor Vásquez».

(v) Andrés Yepes Pérez, médico cirujano, internista, oncólogo y trabajador del hospital resistente, coincide en que el enfermo no tenía síntomas o signos sugestivos de un

proceso infeccioso, y en que los exámenes practicados arrojaron una situación de normalidad.

Señala y reitera que la evidencia clínica y paraclínica era suficiente para no considerar una reintervención, dada la condición de altísimo riesgo del paciente, menos cuando no existía ninguna entidad patológica indicándola.

(vi) José William Pulido Junco, médico internista y neumólogo, vinculado al hospital, evaluó al paciente el primer día del postoperatorio y no encontró criterios para mantenerlo en cuidados críticos, pues su evolución era normal, solo hasta el 18 de septiembre, cuando volvió a examinarlo, lo halló en malas condiciones.

Narra que el *«paciente es llevado a cirugía siguiendo el procedimiento descrito por la academia y la clínica, en donde a pesar de tener todas las ayudas diagnósticas negativas (incluyendo tac y uso de medio de contraste por el tracto digestivo superior) prima el criterio clínico del cirujano, decidiendo llevarlo a la prueba de oro (prueba en la cual es posible observar directamente en el cuerpo lo que está sucediendo independiente de la capacidad de las máquinas para encontrar un daño) que es una laparotomía diagnóstica, encontrando allí la presencia de la peritonitis»*.

(vii) El médico Jorge Eduardo Villegas Bravo, no relata el conocimiento temprano o posterior de la peritonitis, solo indica que ante la sospecha de la infección *«se puede tomar una decisión de cirugía en circunstancias especiales»*.

(viii) En el dictamen rendido por la Universidad CES, se sostiene que el *«el diagnóstico de fistula colónica fue hecho nueve días después de la cirugía cuando se evidencia la salida de materia fecal. Generalmente las complicaciones de filtración de heridas, o perforaciones por isquemia aparecen luego del cuarto día de cirugía cuando han fallado los mecanismos de cicatrización natural. Lo ideal en estos casos es hacer un diagnóstico temprano de la complicación»*

Se agrega que *«el paciente fue evaluado por cirugía luego de la nota del doctor Alvaro Restrepo en múltiples oportunidades, anotando que no encontraba signos de abdomen agudo. El vómito en un post operatorio especial en una cirugía antirreflujo puede ser por causas variadas (...). Y no necesariamente indica que el paciente debe reintervenirse o que es una fistula o filtración intestinal. Para la sospecha del cirujano el paciente recibió atención adecuada, y una vez detectada la filtración se lleva a cirugía».*

5.3.3.2. Contrastado el contenido de la prueba testimonial y pericial compendiada, con la apreciación efectuada por el Tribunal, sus conclusiones sobre la inexistencia de la culpa galénica no son contraevidentes.

(i) La responsabilidad médica reclamada en los cargos, en últimas, no se asocia con la primera intervención quirúrgica, sino en la falta de diligencia en la atención médica durante el postoperatorio, dirigida a llevar a cabo una nueva cirugía para conjurar la infección presentada, dada la sintomatología manifestada por el paciente.

Ahora, si Tribunal y recurrentes, a partir de lo anotado en la historia clínica por el médico practicante, Juan Rodrigo Moreno Restrepo, coinciden en las condiciones regulares de salud de Francisco Garcés Vélez, frente al consenso, resulta claro que en ningún error de hecho se pudo incurrir al apreciarse las pruebas relacionadas en los cargos, especialmente, en los dos primeros.

De hecho, para el sentenciador, lo determinante, frente a las dificultades de salud advertidas en el paciente, taquicardia, dolor abdominal, vómito de materia fecaloide, en fin, era establecer *«si se hizo un diagnóstico que haya cumplido con la lex artis, ya que ese es el punto medular del asunto»*, al margen de si la lesión se produjo en la intervención o fue secundaria al procedimiento.

(ii) En esa dirección, las equivocaciones se habrían presentado en la hipótesis de un diagnóstico de *«peritonitis en progreso»*, para el caso, con certeza, considerados los graves antecedentes de salud del paciente, pese a lo cual, no se prodigaron las *«acciones postoperatorias específicas»* para conjurar la infección. Empero, como ninguna de las pruebas indica tales hechos, los errores probatorios denunciados se descartan por completo.

En efecto, el testigo estrella, el médico practicante de la especialización, no afirma el padecimiento, simplemente sugiere la posible infección. Por esto, para explicar la razón de los síntomas, aclara que se hizo *«un esofagograma»*, luego *«un TAC de abdomen»*, *«solicitamos exámenes»*, sin

hallar evidencias de la enfermedad, y acota que las *«decisiones que se tomaron en este paciente fueron producto de un equipo multidisciplinario en el cual participaron internistas, cirujanos, el radiólogo y no es una decisión tomada aisladamente por el doctor Vásquez»*.

Si bien la especialista en medicina interna y crítica, Gisela del Carmen de la Rosa Echávez, sostiene que la sospecha o certeza de peritonitis impone de inmediato la intervención, para el caso indica que ello solo se conoció el 18 de septiembre, no antes, *«ya que ni los síntomas clínicos, ni los hallazgos radiográficos soportaban este diagnóstico»*, así tales ayudas no sean confiables en un ciento por ciento.

En igual sentido el profesor de cirugía laparoscópica avanzada, Carlos Alberto Lopera Ramírez, al decir que el *«uso de dos pruebas radiológicas complementarias como esofagograma y el TAC contrastado de abdomen, se constituyen en exámenes con confiabilidad cercana al ciento por ciento para descartar o confirmar la presencia de algún tipo de ruptura intestinal»*; y al agregar que los síntomas compatibles con peritonitis solo se descubrieron el mismo día en que se decide reintervenir.

El médico internista José William Pulido Junco, por su parte, descarta complicaciones postoperatorias, inclusive hasta el 13 de septiembre, y que a pesar de todas las ayudas diagnósticas de peritonitis, con resultados negativos (TAC y uso de medio de contraste digestivo superior), el

«paciente es llevado a cirugía siguiendo el procedimiento descrito por la academia y la clínica».

Sobre la sospecha o certeza de la peritonitis, antes del 18 de septiembre, cuando se realiza la reintervención, tampoco habla el galeno Jorge Eduardo Villegas Bravo; y los médicos Jesús Nazareth Vásquez Arango, tratante, y Andrés Yepes Pérez, tampoco la refieren. Igual inferencia se predica del dictamen evacuado por la universidad CES.

5.4. Así las cosas, la Corte resalta que la decisión de no intervenir de inmediato al paciente, como se reclama por los recurrentes, no significa, inexorablemente, responsabilidad médica, porque la culpa por falta de cuidado y atención solo tiene lugar cuando un profesional se sustrae a hacer cuanto debía observar en la forma y tiempo oportunos.

En el caso, los deponentes examinados, todos médicos especializados, y el dictamen pericial, coinciden en que si bien la decisión de intervenir quirúrgicamente debe hacerse de manera oportuna por la gravedad de las consecuencias, en este caso la compleja situación particular y los graves antecedentes médico-clínicos del señor Garcés, ciertamente, obligaba a lo contrario, esto es, a no actuar con meras sospechas, en general, como así se valoró por un grupo interdisciplinario.

5.4.1. Sobre el particular se precisa que el «riesgo» es la proximidad de la ocurrencia de un daño o de un peligro, un accidente o una contingencia, motivo por el cual, la

RAE, lo define como «(...) *contingencia o proximidad de un daño (...)*», de tal modo que se asocia con el concepto de un «*peligro*» o *periculum* «(...) *riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal (...)* lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño»².

Tratándose de la actividad médica, entraña la posibilidad de incurrir en responsabilidad, por cuanto todos los procedimientos que ejecuta un galeno tienen asociado un eventual riesgo para el paciente de engendrar un daño o secuela, provocando lesión al cuerpo o salud del paciente, el cual es, bien y derecho protegido por la ley.

Así por ejemplo, en términos elementales, el consumo de una vitamina puede alterar el metabolismo, la ingesta de un medicamento, una falla hepática aguda. Se trata de riesgos justificados, permitidos individual y socialmente, inherentes al acto médico, pero determinados y cualificables en cada momento según el avance de la *lex artis*. Por supuesto, hoy toda intervención médica, conlleva la obtención del consentimiento plenamente informado del paciente, como elemento central en el respeto de la autonomía de su voluntad para que decida y asuma las eventuales consecuencias.

Sin embargo, la actividad médica no puede ser concebida como peligrosa, ni mucho menos, gobernada por la responsabilidad objetiva; salvo, casos excepcionales, por

² Vid. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. ESPASA. Páginas 1562 y 1798.

cuanto no pueden concebirse las obligaciones que lo componen como de resultados, sino de medios, por regla general, por cuanto la finalidad esencial es la lucha por el bienestar humano, por la salud, por una existencia vital libre de apremios y de achaques.

Esta actividad conlleva en gran medida el riesgo y el azar, con mayor razón, ante el estado actual de la ciencia y el crecimiento desmedido de nuevas enfermedades y el poco avance de la investigación científica que arroje resultados ciertos contra enfermedades catastróficas o en los tratamientos complejos y delicados que permitan prever con certidumbre el resultado, de tal modo que frecuentemente aparecen en un procedimiento variables incontrolables, no solo por el estado del arte, sino también por la diferente y peculiar reacción de cada organismo al dolor, a la enfermedad, al procedimiento médico o a la propia medicina; sin descontar que el ejercicio y práctica galénica, de algún modo provoca lesiones a la corporeidad humana.

Ahora en el marco de tales lesiones, debe entenderse que justamente apuntan para combatir la causa del dolor y procurar la cura; por consiguiente, todas las teorías que conciben la actividad médica como una actividad peligrosa, incurrir en craso error epistemológico en la perspectiva teórica y ética de la profesión del médico. Otro problema diferente es la responsabilidad sistémica, organizacional u orgánica, relacionada con las empresas o instituciones prestadoras de la salud que como integrantes de un sistema

sanitario eventualmente pueden responder de manera conjunta o solidaria.

Una visión peligrosista desconoce la historia, el presente y el futuro de la profesión del médico, que de ningún modo puede ser equiparada con la actitud de vándalos irresponsables, de lesionadores dolosos, de mercaderes de la medicina o de científicos sin ética que cosifican al ser humano.

El médico, dedica su vida a una tarea de sentido, eminentemente humana ética y de beneficio, pone su voluntad, su psiquis, su laborio, su idoneidad, su capacidad con fines altruistas, filantrópicos para el servicio y mejoría del ser humano ante el dolor y la tragedia somática.

Actividad peligrosa y actividad riesgosa en la ejecución de la labor del médico, son antitéticas y se repelen, son asuntos diferentes, porque una actividad peligrosa, surge como ejercicio de búsqueda del propio beneficio, de la utilidad que reporta a los exclusivos intereses de quien realiza la conducta en forma directa y para si mismo, así indirectamente beneficie el conglomerado social.

En términos generales, gran parte de las veces es conquista y satisfacción de la propia comodidad, es búsqueda de lucro que vehicula el desarrollo de determinada actividad o comportamiento, por ejemplo, en el caso del transporte, la fabricación o utilización de armas; mientras que la actividad médica pretende el mejoramiento

del paciente, se edifica en los supremos fines humanos individuales y de la colectividad en pos cumplir propósitos de mejoramiento del paciente, de la solidaridad, del bien común, de la alteridad, de la ayuda al otro.

Las dos, son actividades finalísticamente diversas, con propósitos y móviles incompatibles e inequívocos; otra cosa, es el ejercicio médico irresponsable, imprudente, propiciados por objetivos contrarios u opuestos al bienestar humano, o contaminados por negligencia o impericia, el lucro desmedido, la experimentación sin sentido o la manipulación del ser humano.

Ahora, como puede verse la actividad médica, en una posición jurídica de garante, debe indagarse hasta cuáles fronteras se extiende, en esa condición, circunstancia que no puede predicarse en abstracto, sino en forma concreta, en el marco del objeto del compromiso o tarea específica que asume el galeno, ante una determinada dolencia para intentar la curación, paliación o mejora posible del paciente, y no en el ámbito de la abstracta, hipotética o genérica protección de la vida y de la salud.

Hay cuestiones a las cuales el médico no está obligado, como cuando el paciente le solicita la extracción de una pieza o varias, porque según el afectado la misma repercute o genera dolor de cabeza, o la amputación de una extremidad superior para evitar una enfermedad, por no estar dirigidas a un fin curativo o porque tales

procedimientos no los recomiendan las reglas de la *lex artis*. En su posición de garante, como lo expresa, la doctrina:

«(...) el especialista que ha asumido el tratamiento del paciente de una afección concreta responde de las omisiones relativas a la misma, no así respecto a otras posibles patologías ajenas a aquella que en el curso del tratamiento pudieran aparecer o descubrirse.

«Baste pensar en el especialista de aparato digestivo que ni trata ni advierte al paciente, por ej., de un posible tumor de pulmón que pudiera padecer. Lo contrario supondría convertir al médico en garante, no ya por razón de lo que asume, sino de la genérica protección de un bien jurídico, algo que por definición es ajeno a la actividad médica»³.

5.4.2. Por lo demás, como lo recalcó la Sala recientemente⁴, resulta cuestionable que haya lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposos.

Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución.

Al respecto, la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en

³ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La Responsabilidad Penal del Médico*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. P. 476.

⁴ CSJ. Civil. Vid. Sentencia de 24 de mayo de 2017, expediente 00234.

sostener y reconocer que la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, aparea la existencia de ciertos **riesgos inherentes** a la realización de procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa.

La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos. El primero arriba definido y el segundo, también según el RAE, es entendido como aquello: «*Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello*»⁵. Por esto, dentro del marco de la responsabilidad médica, debe juzgarse que los riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la *lex artis*.

De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o, incursionar por ejemplo, en las

⁵ RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 824.

lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano.

De ningún modo; el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de *la lex artis*, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento.

Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuentemente, reparables "*in natura*" o por "*equivalente*", pero integralmente. Todos los otros resultan excusables.

En estas lides, cuando ha existido lesión, y simultáneamente se demuestra negligencia en el facultativo, debe encontrarse un baremo o límite, el cual se halla en la normalidad que demanda la *Lex Artis*, a fin de disponer cuando fuere del caso lo consecuente con el extremo pasivo,

y determinar el momento en que se incursiona definitivamente en el daño antijurídico.

El criterio de normalidad está insito en la *lex artis*, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la *Lex Artis*, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico.

Aquí nos adentramos en el campo del criterio del riesgo general de la vida o del riesgo permitido. No deben ser imputados al demandado aquellos daños que sean materialización de los riesgos normales o permitidos en la vida en sociedad. Así por ejemplo, el ingreso de una persona en el hospital para curarse de una agresión, sin embargo, cuando sale le cae una teja, implica una relación causal entre la agresión y la teja? ¿Si no hubiera sido agredido, la teja no le hubiera caído? ¿En este evento, existe una materialización del riesgo normal o general?

En consecuencia, los errores cobijados por el marco de excusabilidad, se relacionan con los que ocurren a pesar de la idoneidad y de la experiencia médica, punto en el cual, es bueno señalar que los médicos, están guiados, en general,

por un régimen de obligaciones de medios (salvo algunas excepciones), no son infalibles, porque muy a pesar suyo y del cuidado, es probable, el paciente resulte lesionado.

5.4.3. Las buenas prácticas al fin de cuentas tienen un especial valor para establecer la culpa galénica, al margen del acierto del diagnóstico; y en el caso, la actuación constatada estuvo conforme a lo aceptado por los declarantes como un grupo de médicos calificados, justamente acorde con los procedimientos técnicos y científicos evaluados, al margen de una cobertura formal rigurosa, justamente, por la equivocidad y multiplicidad de factores que intervienen en la escogencia de la decisión o solución precisa y en lo posible acertada.

Por esto, resulta razonable sostener que en el deber de cuidado, el estándar de diligencia esperable en esa concreta prestación no puede extremarse, como lo propone la censura, a reclamar *-ex post facto*, claro está- que debían haberse desplegado acciones *inmediatas* cuando en el paciente se manifestaron los primeros síntomas *-equivocos, confusos, enmascarados-* de una eventual sepsis.

La calidad del diagnóstico, la pericia evidenciada en los resultados de la operación, el tratamiento y cuidado posteriores, estuvieron acordes con las buenas prácticas, según las probanzas recaudadas. Por ello, un posible error de juicio o diagnóstico debido a un cuadro clínico complejo, que dificultaba la adopción de una terapéutica inequívoca, no puede ser fuente de responsabilidad civil.

Se trata, en últimas, conforme lo resaltó el Tribunal, de que la decisión sobre el tratamiento a seguir fuese el correcto. De ahí, el control judicial posterior de esa conducta y decisión no puede partir de la base de los resultados adversos o de la falta de acierto, para concluir que hubo incumplimiento, tardanza, y en definitiva culpa.

Lo anterior conduciría, ni más ni menos, a coartar la libre iniciativa y el criterio profesional del facultativo, para seleccionar el tratamiento correcto dentro de las opciones ofrecidas por la ciencia, atendidas las calidades del paciente y los recursos disponibles, si el comportamiento se juzga a la luz de los resultados, en cuyo caso el médico estaría impelido a tomar decisiones a la defensiva, inclusive en detrimento de los usuarios del servicio.

Precisamente, a ello se refería la Corte, cuando en los años 40, conforme a doctrina imperante, exigía que *"en materia de culpa la jurisprudencia y la doctrina no la admiten cuando el acto que se le imputa al médico es científicamente discutible, y en materia de gravedad de aquélla es preciso que la culpa sea grave dándole en este caso al vocablo el sentido de culpa de cierta gravedad"* (SC del 15 de marzo de 1940).

Si bien en la materia se ha dejado a un lado esas calificaciones, en tanto, la culpa profesional se infiere a partir de lo prescrito para un caso específico en la *lex artis*, cierto es, precisadas en un proceso las buenas prácticas

esperables y comparadas con las desplegadas, en el examen de la conducta profesional de los galenos debe también agregarse *-in concreto-* otras circunstancias.

Por ejemplo, la experiencia de los galenos (la *curva de aprendizaje* aludida por uno de los testigos), la complejidad del caso y la eventual existencia de dos o más diagnósticos razonables dados por la evidencia, todo lo cual llevará al juez a determinar si en ese complejo campo el error de diagnóstico no fue el resultado de una culpa comprobada, sino la lamentable condición del estado del arte médico, todavía en numerosos ámbitos con pronósticos inciertos.

El error lo puede cometer cualquier médico, aún el más avezado, el más precavido, el más experimentado. Lo determinante es verificar si esa inacción se debió a inadvertencia o descuido frente a los síntomas y signos que mostraba el paciente, o si, justamente, por la equivocidad de los mismos, o por la vulnerable condición del paciente, la prudencia aconsejaba una reintervención quirúrgica tan sólo cuando fuere necesario.

La medicina es de las actividades profesionales más propensas hoy en día al cuestionamiento de sus resultados cuando no son los esperados. Los avances en áreas de diagnóstico temprano, los métodos terapéuticos y tratamientos antes insospechados han permitido que en muchos casos los errores puedan ser advertidos con facilidad, pues el espectro científico y la experiencia adquirida, compartida incluso a nivel mundial, permiten

mejores soluciones y certeros tratamientos contra la enfermedad o el dolor. Empero, el estado del arte no arroja aún hoy, la posibilidad de mutar una obligación de medios por una de resultados, pues nos encontramos con una disciplina en permanente construcción.

Si se quiere, puede entenderse que el campo de la culpa galénica se ha venido achicando; pero lo cierto es, en el caso examinado por la Corte, tal conclusión luciría no sólo precipitada sino equivocada, si de ella se deriva una responsabilidad por no adoptarse una medida inmediata en un paciente de altísimo riesgo y con antecedentes graves.

En esos casos, como en este, siguen vigentes las enseñanzas de la jurisprudencia, en cuanto la obligación del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales de acuerdo con un estándar de diligencia profesional con miras a lograr la recuperación, el mantenimiento o la mejora de la salud, sin que en términos generales pueda garantizar el resultado.

5.4.4. En el *subjúdice*, se trataba de un paciente que por sus graves antecedentes de salud se hallaba en los riesgos graves inherentes al tratamiento. De ahí, no podía predicarse que siendo la del médico obligación de actividad, debiera perentoriamente alcanzar un resultado enteramente positivo, cual se deduce de la *causa petendí*.

Claro, el galeno debe proceder conforme a la *lex artis*, según la actuación científica o profesional que es normal

acorde a la época respectiva, pues la ciencia y la investigación médica avanzan en la especialidad de que se trate, de consiguiente, no es viable juzgar un caso médico del pasado según los avances científicos de hoy, cuando ayer la ciencia médica los ignoraba. Ha dicho la doctrina probable de esta Corporación:

«La obligación profesional del médico no es por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y, los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste»⁶.

En otra ocasión afirmó la misma Corte:

«Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia [...]. Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo [...]»⁷.

El inciso primero del artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, que modificó el art. 26 de la Ley 1164 de 2007, ubica la relación obligatoria médico-paciente por regla general como de actividad o de medios. Precisamente dispone:

«Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación

⁶ CSJ. Civil. Sent. de Casación de 5 de marzo de 1940.

⁷ CSJ. Civil. Sent. de Casación de 12 septiembre 1985.

de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional⁸.

5.6. Los cargos, en consecuencia, no se abren paso.

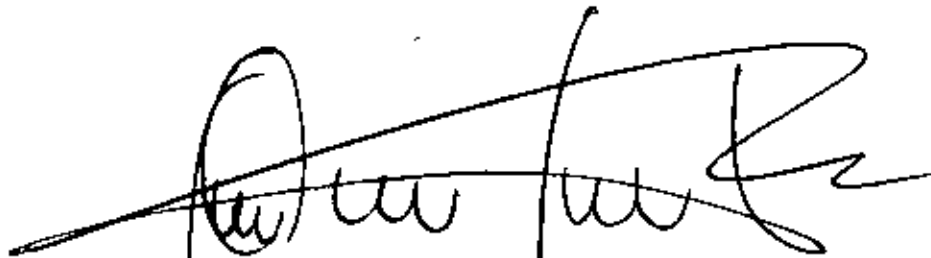
6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia de 28 de mayo de 2015, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por Ariela Patricia Botero, Ibeth Kiara Zapata Botero, Emmanuel Garcés Botero, Aura Rosa Garcés Vélez y Liliam Rosa Vélez, frente al Hospital Pablo Tobón Uribe y la Caja de Compensación Familiar Comfenalco-Antioquia, con llamamiento en garantía de la Aseguradora Colseguros S.A.

Las costas en casación corren a cargo de la demandante recurrente. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

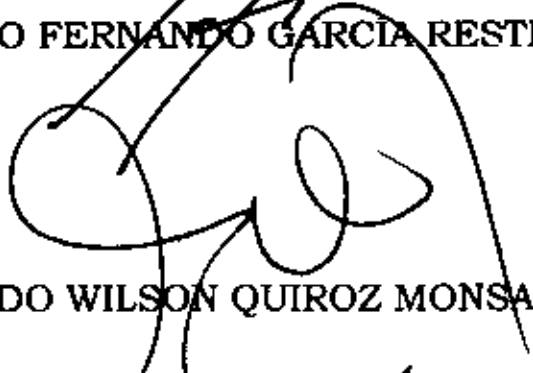
⁸ COLOMBIA, Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011. En sentido idéntico, de la misma Sala, senta. de 5 noviembre 1935 ("G.J.", t. XLIII); 30 noviembre 1935 ("G.J." t. XLIII, págs. 175 y ss.); 31 mayo 1938 ("G.J.", t. XLVI, pág. 572); 12 diciembre 1940 ("G.J.", t. L); 18 marzo 1942 ("G.J.", t. LIII), 5 mayo 1942 ("G.J.", t. LIII), 29 octubre 29 1945 ("G.J.", t. LIX); 3 noviembre 1977 (en jurisprudencia y doctrina, vol. 4, pág. 905); 23 enero 1980; 26 enero 1982 ("G.J.", t. CLXV, pág. 21), 22 julio, y la providencia de 16 diciembre 2010 (exp. 00012).



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
(Presidente de la Sala)



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



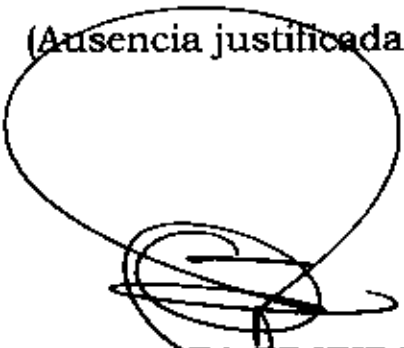
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

(Ausencia justificada)



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE