

JUAN FELIPE CORNEJO ARENAS

**LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO
PREIMPLANTATORIO: ESPECÍFICAMENTE AQUELLA DERIVADA DE LA
TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN.**

**DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN:
DR. JORGE RAMIREZ GÓMEZ.**

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA**

2018.

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

RECTOR:

Dr. Juan Carlos Henao Pérez

SECRETARIA GENERAL:

Dra. Martha Hinestrosa Rey.

**DIRECTOR DEL CENTRO DE
ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y
DERECHO:**

Dra. Emilssen González de Cancino

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Jorge Alberto Ramírez Gómez.

PRESIDENTE DE TESIS:

Dra. Emilssen González de Cancino

EXAMINADORES:

Dr. Edgar Cortés Moncayo

Dr. Enrique Santamaría Echeverría

A Dios por nunca soltar mi mano en este largo camino.

*A mi padre quien con su trabajo incansable ha apoyado cada uno
de mis sueños*

*A mi madre quien amorosamente siempre ha estado al lado del
camino.*

*A José Gabriel Cornejo Arenas, mi hermano, a quien espero dejar
mi mejor ejemplo.*

A Silvia Díaz, por su compañía incondicional.

*A Margarita, Carlos Fernando D, Rafael, Isabel, Jairo, Carlos
Fernando A, Claudia, Natalia, Samuel, Titina y Mantilla por sus
oraciones, respeto, amor y apoyo.*

A Gabriel Cornejo (Q.E.P.D.), consumado abogado y abuelo.

AGRADECIMIENTOS

Como a lo largo de cualquier camino, para llegar al final, es necesario contar con la compañía y apoyo de muchas personas que de una u otra forma dedicaron parte de su tiempo y esfuerzo en la consecución de este logro, por tanto, debo agradecerles haber sido partícipes de la realización de este trabajo y de mi paso por la Universidad Externado de Colombia.

A la Dra. EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, quien con su buen consejo me orientó a lo largo de la vida universitaria, demostrándome que la paciencia es una virtud que solo los sabios tienen y que el tiempo es el único que brinda maestría. Así mismo, le agradezco creer en mis cualidades y darme la oportunidad de ser parte de La Universidad Externado de Colombia.

Al Dr. HENRY SANABRIA SANTOS quien creyó en mí por vez primera y considero abusivamente mi maestro y consejero, pues me enseñó la honradez y disciplina que debe tener quien quiera ejercer esta profesión con tan gran dignidad como él lo hace. También debo agradecerle ser mi profesor por excelencia, pues a pesar del poco tiempo y el abultado trabajo, no dudó en dedicarse a enseñarme con su ejemplo que para ser jurista se necesita pasión, honradez, trabajo y disciplina, para encontrar, aun sufriendo pérdidas, la tan anhelada justicia.

Al Dr. FELIPE ANDRADE quien también depositó su confianza en mí y con su paciencia y buen consejo me ha sabido guiar en este proceso de aprendizaje que apenas comienza.

Al Dr. JORGE RAMIREZ, a quien admiro por sus grandes aptitudes académicas y profesionales, agradezco acompañarme en este arduo trabajo.

Por último, pero no menos importante, agradezco a MARCELA CORNEJO y a JAVIER CORNEJO junto con su esposa e hijos, pues me tendieron la mano cuando este sueño se veía aún muy lejos e inalcanzable.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO PRIMERO	13
¿QUÉ ES EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO?	13
1.- ¿QUÉ ES EL DGP?:.....	13
1.1.- Antecedentes a la definición:.....	13
1.2.- Definición.....	17
1.3.- Métodos para la implementación del DGP:	19
1.4.- Técnicas para la implementación del DGP:.....	21
2.- FINALIDAD Y UTILIDAD DEL DGP:.....	21
2.1.- Finalidad:	21
2.2.- Utilidad:.....	24
2.2.1.- ¿Qué enfermedades pueden ser identificadas con la implementación del DGP?.....	24
2.2.2.- ¿Quiénes son potenciales pacientes del DGP?.....	26
3.- EL DGP COMO ACTO MÉDICO:	29
3.1.- Definición de acto médico:.....	29
3.2.- Características generales del acto médico:	32
3.4.- ¿Es El DGP Un Acto Médico?	36
3.5.- Finalidades Del DGP Como Acto Médico.....	37

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO39

1.- DEFINICIÓN DE DIAGNÓSTICO:39

2.- NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO.....43

3.- ACTOS QUE CONSTITUYE ERROR EN EL DIAGNÓSTICO47

3.1 Error De Diagnóstico Propiamente Dicho:47

3.2 Diagnóstico Apresurado O Imprudente:.....48

3.3 Diagnóstico tardío:.....49

3.4 Diagnóstico inicialmente equivocado pero justificado, y luego permanencia inexcusable en el error:.....49

3.5 Tratamiento erróneo a consecuencia de un diagnóstico imperfecto:.....50

4.- LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y AQUELLA DERIVADA DEL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO (EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL COLOMBIANA) .50

4.1.- Jurisprudencia corte suprema de justicia sala civil:51

4.1.1.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de marzo de 194051

4.1.2.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 14 de marzo de 1942.51

4.1.3.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1986.....53

4.1.4.- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de enero de 2001.55

4.1.5.- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de mayo de 2005.....56

4.1.6.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017.....	58
4.2.- Jurisprudencia Consejo De Estado:.....	59
4.2.1.- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Julio de 2008.	59
4.3.- Jurisprudencia Corte Suprema De Justicia Sala Penal:	61
4.3.1.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de junio de 2013:.....	61
4.3.2.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de junio de 2016.....	63

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL DGP: ESPECÍFICAMENTE AQUELLA DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN.....	66
--	-----------

3.1.- ¿Qué tipo de acto constitutivo de error en el diagnóstico es el DGP?.....	67
3.2.- Sobre La Naturaleza De La Responsabilidad.....	70
3.2.1.- Breve referencia a la responsabilidad contractual y extracontractual: 70	
3.2.2.- Responsabilidad médica en el DGP ¿contractual o extracontractual?.....	73
3.3.- Sobre La Concreción Del Daño.	76
3.3.1.- Del Daño.....	77
3.3.2.- Sobre el deber de mitigar el daño.....	78
3.4.- Sobre el nexo de causalidad.....	80

CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFÍA.	86

INTRODUCCIÓN

“La Genética no puede ser por más tiempo una ciencia esotérica, la genética nos atañe a todos: versa sobre la vida y la muerte, sobre el significado y la respuesta a la incapacidad física, y sobre los nuevos dilemas morales creados por nuestro creciente conocimiento”

Alan F. Wright y A. Christopher Boyd

Nuestro tiempo se ha caracterizado eminentemente por lograr avances científicos y tecnológicos que de antaño serían simplemente cosa de ciencia ficción. Una de las ramas científicas que ha avanzado a pasos agigantados ha sido la genética, la cual, después de haber descifrado el genoma humano, puso sobre la mesa multiplicidad de técnicas con el fin de lograr el mejoramiento en las condiciones de existencia de los humanos.

Esos avances científicos en el mundo de la genética, a lo largo de mis estudios de pregrado no me fueron para nada indiferentes pues con fascinación observaba como la debida aplicación de técnicas genéticas podía aliviar los padecimientos que incluso familiares habían sufrido durante toda su vida. De hecho, los avances de la medicina genética han tornado cada vez más complejo los procedimientos médicos, creando nuevos estándares en la medicina, la cual tornó su mirada ya no solamente en la posibilidad de curar enfermedades sino en prolongar la vida de las personas y mejorar sus condiciones de existencia.

Específicamente puse especial atención al Diagnóstico Genético Preimplantatorio, una técnica genética que pone a la mano un sin fin de beneficios, pero que a la vez plantea múltiples preguntas, tocando puntos no solo científicos, sino también jurídicos, biojurídicos y éticos que prontamente deben ser abordados, pues la utilización de técnicas como estas es cada vez más frecuente.

Gracias a mi vinculación con el centro de Estudios Sobre Genética y Derecho, también pude observar que el mundo del derecho en ningún caso podía ser inferior a los grandes desafíos que el avance científico le va dejando, pues a pesar de que la norma es posterior al avance social, es deber de quienes decidimos realizar estudios de derecho abordar este tipo de temas que tarde o temprano llegarán a la cotidianidad jurídica.

Tal como lo dice la frase que encabeza este acápite, *“la genética no puede ser por más tiempo una ciencia esotérica, la genética nos atañe a todos”*, por tal motivo, quise abordar el estudio del DGP desde la óptica de la responsabilidad civil, analizando un evento en particular dentro de la práctica de esta técnica, la transmisión de información previo a la aplicación de las técnicas del DGP.

Este resulta un punto diametralmente importante, toda vez que de esa transmisión de información que realice el galeno, la pareja o la mujer consultante tomarán la decisión de llevar un embarazo sin la intervención de Técnicas de Reproducción Humanamente Asistida, o si derivado de su situación genética, vean necesario acudir a la implementación de Técnicas de Reproducción Humanamente asistida con la correspondiente selección embrionaria, movidos por una sola causa, la posibilidad de evitar a su futuro hijo el padecimiento de enfermedades genéticas o hereditarias.

Este trabajo, a pesar de que toma como referencia posturas del derecho comparado, está principalmente orientado a analizar cómo se debería analizar la responsabilidad de la transmisión de información que se deriva de la implementación del DGP desde la óptica del derecho nacional, toda vez que consideramos que el Ordenamiento Jurídico Colombiano debe empezar a preocuparse por atender novedosas hipótesis que en la práctica médica son inminentes.

Para lograr este cometido, este trabajo está dividido en tres grandes capítulos: en el primer capítulo concentramos nuestros esfuerzos en contextualizar al lector respecto de qué es el DGP, empezando por encuadrarlo en la gran categoría de diagnóstico prenatal, para así ir descendiendo de esa amplia definición a determinar que es el DGP, y cuáles son los métodos y técnicas para su aplicación. Así mismo, en este capítulo reseñamos cual es la finalidad y utilidad de esta técnica, qué enfermedades genéticas está llamada a identificar y quienes son los potenciales usuarios de este tipo de técnica genética.

Desde luego, en este capítulo no pretendemos tener el rigor de un profesional de la medicina, sino aproximar a quienes no tenemos el grado de técnica de un médico a entender en que consiste el Diagnóstico Genético Preimplantatorio.

También en este capítulo abordamos el tema de si el DGP constituye un acto médico o no, toda vez que, de no ser así, no le sería aplicable el régimen de responsabilidad médica. Sin embargo, desde ya afirmamos que sí constituye un acto médico de especial consideración.

En el segundo capítulo abordamos ya desde una perspectiva netamente jurídica, el tema del error en el diagnóstico, tratando temas como cuáles son los eventos en la práctica médica que constituyen error en el diagnóstico y cuál es la naturaleza de la responsabilidad derivada del error en el diagnóstico.

Seguidamente, para finalizar este capítulo, sin querer realizar una exhaustiva línea jurisprudencial, traemos a colación, echando mano de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que consideramos relevantes, cómo las diferentes especialidades de la jurisdicción tratan un mismo tema desde puntos de análisis en ocasiones no concordantes.

Todo esto para terminar con el tercer y último capítulo en donde analizamos concretamente la responsabilidad médica derivada del DGP; específicamente en el primero de los escenarios de su aplicación, es decir, en aquella transmisión de información que emite el médico tratante a la pareja o mujer consultante que resulta determinante para la toma de decisión de quienes pretenden ser padres.

Así, bajo los derroteros antes explicados, dejo este escrito a las críticas de quienes amablemente decidan emprender la lectura de este trabajo, motivados por la curiosidad de ver cómo el mundo del derecho debe dar una mirada urgente a tantas cosas novedosas que están tocando a su puerta.

CAPÍTULO PRIMERO

¿QUÉ ES EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO?

“Y ahora las declaraciones de Watson y Crick sobre el ADN. Esto es para mí la prueba verdadera de la existencia de Dios”

Salvador Dalí

1.- ¿QUÉ ES EL DGP?:

1.1.- Antecedentes a la definición:

Con el objetivo de acercarnos a la definición de Diagnóstico Genético Preimplantatorio (en adelante DGP), debemos primero remitirnos a la definición de la categoría genérica del Diagnóstico prenatal, pues la doctrina mayoritaria indica que el DGP es identificado como una categoría dentro de la amplia gama de actos médicos que componen lo que ha sido definido como Diagnóstico Prenatal.

Según lo enuncia ORTÍZ MARTINEZ, la Organización Mundial de la Salud ha definido el Diagnóstico Prenatal como:

“La detección de cualquier defecto congénito del feto, es decir, cualquier anomalía en el desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque pueda manifestarse más tarde) externa o interna, familiar o esporádica, hereditario o no y única o múltiple”¹.

De la definición antes transcrita, puede decirse que el Diagnóstico Prenatal comprende cualquier acto médico² que tenga como objetivo identificar cualquier

¹ ORTIZ, Juan. “*Diagnóstico prenatal: ¿prueba diagnóstica o prueba terapéutica?* En: Comunidad online del Instituto Borja de Bioética, Universidad Ramón Llull, 2006, [consultado el 9 de mayo de 2018], Recuperado de < <http://www.bioetica-debat.org/modules/news/article.php?storeyid=89> >

² *Ut Infra*. P. 29.

anomalía que congénitamente traiga el embrión o el feto (dependiendo del tiempo en que se realice el procedimiento).

A pesar de que autores como ORTÍZ MARTINEZ tratan el Diagnóstico Prenatal como una categoría más de diagnóstico, autores como NOËL LENOIR llaman la atención, por cuanto consideran que este tipo de diagnósticos engloban problemas que superan los límites del puro acto médico; toda vez que de su ejecución se desprenden efectos que superan la ciencia galénica. En efecto este autor considera:

“El diagnóstico prenatal no es una técnica médica como las demás. Cuestiona las opciones de reproducción de las familias, el lugar del niño en la sociedad, las actitudes sociales ante la minusvalía y la enfermedad. En otras palabras, compromete no solo la responsabilidad de las personas individuales sino también la del conjunto de la sociedad. Por tanto, es comprensible que suscite tantos debates éticos”³.

En definitiva, compartimos la postura tomada por este autor puesto que los efectos que se desprenden de la realización de este tipo de diagnóstico, sin duda alguna, van a impactar no solo a quienes acuden al diagnóstico como sucede en la generalidad de las ocasiones, sino también impactará a la forma en la que el bebé, aun gestante se desarrollará en su entorno, comprometiendo muchas veces, incluso, Derechos Fundamentales que al momento de realizado el diagnóstico aún no ostenta.

Dicho en otras palabras, la implementación de este tipo de diagnóstico, así como el de sus categorías, en términos de responsabilidad, amerita un análisis mucho más amplio y riguroso. Esto ya que no solo compromete consideraciones propias de la ciencia médica, sino también, debe tenerse en cuenta los efectos que tendrá la utilización de esta técnica médica, que, como bien se lee, amplía los criterios de la *lex artis*.

³ LENOIR, Noel, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal”, En: RODRÍGUEZ, María. “Consideraciones Bioéticas y Jurídicas de la Información Genética y el Diagnóstico Prenatal”. Revista VOX JURIS, Vol. 2, No. 28, Lima (Perú), Noviembre, 2014, pp. 15-40.

Esta opinión se respalda en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de marzo de 2003. En esta oportunidad la Corte afirmó:

“El médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza, muy particularmente de raigambre ética- no por ello desprovistos de eficacia jurídica-, los cuales podrán servir de parámetro para evaluar, en un momento determinado, el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno en el cumplimiento de su oficio. Es por ello por lo que se ha entendido que las normas que disciplinan la ética médica se traducen en componente de su lex artis, con todo lo que ello supone, especialmente en la esfera de su responsabilidad, como tal, susceptible de ser valorada o, si se prefiere, juzgada por los órganos y autoridades competentes para ello”⁴.

Para la implementación del Diagnóstico Prenatal, se han diferenciado dos tipos de técnicas⁵, aquellas llamadas invasivas y, en contra posición, las no invasivas.

Las técnicas no invasivas, como su nombre lo indica, consisten en que el profesional médico se limita a realizar un análisis fisiológico del feto; es decir que analiza el funcionamiento de cada una de las partes del feto. Este tipo de técnicas, a pesar de que no generan traumatismo en el feto a la hora de su implementación, no ofrecen un grado de certeza o seguridad respecto de su resultado, sin desde luego querer significar que las técnicas invasivas si nos ofrecen un grado de certeza absoluto.

Dentro de estas técnicas no invasivas podemos encuadrar procedimientos como las ecografías, el análisis del ADN fetal en la sangre de la madre, el proceso de observación del embarazo, el análisis de antecedentes familiares, entre muchos otros.

⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de marzo de 2003, Exp. 7141.

⁵ Cf. RODRÍGUEZ, MARÍA. “Consideraciones Bioéticas y Jurídicas de la Información Genética y el Diagnóstico Prenatal”. Ob Cit. P. 15-40.

Las técnicas invasivas, por su parte, pretenden realizar un análisis más preciso y detallado sobre el feto⁶ objeto de estudio. Con la aplicación de este tipo de técnicas es posible realizar un análisis cromosómico, bioquímico y genético del feto. Son consideradas como técnicas invasivas, por ejemplo, la biopsia corial y el DGP.

En este punto, importa resaltar que, a pesar de que dentro de las técnicas llamadas invasivas pueda encuadrarse el DGP, este tipo de diagnóstico merece un tratamiento especial, puesto que de su implementación se derivan efectos como la necesidad de realizar selección de aquellos embriones que resulten descartados por padecer enfermedades hereditarias, hecho que sin duda suscita debates de toda índole.

Por esto, seguimos la opinión de la Dra. María del Rosario Rodríguez-Cadilla Ponce, en tanto afirma:

“No se puede considerar al diagnóstico genético preimplantacional como una simple alternativa al diagnóstico prenatal, ya que está de por medio la selección embrionaria,

⁶ A lo largo del desarrollo gestacional, dependiendo de la etapa de desarrollo en que se encuentre, la embriología ha dado diferentes nombres a lo que se va formando a medida que el proceso gestacional va avanzando. Kate L. Moore ha definido las diferentes etapas así:

“Cigoto: Esta célula procede de la unión de un ovocito y un espermatozoide durante la fertilización. Un Cigoto es el comienzo de un nuevo ser humano (es decir un embrión)

(...)

Mórula: Esta masa sólida formada por entre 12 y 32 blastómeros se forma por la segmentación del cigoto. (...). La mórula recibió tal nombre por su parecido con el fruto de la morera o de la zarzamora. La etapa de mórula ocurre de tres a cuatro días después de la fecundación, cuando el embrión temprano se introduce en el útero.

Blastocisto: Cuando la mórula ha penetrado en el útero desde la trompa de Falopio, en su interior se forma una cavidad llena de líquido: el blastocele. Esta modificación convierte a la mórula en blastocisto. Las células centrales constituyen el primordio del embrión.

(...)

Embrión: El ser humano en desarrollo en sus etapas iniciales. El periodo embrionario se prolonga hasta el final de la octava semana (56 días), momento en el cual están presentes los incios de todas las estructuras principales (...)

(...)

Feto: Tras el periodo embrionario (ocho semanas), el ser humano en desarrollo se denomina feto. Durante el periodo fetal (novena semana hasta el nacimiento) tiene lugar la diferenciación y crecimiento de los tejidos y órganos formados durante el periodo embrionario. (...) EN: Moore, Kate y T. V. N. Persaud “Embriología Clínica: el desarrollo del ser humano” (7ª. Ed. En español). Madrid, Elsevier España S.A., 2004. P. 2-3.

la cual conlleva a que pueda ser utilizada de manera abusiva, prejuiciosa y peligrosa para la humanidad.⁷

En conclusión, así como el Diagnóstico Prenatal debe ser entendido como un acto médico especial, pues no es asimilable a cualquier otro diagnóstico, el DGP a pesar de ser clasificado dentro del género de Diagnóstico Prenatal, tampoco puede ser echado de menos, ni mucho menos tratado como uno más, toda vez que, de su práctica se derivan diversos efectos que deben ser analizados cuidadosamente, suerte que no corren las demás técnicas.

1.2.- Definición

La definición de DGP, aunque unánime, merece ser analizada en sus elementos, por lo que es necesario contrastar definiciones de diferentes autores de conocido prestigio, para así, a partir de ellas, construir la nuestra.

Según lo dicho por el Profesor PEDRO J FERMENÍA, el DGP puede ser definido así:

“se presenta como una variedad del diagnóstico genético preconcepcivo que tiene como objetivo principal la emisión de un diagnóstico precoz sobre un embrión fecundado invitro, para evitar la posibilidad de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones genéticas o hereditarias⁸.”

JAIRO RIVERA, por su parte define el DGP así:

“El diagnóstico genético preimplantatorio consiste en una intervención en el cigoto resultante de la fecundación sexual in vitro, ex vivo o agámica antes de su transferencia al útero materno, con el objetivo de determinar su estado de salud o de precisar su enfermedad⁹”

⁷ RODRÍGUEZ, MARÍA. Op. Cit. p. 31

⁸ FERMENÍA, PEDRO. (2018). *“Responsabilidad Médica Derivada del Diagnóstico Genético Preimplantacional”*. (en línea), [consultado el 20 de abril, 2018], p. 2. Recuperado de < <http://vlex.com/vid/diagnostico-genetico-preimplantacional-41307317> >

⁹ RIVERA, JAIRO, *“La Vida Humana In Vitro: un espacio constitucional de disponibilidad para la investigación”* (1ª. Ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 161.

Resulta interesante, a las definiciones ya citadas, agregarle la de *F.J. RAMOS FUENTES, M.P. RIBATE MOLINA*, para acercarnos a la definición del DGP. En efecto, ellos definen el DGP de la siguiente manera:

“El DGP se basa en el análisis genético de embriones obtenidos por fecundación in vitro (FIV) o por inyección intracitoplasmática de esperma (IICE) para seleccionar los no afectados, transferirlos al útero, y tratar de conseguir un embarazo viable¹⁰.”

De las definiciones antes acuñadas, podemos destacar varios elementos:

1. Es una variedad del Diagnóstico Preconceptivo
2. Es un diagnóstico precoz, puesto que se realiza en el embrión en sus primeras fases de desarrollo.
3. El DGP se aplica a embriones obtenidos por técnicas de reproducción humanamente asistida extracorpóreas, utilizando específicamente la Fecundación in Vitro o la inyección intracitoplasmática.
4. Tiene por finalidad identificar posibles anomalías genéticas que presenta el feto para así determinar su viabilidad.
5. Otra de las finalidades es concebir bebés sanos, seleccionando los embriones que sean saludables de aquellos que no lo están.

Entonces, de los elementos antes destacados, podemos decir que el DGP es una técnica utilizada en embriones producto de la implementación de Técnicas de Reproducción Humanamente asistida extracorpóreas, específicamente de la utilización de la Fecundación in vitro o la Inyección Intracitoplasmática, que tiene

¹⁰ RAMOS, FJ Y RIBATE, M.P, “*Diagnóstico Genético Preimplantacional*, en *Revista Española de Pediatría Clínica e Investigación*”, vol. 63, núm. 6 (2007), [consultado el 19 de mayo de 2018], p. 443. Disponible en < www.seinap.es/wp-content/uploads/Revista-de-Pediatria/2007/REP%2063-6.PDF >

por finalidad identificar anomalías genéticas que pueden padecer los embriones, para seleccionar aquellos que tengan mayor viabilidad y estén sanos.

La definición de DGP no solo se ha circunscrito a las precisiones científicas a las que siempre recurrimos, sino que, autores como FERNANDO ABELLÁN¹¹, además de enunciar los elementos que extractamos de la definición de DGP, resaltan su carácter particular frente a cualquier tipo de diagnóstico, toda vez que indica que el DGP ha mediado para la creación de un nuevo estándar en la medicina, orientada a la prolongación de la vida y el mejoramiento de las condiciones en la existencia.

1.3.- Métodos para la implementación del DGP:

En lo tocante a los métodos que pueden ser implementados para realizar el DGP, nuevamente nos vemos ante la división entre invasivos y no invasivos, aunque recordamos que, como ya lo anunciamos, el DGP de suyo es un procedimiento invasivo pues busca analizar directamente las células del embrión, y así, sin pretender tener un 100% de efectividad, lograr un alto porcentaje de acierto.

Afirma RIVERA¹², que los métodos no invasivos¹³ consisten mayoritariamente en hacer un seguimiento a la actividad celular, midiendo su función enzimática, para así determinar y diagnosticar la posibilidad que tiene el embrión de padecer enfermedades hereditarias. Resalta el autor dos precisiones sobre las técnicas no invasivas del DGP. La primera de ellas, consiste en que todos los procedimientos, en este tipo de técnicas se realizan respetando la integridad celular; la segunda, que en nuestro sentir la realiza a modo de crítica, consiste en afirmar que este tipo

¹¹ Cf. ABELLÁN FERNANDO. “Selección genética de embriones, entre la libertad reproductiva y la eugenesia”, Granada, Comares, 2007, pp. 8-15.

¹² Cf. RIVERA, JAIRO, *op. cit.*, pp. 161-162.

¹³ A modo de precisión, debemos decir que el DGP, como se ha sostenido, es de suyo un procedimiento invasivo. Cuando el autor se refiere a que existen métodos no invasivos del DGP, busca significar que esos métodos que denominó no invasivos, no buscan manipular directamente las células embrionarias extraídas, sino una vez extraídas, solo hacer seguimiento a su actividad.

de procedimientos no arrojan los resultados esperados por contar con un alto grado de imprecisión.

En cuanto a los métodos invasivos, afirma el autor que para su ejecución existen varias técnicas, las cuales tienen en común el exhaustivo análisis de las células que son extraídas del embrión una vez se ha efectuado la técnica, las cuales, en comparación con las no invasivas arrojan un grado de acierto mucho mayor.

Para la utilización del método invasivo, es unánime la doctrina en destacar tres procedimientos, el primero denominado **Biopsia del Corpúsculo Polar**¹⁴, el segundo llamado, **Biopsia del Trofoectodermo del Blastocisto**¹⁵, y la **extracción de una o dos células cuando el embrión está en estado de mórula**¹⁶. Todos estos procedimientos, ofrecen la bondad de que, sin llegar a garantizar un grado de certeza absoluto, si brindan, por lo menos, un estudio mucho más riguroso que sin duda permite una acertada detección de enfermedades.

A pesar de lo invasivo del método, advertimos que la implementación del DGP en ningún caso afecta la viabilidad del embrión, toda vez que como es una técnica que se implementa en los primeros estados del desarrollo embrionario, las células que hasta ahora conforman el embrión, llamadas blastómeros¹⁷, tienen la facultad de individualmente crear un individuo, por lo que, extraer un de ellas no representa

¹⁴ “consiste en la extracción del producto haploideo funcional, que corresponde a un juego simple de cromosomas, resultante de la meiosis, un proceso celular que consiste, como se explicó, en dos divisiones celulares consecutivas que se obtiene mediante la aspiración de ovocitos.” Ibid., p. 162.

¹⁵ “consiste en un corte en la zona pelúcida, en la parte opuesta a la masa celular interna, dejándose en cultivo hasta que se produzca la salida en las células de la pared del trofoectodermo y después se cortan o se separan” Idem.

¹⁶ “la biopsia de uno o dos blastómeros, cuando el embrión ha alcanzado ocho células” Idem.

¹⁷ “Alrededor de 30 horas después de la fecundación ocurre la primera división del cigoto que genera las dos primeras células que se denominan blastómeros, cada una con 46 cromosomas. Cada blastómero tiene la potencialidad de originar un ser humano completo como lo demuestra la ocurrencia de mellizos monocigóticos (“gemelos idénticos”). Luego, cada blastómero se divide sucesivamente por mitosis de dos en dos. En el estado de 4 u 8 células, el genoma del embrión comienza a expresarse más masivamente. Al cabo de 3 días, el embrión está lleno de células (blastómeros) y semeja una mora (mórula)”. Santos Alcántara, Manuel. "Manipulación genética de seres humanos." *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, vol. 35, núm. 2 (2006), En línea, [consultado el 18 de mayo de 2018] p. 63.

peligro alguno, siempre y cuando el profesional que emplee el método lo realice de forma correcta.

1.4.- Técnicas para la implementación del DGP:

En el acápite anterior, expusimos los procedimientos mediante los cuales se concreta el DGP, es decir, los métodos por los cuales las células son analizadas y estudiadas. Ahora, en este acápite, nos importa exponer las técnicas mediante las cuales las células embrionarias pueden ser extraídas.

Respecto de las técnicas, el profesor Jairo Rivera resalta tres¹⁸. La primera denominada aspiración, consistente en la introducción de una micropipeta que se inserta a través de la zona pelúcida para así succionar las células embrionarias; la segunda, denominada división mecánica, técnica en virtud de la cual, se elimina la zona pelúcida utilizando sustancias o cortes; la tercera llamada extrusión en donde se extraen blastómeros haciendo uso de presión.

Cuando un procedimiento presenta tantas alternativas para su ejecución, sin lugar a dudas nos lleva a concluir que a la hora de implementar el DGP uno de los grandes filtros de decisión por el que debe atravesar el profesional al que se le encomiende el diagnóstico, es la selección adecuada de la técnica que va a emplear, puesto que deberá identificar no solo las necesidades de la pareja que solicita el diagnóstico, sino la utilidad y grado de certeza que cada una de las técnicas posibles ofrece.

2.- FINALIDAD Y UTILIDAD DEL DGP:

2.1.- Finalidad:

¹⁸ Cf, Rivera, op. cit., p.162.

El DGP tiene por finalidad primigenia la detección temprana de enfermedades hereditarias que los padres transfieren a su descendencia, por tanto, el DGP se centra en identificar esas anomalías genéticas para así determinar cuáles son los embriones sanos para proceder a implantarlos en la madre, tratando de seleccionar aquellos que se consideran más aptos para la implantación¹⁹. En otros términos, la primera finalidad del DGP que identificamos, es el evento en que la técnica sea usada en beneficio de seleccionar el embrión más idóneo para ser implantado y gestado en el vientre materno, puesto que con esta selección se está previniendo la implantación o desarrollo de embriones con alguna enfermedad hereditaria.

Otra finalidad que buscan los pacientes que acuden a la utilización del DGP, es la posibilidad de utilizar la técnica en beneficio de terceras personas. A este evento se le denomina DGP Extensivo, o DGP con Finalidad Terapéutica a Favor de Terceros²⁰. Estos son los casos de los llamados bebés medicamento, o hermanos salvadores, eventos en los cuales los padres acuden al DGP con la finalidad de seleccionar los embriones que tengan las condiciones genéticas más óptimas para lograr curar una patología que ya sufre uno de sus hijos.

A pesar de que esta finalidad del DGP no es del todo censurada, si constituye una excepción a la generalidad de las legislaciones²¹ en donde el DGP está permitido y regulado expresamente, puesto que, en su mayoría, el DGP está permitido explícitamente para la detección de enfermedades hereditarias que no son susceptibles de curación una vez él bebe ha nacido, o para otras alteraciones que comprometan la vida del embrión.

¹⁹ CF. FERMENÍA, PEDRO. (2018). “Responsabilidad Médica Derivada del Diagnóstico Genético Preimplantacional”. Ob Cit. P. 2.

²⁰ Cf, ENGUER, GOSÁLBEZ, P. y Ramón Fernández, F. (2018). “Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España”. *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 18, núm. 1 pp. 104-135, disponible en: < <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/3160/2819>> .

²¹ En legislaciones como la española, esta excepción quedó regulada en la Ley 14 de 2006. Por su parte, en la legislación francesa, esta excepción quedó regulada en el artículo L 162-17 del *Code la Santé Publique* introducido por la Loi 94-654 du juillet de 1994.

Esta posibilidad de implementar el DGP a favor de terceros será tan excepcional, que, por ejemplo, en España, para poder hacer uso de DGP extensivo es necesario:

“2. la aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquier otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretenda practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.”²²”

De lo aquí expuesto, podemos concluir sin ambages que el DGP tiene por función primordial servir como un tratamiento terapéutico para la prevención de enfermedades hereditarias o en general, de prevenir al embrión próximo a implantar de cualquier patología que impida su viabilidad, tratamiento que desde luego debe ser empleado para el mismo embrión que fue sometido a este y solo excepcionalmente para beneficio de un tercero.

A pesar que para las legislaciones del mundo, es claro que el DGP simplemente busca cumplir una función terapéutica, no se puede ocultar que el DGP, con prescindencia de que esto no esté permitido, tiene una perspectiva perfecta, es decir, que podría ser usado no con fines terapéuticos, sino con la intención de crear un hombre con capacidades superiores.

En efecto, autores como YOELI MÉNDEZ LÓPEZ y PATRICIA VILLAMEDIANA MONREAL consideran:

“El PGD es un procedimiento excesivamente costoso, puesto que combina técnicas de reproducción asistida y citogenética molecular. Bajo estas circunstancias, esta técnica es accesible solo a estratos altos de la sociedad, los cuales podrían garantizarse la obtención de una descendencia libre de caracteres indeseables y, con un mayor desarrollo de la misma, asegurarían a su descendencia la prevalencia de rasgos llamativos como talento musical, habilidad atlética, coeficiente intelectual alto, etc. (16). Está de más mencionar que estas acciones aumentarían la discriminación hacia los individuos con disminución de sus capacidades físicas e intelectuales y los

²² CORTES GENERALES DE ESPAÑA, ley 14 del 26 de mayo de 2006, “Sobre Técnicas de Reproducción Humanamente asistida”, 26 de mayo de 2006, Artículo 12 numeral 2, Reino de España.

rangos de disparidad entre los estratos sociales altos y bajos, catalogando los desórdenes genéticos como enfermedades de clase baja.

Es necesario mencionar las tendencias eugenésicas que se encuentran envueltas en la aplicación del PGD; definiéndose eugenesia, según Francis Galton, como la ciencia que trata de todos los factores que mejoran las cualidades propias de la raza, incluidas las que las desarrollan de forma óptima. La nueva eugenesia, denominada así por la incursión en el campo moleculares considerada éticamente aceptable por Phillip Kitcher, puesto que, bajo su concepto, esta intenta respetar la libertad reproductiva de cada individuo, al permitir que cada uno de ellos establezca sus propios criterios acerca de lo que se considera o no deseable y aceptable. Aun cuando puede argumentarse que la libertad reproductiva del individuo se encontraría condicionada a la presión discriminatoria que ejerce la sociedad continuamente. Por lo tanto, las decisiones siempre se verán influenciadas por el entorno social del individuo.

La eugenesia individual se basa en la selección de caracteres genéticos por los sujetos o parejas que deseen reproducirse, siempre que las decisiones que tomen respondan a su libertad individual y no haya imposición de terceros en las opciones reproductivas. Como crítica fundamental a esta práctica se encuentran las desigualdades que tal selección puede generar y la conducción a una clasificación de los ciudadanos sobre la base de posibilidades de acceso al recurso; igualmente, se discute el hecho de que puede generar una sociedad homogénea, pues pueden seleccionarse caracteres exclusivamente perfeccionistas, lo que sería contrario al desarrollo evolutivo natural de las especies.²³”

Con todo, a pesar de los grandes debates bioéticos que puede suscitar el DGP, lo cierto es que ninguna de sus dos perspectivas puede ser dejada a un lado; sin embargo, para efectos del análisis jurídico que se hará más adelante, tomaremos aquella perspectiva que han permitido las legislaciones del mundo que han regulado este tema, es decir, aquella en la que el DGP es utilizado para fines netamente terapéuticos.

2.2.- Utilidad:

2.2.1.- ¿Qué enfermedades pueden ser identificadas con la implementación del DGP?

²³ MÉNDEZ, YOELI Y VILLAMEDIANA, PATRICIA, “consideraciones bioéticas, biojurídicas y sociales sobre la aplicación del diagnóstico genético preimplantacional”, En Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela (en línea), junio de 2012, [consultado el 19 de mayo de 2018], p. 121. Disponible en <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0048-77322012000200006&script=sci_arttext>

A pesar de las bondades que ofrece el DGP, la posibilidad de detección de enfermedades hereditarias se circunscribe a dos grandes grupos. En un primer grupo, podemos encuadrar las enfermedades ligadas al sexo, es decir, aquellas enfermedades que están ligadas a los cromosomas sexuales (X y Y), como por ejemplo la hemofilia, ligada al cromosoma "X"²⁴.

En un segundo grupo se encuentran las enfermedades llamadas monogénicas, es decir, aquellas enfermedades que se encuentran ligadas a un solo gen en específico, un ejemplo de una enfermedad de esta índole, podría ser el cáncer de mama²⁵.

Derivado de la gran gama de enfermedades genéticas, o aquellas que hasta el momento no han sido asociadas directamente al genoma, podría pensarse que el DGP no es del todo eficiente, puesto que solo está en capacidad de detectar dos grupos de enfermedades que, sin lugar a dudas, a pesar de que abarcan un gran número de enfermedades genéticas no las agotan del todo.

En otros términos, es posible llegar a pensar que el DGP parecería ser de exclusiva aplicación al grupo de enfermedades hereditarias enunciadas, permitiendo concluir que su utilización se encuentra restringida. Sin embargo, esta crítica no es de recibo, pues tal como lo afirma el profesor FERMENÍA LÓPEZ:

"(...) la reciente secuenciación del genoma humano establecerá la base genética de muchas enfermedades y permitirá que muchas de las parejas que actualmente no pueden acceder al DGP (por desconocerse la asociación entre la genética y la enfermedad) puedan beneficiarse de sus aplicaciones y tener así una descendencia sana.²⁶"

En efecto, consideramos que no solo el avance de los estudios del genoma humano permitirá ampliar el campo de acción del DGP, sino también los

²⁴ Cf. MOYA, MARINA Y RAMÓN, FRANCISCA, "El Diagnóstico Genético Preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español", En: Revista de Derecho Privado, núm. 34, (2018), p. 92.

²⁵ Idem.

²⁶ FERMENÍA, PEDRO, op. cit., p. 2.

agigantados pasos que la ingeniería genética ha dado para el perfeccionamiento y precisión de técnicas genéticas como las que aquí se estudian.

2.2.2.- ¿Quiénes son potenciales pacientes del DGP?

A diferencia de cualquier tratamiento médico, que en principio está a la orden de cualquier persona que quiera someterse a él, para poder someterse al DGP, es necesario tener o cumplir algunos requisitos, puesto que el DGP, derivado de las múltiples finalidades que tiene, ha sido restringido a casos particulares, sin que por esto se encuentre prohibido.

Decimos esto, no porque en nuestro país esta sea la situación, toda vez que no contamos con una ley que expresamente regule la implementación del DGP. En cambio se concluye de la experiencia de países que, al tener una legislación propia del DGP, han dejado, por políticas legislativas, y la libre configuración del legislador, una suerte de requisitos o prerrogativas que quienes quieran acceder al DGP deben cumplir.

Por ejemplo en España, el artículo 12 de la ley 14 de 2006, dispuso que solo se podrá acceder al DGP para dos eventos en específico:

“Artículo 12 Diagnóstico Preimplantacional

1. *Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:*
 - a) *La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz, y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos por su transferencia.*
 - b) *La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.²⁷”*

En la legislación francesa, más restringida en cuanto considera el DGP como un tratamiento excepcionalísimo, se indica:

²⁷ CORTES GENERALES DE ESPAÑA, op. cit., art. 12.

Artículo L162-17²⁸

“El diagnóstico genético preimplantatorio se realiza a partir de células extraídas del embrión in vitro solo de forma excepcional en las siguientes condiciones:

Un médico que ejerce su actividad en un centro de diagnóstico prenatal multidisciplinario según lo definido en el artículo L. 162-16 debe certificar que la pareja, debido a su situación familiar, tiene una alta probabilidad de dar a luz a un niño que padece una enfermedad genética de una gravedad particular reconocida como incurable en el momento del diagnóstico.

El diagnóstico solo se puede realizar cuando uno de los padres ha identificado previamente y con precisión la anomalía o las anomalías responsables de dicha enfermedad.

Ambos miembros de la pareja expresan por escrito su consentimiento al diagnóstico.

El diagnóstico no puede tener otro objetivo que buscar esta afección y los medios para prevenirlo y tratarlo.

Solo puede llevarse a cabo en un establecimiento específicamente autorizado para este fin previa consulta con la Comisión Nacional de Medicina Reproductiva y Biología y Diagnóstico Prenatal y en las condiciones definidas por el decreto del Consejo de Estado.” (traducción nuestra)

A partir de las legislaciones analizadas, que si bien no son las únicas que regulan el DGP, consideramos que son las más cercanas a nuestra experiencia jurídica,

²⁸ *Le diagnostic [*préimplantatoire*] biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :*

Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire tel que défini par l'article L. 162-16 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

Il ne peut être réalisé que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Parlamento francés, Code la Santé Publique, introducido por la Loi 94-654 de 29 de julio de 1994, “relative au don et à la utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procreation et au diagnostic prénatal, Art. L 162-17.

es dable concluir que el DGP hasta este momento está dirigido para tres grandes grupos de personas.

En primer lugar, para mujeres o parejas que se han sometido a tratamientos de fecundación *in vitro*, teniendo como resultado reiteradas fallas en la implantación, o abortos espontáneos luego de la misma. En segundo lugar, está dirigido para madres o parejas que conozcan que, dentro de sus antecedentes médicos, son portadores o padecen enfermedades hereditarias y, por último, también se recomienda para madres o parejas que superen los 37 años de edad, toda vez que este tipo de embarazos se catalogan de alto riesgo, siendo más propensos a que el nacidurus pueda padecer alguna patología genética, como por ejemplo la trisomía del cromosoma 21²⁹.

Como es evidente, no se trata que la propia ley indique quienes pueden hacer uso del DGP, puesto que una de los requisitos de la ley es precisamente que sea impersonal y abstracta. La ley lo que ha indicado son los eventos en los que las personas pueden acceder al DGP, por lo que, solo las personas que cumplan estas características podrán acceder al diagnóstico, personas que a nuestro juicio se recogen bien en los grupos antes mencionados.

Sin lugar a dudas, consideramos que las legislaciones que regulen la implementación y la licitud del DGP deben ofrecer linderos claros y estrictos, toda vez que el DGP, aunque benéfico, siempre estará en la delgada línea de ser considerado un tratamiento netamente terapéutico, o una puerta hacia la perfectibilidad humana. Por tanto, es en casos como estos que la mano del legislador debe orientar y definir este tipo de prácticas.

²⁹ Cf, MOYA, MARINA Y RAMÓN, FRANCISCA, op. cit., p. 93.

3.- EL DGP COMO ACTO MÉDICO:

3.1.- Definición de acto médico:

El acto médico, en el cual se concreta la relación entre el médico y el paciente, entre sus muchas acepciones, puede ser definido como:

“una forma especial de relación entre personas, que surge en el momento en el cual, una persona afligida por su estado de salud -paciente- acude a una segunda -médico- para que con base en sus conocimientos y técnicas la restablezca al estado en que se encontraba; el médico, por su parte, deberá orientar todos sus esfuerzos para lograr este objetivo.”³⁰

De esta definición, podemos concluir que el acto médico es un contrato en virtud del cual, el paciente (como un extremo de la relación contractual) acude donde el médico (segundo extremo de la relación contractual) para que éste emplee su conocimiento y todos los medios que estén a su alcance para lograr restablecer el estado de salud del paciente que lo consulta.

Por mucho tiempo, la doctrina discutió respecto de la naturaleza de este contrato que sin duda alguna reviste múltiples particularidades. En un primer momento, se dijo que el acto médico podía ser definido como un contrato de mandato, tesis que no duró mucho tiempo en ser desvirtuada, por otra corriente que afirmó que el acto médico era un típico contrato de prestación de servicios. En otro momento, se sostuvo la tesis de que correspondía a un contrato de locación de obra, hasta finalmente llegar al terreno de los contratos innominados, para decir que el contrato que enmarcaba el acto médico debía ser denominado “contrato de asistencia médica”³¹.

³⁰RIVERA, MARTHA. “¿Que se entiende por Responsabilidad del Acto Médico? Una reflexión de la biojurídica”, En: Escritos, núm. 48, Vol. 22 (enero –junio de 2018), P. 128.

³¹ Cf. GUZMÁN, FERNANDO; FRANCO, EDUARDO; MORALES DE BARRIOS, MA CRISTINA; *et alli*. “El acto médico, implicaciones éticas y legales” En: Acta médica colombiana, núm. 3, Vol. 19, (mayo-junio 1999), p. 142.

En virtud de que el acto médico es catalogado como un contrato, no podemos pasar por su definición sin precisar sus elementos³²:

i. CONTRATO BILATERAL:

Como partes de este contrato se encuentran el paciente y el médico. Se hace la precisión de que son partes formales, puesto que, en nuestra realidad negocial, el principio denominado “efecto relativo de los contratos” se ha visto morigerado, toda vez que, si bien es cierto, son dos partes las que acuden a celebrar el contrato, sus efectos sin duda pueden afectar a terceros.

Por ejemplo en caso del DGP, en principio las partes contractuales serían exclusivamente la pareja o la madre consultante; sin embargo, los efectos de ese contrato también recaerán por el futuro ser humano que se quiere gestar.

ii. CONTRATO DE TIPO CONSENSUAL:

El contrato de asistencia médica en ningún caso requiere de algún tipo de formalidad, toda vez que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.

Sobre este particular, debe hacerse una aclaración, y es que el hecho de que el contrato mediante el cual se define el acto médico sea de tipo consensual, no significa que no pueda existir relación médico-paciente sin que medie la voluntad, toda vez que, en la práctica, sin duda, hay un sin número de ocasiones en donde el médico, ante la urgencia o la premura deberá actuar sin que medie la voluntad expresa del paciente. Este último punto será ampliado líneas abajo.

³² Ibid. P.142-143.

iii. OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO:

Las obligaciones que emanan de este tipo de vínculo son por excelencia, aquellas que la doctrina ha llamado de medio, propias de las profesiones liberales como lo son la medicina y el derecho.

iv. CONTRATO PRINCIPAL:

El contrato de asistencia médica en ningún caso puede ser considerado accesorio, puesto que puede subsistir por sí mismo. De hecho, en los casos en que antes de que se configure este contrato, existe un contrato de cualquier naturaleza con una institución prestadora de salud, consideramos que en nada afecta el uno al otro.

v. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL CONTRATO:

Además de los tradicionales principios que deben orientar las relaciones jurídico negociales, en el contrato de asistencia médica deben tenerse en cuenta aquellos principios contenidos en la ley 23 de 1981, en virtud de la cual se dictaron normas relativas a la ética médica, toda vez que, al tenor de ese cuerpo normativo,

“4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.”³³

La doctrina al emitir una conclusión respecto de lo dicho por la jurisprudencia nacional y extranjera³⁴, no ve tan claro que el acto médico se reduzca a un contrato, toda vez que, en ocasiones, el acto médico debe practicarse

³³ Congreso de la República de Colombia, Ley 23 de 1981, “por la cual se dictan en materia de ética médica”, en Diario Oficial núm. 35.711, febrero 18 de 1981, Bogotá.

³⁴ Por ejemplo de la jurisprudencia chilena se puede concluir en igual sentido.

urgentemente, hecho que da cabida a que sea admisible reconocer responsabilidad extracontractual en la actividad galénica.

Así lo explica EDGAR CORTÉS, al comentar lo que sobre el punto ha sostenido la jurisprudencia chilena y colombiana en cuanto afirma:

“sea lo primero decir que la responsabilidad en la que incurren los médicos y los entes hospitalarios no tiene en la jurisprudencia colombiana una definición clara en cuanto al régimen aplicable, contractual o extracontractual. La jurisprudencia, quizá con la lógica de dar igualdad de tratamiento al delinear un régimen particular de responsabilidad médica independiente de que el origen de esa responsabilidad esté en un contrato o en un ilícito civil, a pesar de que la mayoría de los casos de que ha conocido la Corte se originan en una relación contractual y por esta idea propende, y a pesar de que la doctrina mayoritaria insiste en el carácter contractual de la responsabilidad médica, la Corte afirma reiteradamente que la responsabilidad que se deriva de la prestación del servicio profesional del médico se deduce con la demostración de la culpa (independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual)”³⁵

Con todo y que compartimos plenamente la postura antes expuesta, consideramos que en tratándose del DGP, siempre estaremos de cara al escenario contractual, toda vez que será extraña o casi nula la ocasión en que el galeno y el grupo de especialistas que lo acompaña en la realización del DGP deba realizar este diagnóstico de forma urgente o inesperada, para si quiera considerar un escenario extracontractual.

3.2.- Características generales del acto médico:

Como lo indica la Doctora Martha Isabel Rivera³⁶, las características del acto médico son las siguientes:

- i. El acto debe ser ejecutado por un médico, pues de no ser así, estaríamos en la órbita de los actos paramédicos o extra médicos.

³⁵ CORTÉS, EDGAR. “culpa y responsabilidad médica en Colombia y chile” En: Revista Roma e América. Diritto Romano Commune, Vol. 21 (Colombia 2006), P. 185-186.

³⁶ Cf, RIVERA, MARTHA, Op. Cit. p. 129.

- ii. El acto debe ser ejecutado conforme la *lex artis*.
- iii. el acto debe tener como objetivo la curación o rehabilitación del estado de salud del paciente.
- iv. El acto debe ser lícito.

3.3.- El deber de información derivado del acto médico:

Con independencia de qué tipo de acto médico se ejecute (diagnóstico, terapéutico o intervencionista), de él se desprenden obligaciones para el médico que en ningún caso pueden ser obviadas, pues su desconocimiento sin lugar a dudas acarrea responsabilidad.

Los principales deberes que se desprenden del acto médico son: 1) la guarda del secreto profesional, 2) el asesoramiento o consejo, 3) solicitar el consentimiento informado, 4) actuar de forma diligente, 5) deber de información³⁷.

Es claro que, en relaciones asimétricas, es decir, en aquellas en donde las partes no están en igualdad de condiciones, como es el caso de la relación médico-paciente, el tráfico de información toma un papel fundamental, pues es a partir de ella que las partes, a pesar de su asimetría pueden alcanzar una posición equiparable. Es por esto que el deber de información en la práctica médica reviste gran importancia, toda vez que la información que suministra el médico, no solo permite al paciente conocer su situación, sino también permite al paciente acercarse a la solución de su problema, teniendo la posibilidad de escoger que tratamiento quiere seguir.

³⁷ Cf. GUZMÁN, FERNANDO; FRANCO, EDUARDO; MORALES DE BARRIOS, MA CRISTINA; ET ALI. "El acto médico, implicaciones éticas y legales" Ob Cit. P. 144.

Dentro del gran campo del deber de información, se encuentra un deber específico, consistente en que el médico debe informar al paciente sobre su estado, pronóstico y opciones terapéuticas posibles. Es a este deber en específico al que nos referiremos, pues será a través de éste enfoque de aproximación que analizaremos la responsabilidad del médico al momento de transferir la información en el marco del DGP.

Al respecto, afirma el tratadista Marcelo López Mesa que:

“Así como se exige al galeno la reserva para con terceras personas, se le obliga a corresponder la confianza del paciente, poniéndolo debidamente en conocimiento acerca de su estado de salud, etiología de su dolencia, pronóstico de su evolución y tratamiento aconsejado, riesgos asumidos al someterse a ciertos estudios etc.”³⁸

El deber de información sin duda no es uno más dentro de la amplia lista de obligaciones del médico. Evidentemente reviste una importancia significativa, pues en nuestro criterio, no consiste en un acto meramente comunicativo, sino más bien obedece a ciertas particularidades. En efecto, el mismo autor³⁹ afirma que el médico carga con diversos deberes respecto de la información que transmite:

- i. la información debe ser secreta.
- ii. La transmisión de información no termina en un solo acto.

No basta que el galeno comunique una vez la información al paciente, toda vez que, el deber de información se materializa en diferentes momentos, pues el médico, en virtud del acompañamiento que debe dar al paciente, debe constantemente actualizar la información, y en caso de obtener nuevos resultados, informarlo inmediatamente.

³⁸ LÓPEZ, MARCELO, BELLO, DOMINGO, CARRILLO, REYNA, *ET ALII*, “tratado de responsabilidad médica” (1ª. Ed.), Buenos Aires, Legis Argentina, 2007, p. 53.

³⁹ Cf López, Marcelo, *et alli*, Op Cit. p. 42

iii. La información debe ser comprensible para el paciente

Como sucede en la mayoría de ocasiones, el paciente se enfrenta ante una información que en todos los casos representa un grado de técnica con el que no cuenta, por tanto, la obligación de información del galeno no se puede limitar simplemente a transmitirla, sino que debe hacerla clara y comprensible para el paciente.

Al respecto afirma el maestro LE TOURNEAU:

“Las informaciones inteligibles para el destinatario, deben ser exactas y pertinentes, adaptadas a la situación⁴⁰”

iv. La información debe ser completa

v. Agotado el deber de información, el médico debe requerir el consentimiento del paciente.

Ahora bien, respecto del deber de información, existe un sector de la doctrina, en cabeza de EUGENIO LLAMAS POMBO⁴¹, que afirma que, en punto de analizar la responsabilidad en que puede incurrir el médico por faltar a este deber, debe tenerse en cuenta que en el acto médico confluyen dos clases de información.

Está la información que incide directamente en el diagnóstico, es decir, aquella que se ve reflejada directamente en el estado del paciente. Las fallas en este tipo de información, pueden llevar al fracaso del tratamiento o del diagnóstico. Por su parte, también está la información que permite al paciente tomar una decisión respecto del tratamiento que se seguirá, es decir, esta información le permite emitir un consentimiento informado y disponer sobre su integridad física.

⁴⁰ LE TOURNEAU, PHILIPPE, *droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2006, 6ª ed, P. 803.

⁴¹ Cf. LLAMAS, EUGENIO, “*un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ta, DEL 25 DE ENERO DE 2005*”, *Práctica. Derecho de Daños*, No. 32, noviembre de 2005, P. 4.

A primera vista, pareciera que hacer esta distinción no es del todo útil, toda vez que, finalmente, todo se resume en el deber de informar, con todas las características que debe tener la información que se suministra al paciente. Sin embargo, la distinción sí es útil pues solo en el primer caso se constituye una violación a la *lex artis*. En el segundo escenario, es decir, en el evento en que el médico falte a la información que incide sobre la emisión del consentimiento informado, la falla en esta acarrea la nulidad del consentimiento informado, pues se encuentra viciado.

La información, a pesar de ser un elemento esencial en toda la práctica médica, toma aún más relevancia en los actos médicos diagnósticos, como lo es el DGP, puesto que estos actos médicos en muchas ocasiones se agotan con la simple transmisión de información. Es precisamente eso lo que buscan los pacientes: someterse a una serie de estudios para que el médico emita una evaluación de su situación y, con base en ella, tomar la decisión de proceder a ejecutar el tratamiento sugerido, o abstenerse de este.

Es en esta última etapa decisoria donde todo toma relevancia, pues en caso de que exista un diagnóstico defectuoso, la decisión del paciente estará viciada de error y sin duda alguna el médico enfrentará responsabilidad.

3.4.- ¿Es El DGP Un Acto Médico?

Ante la pregunta que se plantea en este acápite, sin duda la respuesta es afirmativa. El DGP cumple con todos los requisitos enunciados para constituir el acto médico. En efecto, el DGP solo puede ser ejecutado por un profesional de la salud que, para estos efectos, debe cumplir con los criterios de la *lex artis*.

Tal vez, en lo que habría necesidad de detenerse es en el tema de la licitud, porque como se ha precisado, el DGP, en las legislaciones en las que está

regulado, solamente es lícito con finalidades netamente terapéuticas. Sin embargo, este pequeño obstáculo se supera con el siguiente de los requisitos para la configuración del acto médico, y es que todas las actuaciones estén enderezadas a la curación o rehabilitación, evento en el que el DGP está permitido por las legislaciones que lo han regulado expresamente.

Podría pensarse que encuadrar el DGP como acto médico obedece a una simple categorización doctrinal, sin embargo, el hecho de que el DGP sea considerado un acto médico, inmediatamente acarrea que se asuman todas las obligaciones que se derivan del acto médico, dentro de las que se encuentra el deber de información que permea el diagnóstico. Es este punto el que da relevancia a la categorización.

3.5.- Finalidades Del DGP Como Acto Médico.

Hablando del DGP como acto médico, debemos precisar qué buscan los pacientes a la hora de acudir ante el profesional médico para que este diagnóstico sea practicado.

Dice el profesor Fermenía López⁴² que el DGP, visto como acto médico, tiene dos grandes finalidades, una informativa y la otra terapéutica.

Cuando los pacientes acuden al DGP con la finalidad de recibir información simplemente, lo hacen con el fin de que el galeno les informe respecto de la predisposición de un posible nacimiento de un bebé con alguna enfermedad genética, o anomalía cromosómica.

Ahora bien, cuando se acude al DGP con un objetivo netamente terapéutico, evento en que, en nuestro sentir, también se incluye la etapa informativa, el paciente busca que el médico lo oriente respecto que tratamiento, bien sea in vitro,

⁴² Cf, FERMENÍA, PEDRO, op. cit., p 4.

in útero, o después de nacido el bebé, puede practicarse para superar, eliminar o tratar la anomalía que ha sido identificado.

En este trabajo, trataremos de abordar la responsabilidad que asume el médico en el primero de los supuestos, es decir, cuando el DGP se realiza con fines netamente informativos, pues consideramos que es aquí en donde se encuentra la mayor responsabilidad, pues de lo que informe el médico al paciente se derivan decisiones fundamentales que no solo comprometen a quienes acuden al diagnóstico, sino al que para ese momento es un incipiente embrión.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO

*“Estamos aprendiendo el lenguaje con el que Dios creó la vida”
Bill Clinton*

1.- DEFINICIÓN DE DIAGNÓSTICO:

En la ciencia médica se ha decantado un axioma según el cual *“no hay enfermedades sino enfermos; no hay medicina sino médicos”*. En nuestro criterio, este axioma no tiene significación diferente a la de dar a entender que la medicina está lejos de ser una ciencia objetiva, toda vez que, el médico, en su actuar, está obligado a analizar todas y cada una de las particularidades que se presentan para así, utilizando la técnica adecuada, arribar a la posible solución más benéfica para el paciente⁴³.

Sin duda el diagnóstico médico en ningún caso es ajeno a la conclusión que se desprende de la frase en comento, toda vez que la actividad diagnóstica no se reduce a una operación aritmética en donde el paciente se limita a informar al médico de una serie de hechos para que este, de forma automática, y sin ninguna consideración adicional, arroje un resultado.

Esta postura es respaldada por el médico ALFREDO ACHAVAL en cuanto afirma que:

“(...) el diagnóstico debe ser, en primer lugar, el resultado de un juicio elaborado luego de obtener la información que dan los síntomas, signos y pruebas elegidas como necesarias para el caso en estudio. En segundo lugar, la información afluye en forma continua durante un lapso en el cual la evolución de la enfermedad no

⁴³ Cf. SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Responsabilidad civil; parte especial*, tercera edición, Bogotá D.C., Temis, 2012, P. 130.

sufre agravación, es decir, el médico no tiene a su disposición cualquier cantidad de tiempo, sino un tiempo breve, tanto más breve cuanto mayor es el riesgo de salud o vida del paciente”⁴⁴

Autores como LE TORNEAU, también siguen esta línea argumentativa, por cuanto afirman que el diagnóstico constituye una forma de arte y es el fruto de una interpretación muy personal del médico sobre los síntomas que tiene delante de sí.⁴⁵

MARCELO LÓPEZ respecto del diagnóstico opina:

“(…) El diagnóstico es una forma de acercamiento al paciente, una forma de encuadramiento científico de una dolencia, malestar o patología del paciente. Y para formularlo con acierto, el médico debe conocer a su paciente, no solo a través de estudios y radiografías sino de una conversación personal, que le permita apreciar aspectos que pueden quedar silenciados o confusos en las reacciones del enfermo.”⁴⁶

Desde un punto de vista netamente jurídico, ARTURO VALENCIA ZEA Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE afirman sobre el diagnóstico:

“El error en el diagnóstico de la enfermedad, el error en el tratamiento o simplemente su mala ejecución, el descuido en las operaciones quirúrgicas, son las causas principales de la responsabilidad del médico”⁴⁷

La legislación colombiana por su parte, a pesar de no prever una definición concreta de diagnóstico, en la Ley 23 de 1981 sí dicta una serie de directrices a las cuales el diagnóstico debe obedecer. En los artículos 10 y 12 de esta ley se indica:

⁴⁴ ACHAVAL, ALFREDO, En: SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Op Cit. P. 131.

⁴⁵ Cf. *Le Tourneay, Philippe, droit de la responsabilité et des contrats*, Ob Cit. P. 875.

⁴⁶ LÓPEZ, MARCELO, BELLO, DOMINGO, CARRILLO, REYNA, *et alii*, “tratado de responsabilidad médica” Ob Cit. P. 285.

⁴⁷ VALENCIA ZEA, ARTURO; ORTIZ, ALVARO, *Derecho civil, de las obligaciones*. Temis, Bogotá, 1998. P. 350 y ss.

ARTICULO 10. *El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.*

PARAGRAFO. *El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.*

(...)

ARTICULO 12. *El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.*

PARAGRAFO. *Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y si fuere posible, por acuerdo en junta médica.”⁴⁸*

Así las cosas, es claro que el diagnóstico es un acto médico en virtud del cual, el paciente, afectado por una dolencia o simplemente queriendo informarse, acude ante un profesional de la medicina, para que este, haciendo uso de todas y cada una de las técnicas científicas disponibles, haga un examen detallado y personalizado del cuadro clínico que el paciente expone para así formular un tratamiento adecuado dirigido, bien sea, a sanar la enfermedad que aqueja al paciente, o a informarlo de forma adecuada para la toma de una decisión⁴⁹.

Desde luego, en el diagnóstico el galeno debe emplear absoluta diligencia. En primer lugar, para disminuir lo que más se pueda el margen de error en el diagnóstico y, en segundo lugar, para que el diagnóstico que se emita sea lo más oportuno posible, pues de nada sirve un diagnóstico acertado que se dicta de forma tardía, en el escenario en que el paciente consulte al médico no simplemente queriendo informarse, sino en el evento en que está padeciendo una enfermedad.

En este punto nos importa resaltar que el hecho de que el diagnóstico médico exija la máxima diligencia del médico, no significa por ello que el paciente deba

⁴⁸ Congreso de la República, Ley 23 de 1981. Op Cit.

⁴⁹ Cf. LÓPEZ, MARCELO, BELLO, DOMINGO, CARRILLO, REYNA, *et alii*, “tratado de responsabilidad médica”. Ob Cit. P. 285.

estar sometido a extenuantes jornadas de exámenes y análisis que, a la postre, resultan siendo innecesarios.

En efecto, es claro el párrafo del artículo 10 de la ley 23 de 1981 en indicar que el médico no podrá exigir a su paciente exámenes innecesarios, ni someterlo a tratamientos médicos que no se justifiquen. En el mismo sentido, la doctrina nacional en cabeza de Santos Ballesteros, sobre el particular ha afirmado:

*“En esta misión y acercamiento al enfermo, el médico no debe someter al paciente a exámenes innecesarios ni hacer pronósticos acerca de su enfermedad sin bases científicas adecuadas (...)”*⁵⁰

También debe resaltarse que, en punto de realizar un diagnóstico adecuado, el médico no puede arribar al diagnóstico utilizando cualquier medio que en su sentir sea el mejor. Si bien el galeno tiene discrecionalidad para la escogencia del medio del diagnóstico, debe escoger de aquellos que las instituciones científicas han aceptado y, solo de forma excepcional, en el evento de estar de cara a un caso de absoluta gravedad, el médico podrá emplear tratamientos experimentales⁵¹.

Otro punto que nos importa resaltar del diagnóstico es que, en nuestro criterio, la diligencia propia de este acto médico también debe verse reflejada en el flujo de información que cruza el médico con el paciente, pues el médico, en virtud de su carácter profesional, y cumpliendo con las obligaciones propias del ejercicio de la medicina, debe propugnar por que el paciente le suministre la mayor cantidad de información que sea posible, indagándolo de forma adecuada para así no dejar ningún detalle oculto, pues consideramos que el galeno en caso de emitir un diagnóstico errado, no podrá excusarse en que el paciente no le suministró la información suficiente.

⁵⁰ SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Responsabilidad civil; parte especial*. Ob Cit. P. 131

⁵¹ Cf. FERMENÍA, PEDRO. *“Responsabilidad Médica Derivada del Diagnóstico Genético Preimplantacional”*. Ob Cit. P. 10-11

Al respecto, SANTOS BALLESTEROS afirma:

“(...) Naturalmente, es deber del paciente colaborar con el médico e informarle de sus dolencias, sin que envuelva esa omisión una exoneración en caso de que sus conclusiones o diagnósticos sean equivocados (...)”⁵²

Sin duda esta posición es más que razonable bajo el entendido que, si bien la profesión médica no puede reducirse al ejercicio defensivo de la misma, tampoco puede librarse al galeno de sus responsabilidades, trasladando deberes tan importantes, como lo es el de información a los pacientes, quienes no están en capacidad de discernir respecto de qué datos resultan o no relevantes.

2.- NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO.

Como es sabido, la medicina ha sido catalogada como una profesión liberal, como también lo es también el derecho. Observamos que la doctrina como la jurisprudencia, en punto de analizar la responsabilidad que enfrentan las personas que ejercen este tipo de profesiones, en la mayoría de ocasiones han determinado que las obligaciones contraídas por estas personas son aquellas denominadas de medio, es decir, aquellas obligaciones en las cuales la obligación se encuentra cumplida no necesariamente cuando se concreta el resultado esperado, sino en el evento en el que el profesional ha empleado toda la diligencia posible para que el resultado querido se concrete, sin que este, como se indicó, tengo que acaecer obligatoriamente⁵³.

⁵² *Ibid.* P. 130.

⁵³ Es de precisar que en ningún caso pretendemos desconocer que en la ejecución de la profesión médica es posible que en algunos actos médicos se encuentren involucradas obligaciones de resultado. En otros términos, no pretendemos afirmar que la profesión médica se reduce exclusivamente a las obligaciones de medio, toda vez que, como ocurre en actos médicos como el de exámenes de laboratorio o la cirugía estética, es posible que en la actividad médica se encuentren involucradas obligaciones de resultado.

El Maestro HINESTROSA al respecto afirmaba:

“El ejemplo del operador de servicios de salud es sobremanera dicente al respecto: en caso de queja del paciente relativa a la calidad de los servicios recibidos, médicos, laboratorista, anestesista, enfermero, terapeuta, etc., de suyo han de demostrar que emplearon la diligencia (atención, pericia, técnica, instrumental; cuidados, que no curación) esperable y exigible, lo cual no significa que su obligación se torne de resultado, como tampoco impide que, en determinado caso, se les llame a responder de quebrantos padecidos por la contraparte, pese a su comportamiento adecuado (contaminación con oportunidad de exámenes de laboratorio, o fiascos en cirugía plástica, (hipótesis trajinadas por la jurisprudencia francesa)”⁵⁴

Puntualmente respecto de la actividad médica VALENCIA ZEA Y ORTÍZ MONSALVE afirman:

“Así, el médico que atiende a un enfermo se obliga a realizar una conducta determinada, cual es la de realizar el tratamiento o intervención quirúrgica conforme a los dictados de la ciencia médica, pero no a garantizar el resultado (...)”⁵⁵

En el mismo sentido afirma TAMAYO LOMBANA parafraseando a PEREZ VIVES que:

“(…) La responsabilidad del médico es aquella que requiere la demostración de que ha incurrido en culpa. El insuceso de la intervención del profesional no basta para aseverar que tuvo culpa; hay que acreditar que esa intervención es constitutiva de culpa. (...)”⁵⁶

Sabido lo anterior, es claro que en el evento en que un médico esté de cara a enfrentar responsabilidad por haber errado en el diagnóstico, no por el solo error será responsable, toda vez que, en virtud de que las obligaciones de medio obedecen a un régimen subjetivo de responsabilidad, será obligación del juez o de

⁵⁴ HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, Tercera edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007. P. 243.

⁵⁵ VALENCIA ZEA, ARTURO; ORTIZ, ALVARO, *Derecho civil: de las obligaciones*. Ob Cit. P. 350 y ss.

⁵⁶ TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Tercera edición, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2009. P.476.

quien analice su responsabilidad evaluar si el médico al momento de ejecutar el diagnóstico obró con la debida diligencia y prudencia.

Siguiendo esta línea argumentativa, en punto de analizar propiamente el evento del error en el diagnóstico, con acierto SOTO NIETO afirma que a la hora de analizar si el galeno incurre o no en responsabilidad por errar en el diagnóstico, lo realmente importante no es el yerro científico sino la causa humana del error, la “cantidad de error”, pues es precisamente esto lo que da lugar a reprochar la conducta del médico.⁵⁷

En otras palabras, lo importante al analizar cuando se está de cara a determinar la responsabilidad que podría asumir el médico que ha errado en el diagnóstico, es el grado de diligencia que empleó a la hora de ejecutar el diagnóstico, no propiamente la decisión que ha tomado respecto del método a utilizar, pues en virtud de que las obligaciones contraídas son de medio, se reitera que, bajo ningún entendido, el médico se obliga a garantizar un resultado.

Claro lo anterior, derivado de que para determinar la responsabilidad del médico, es necesario analizar su conducta, no todos los errores que se pueden cometer en el marco de la ejecución del diagnóstico dan mérito para imputar responsabilidad, toda vez que, con el juicio de responsabilidad, en ningún caso se quiere significar que el médico tiene prohibido errar, ni mucho menos infundirle temor a la hora de ejercer su oficio.

SERGIO CAVALIERI con acierto afirma que “*en el terreno del diagnóstico médico, el reconocimiento de culpa profesional constituye una excepción*”⁵⁸. La opinión de CAVALIERI se acopla con lo dicho por MARCELO LÓPEZ cuando afirma:

⁵⁷ Cf SOTO NIETO, FRANCISCO, “*La responsabilidad civil del médico en la esfera penal*”, Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro, Madrid, enero de 1993.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, SERGIO. *Programa de responsabilidade civil*. Sexta edición, malheiros editores, San Pablo, 2005. P. 395.

“Yerro y culpa no se confunden en este caso, y así el error de diagnóstico excusable no implica culpa. Para que el error de diagnóstico comprometa la responsabilidad del médico tiene que ser indiscutiblemente culposo.”⁵⁹

Así las cosas, podemos concluir sin ambages que la responsabilidad que enfrenta el médico que ha errado el diagnóstico es de carácter subjetivo, toda vez que quien realice el juicio de responsabilidad deberá analizar la conducta desplegada por el galeno para determinar si actuó o no con la debida diligencia que su profesión le exige, es decir, deberá probarse que el médico actuó con culpa, toda vez que, insistimos en que no consideramos correcto que el solo hecho de haber errado puede comprometer la responsabilidad del médico.

Y es que afirmar algo diferente sin duda sería condicionar la actividad de los médicos al temor de fallar, lo cual evidentemente carece de sentido. Claramente con lo afirmado en ningún caso queremos significar que la actividad médica puede ser librada al azar; lo que queremos significar es que la rigidez de la responsabilidad no puede desconocer la posibilidad de errar en el actuar médico.

Hasta aquí hemos afirmado que la responsabilidad médica responde a un régimen subjetivo de responsabilidad, en donde quien analice la responsabilidad debe evaluar el actuar del médico para determinar si el galeno actuó o no con la diligencia suficiente, para así determinar si debe o no enfrentar responsabilidad. Ante lo afirmado nos surge una pregunta: ¿la diligencia del médico siempre se demuestra en un actuar expedito y premuroso? Dicho en otras palabras ¿siempre que el médico actúe rápidamente podrá decir que ha actuado de forma diligente?

Sin duda la respuesta a este interrogante es negativa. Al inicio de este capítulo trajimos a colación un axioma común entre los médicos que pretende significar que en la práctica médica ningún caso es igual a otro. Derivado de esta realidad es que no es posible afirmar que siempre que un médico actúe rápidamente puede

⁵⁹ LÓPEZ, MARCELO, BELLO, DOMINGO, CARRILLO, REYNA, *et alii*, “tratado de responsabilidad médica” Ob Cit P. 287.

decirse que ha actuado de forma diligente, toda vez que, en algunos casos, la prudencia y el cuidado dan muestra de la debida diligencia.

Esta afirmación se respalda en lo dicho por MARCELO LÓPEZ en cuanto afirma:

“en la actividad médica no hay dos casos exactamente iguales. Por ello, en ocasiones la culpa se encuentra en la demora y en otras, en el apresuramiento.”⁶⁰

En suma, en tratándose de la responsabilidad médica, resulta difícil configurar un criterio unívoco de “diligencia”, toda vez que, como se ha querido significar, la complejidad del caso y las características de cada paciente serán los criterios que marquen la pauta para determinar cuando el galeno ha actuado o no de forma adecuada.

3.- ACTOS QUE CONSTITUYE ERROR EN EL DIAGNÓSTICO

En palabras de LÓPEZ MESA⁶¹, son 5 los supuestos de diagnóstico en donde el galeno puede comprometer su responsabilidad:

3.1 Error De Diagnóstico Propiamente Dicho:

Este es el caso en el que el médico no identifica correctamente cual es la dolencia que aqueja al paciente. Sin embargo, este evento no acarea necesariamente que el médico enfrente responsabilidad derivada de su error, toda vez que afirma el autor que el error puede ser excusable o inexcusable.

Dice el autor que el error será excusable en el caso en que la sintomatología que padezca el paciente sea común a varias enfermedades, hecho que puede hacer confundir al galeno a la hora de emitir su diagnóstico, toda vez que no podrá estar

⁶⁰ LÓPEZ, MARCELO, *et alli*, Op Cit. p. 286

⁶¹ Cf. Ibid. P. 288.

seguro del mismo sino hasta que transcurra un tiempo prudencial que permita percibir los efectos del tratamiento que ha sido utilizado, o la realización de exámenes más especializados.

Por su parte, afirma López Mesa que será el error inexcusable en los casos en que el galeno emita un diagnóstico de forma imprudente, es decir, en aquellos eventos en los que, ante la duda, se abstenga de ordenar exámenes complementarios que permitan superar el estado de error.

En otros términos, el médico no deberá afrontar responsabilidad derivado de la naturaleza del error en que se encuentre, sino derivado de la diligencia que emplee para poder superar las múltiples posibilidades de diagnóstico que se presentan ante síntomas similares, para emitir un diagnóstico acertado.

3.2 Diagnóstico Apresurado O Imprudente:

Como su nombre lo indica, este evento del diagnóstico se configura cuando el médico emite un diagnóstico apresurado, confiando de su experiencia y habilidad sin tomar las previsiones necesarias para arribar a un diagnóstico preciso. En palabras del autor, el médico afrontará responsabilidad cuando realice el diagnóstico “a ojo de buen cubero o con exceso de confianza”.

Seguidamente afirma el autor que para poder determinar si existió error en el diagnóstico o no, debe valorarse la conducta de un buen profesional y cuales medios de diagnóstico hubiere empleado para determinar la patología.

Continúa diciendo el autor que se agravará la responsabilidad del médico en el evento en que con solo realizar un análisis tradicional de los síntomas del paciente, este hubiera podido arribar a un diagnóstico adecuado.

Dicho en otras palabras, será más grave la responsabilidad que enfrente el médico en el caso en que con solo hacer un análisis somero de los síntomas, hubiera podido emitir un diagnóstico adecuado.

Este evento de diagnóstico fue el que analizó la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en el sonado caso del patólogo que sin mayores consideraciones diagnosticó a una paciente con cáncer de mama; diagnóstico que terminó con la pérdida del seno de la paciente, la cual, según relata la jurisprudencia jamás padeció de la patología diagnosticada. Este caso será objeto de análisis en el siguiente numeral⁶².

3.3 Diagnóstico tardío:

En este evento se configura responsabilidad cuando el médico sin ningún tipo de justificación, demora en la emisión del diagnóstico, haciendo padecer al paciente, por su demora, dolencias y sufrimientos injustificados.

Es precisamente por eventos como estos que afirmamos que la responsabilidad del médico no puede llegar al punto de acorralarlo y hacer que sienta temor en su actuar, pues derivado del temor de errar, es posible que tome exageradas precauciones, haciendo que el padecimiento de su paciente sea mucho mayor.

3.4 Diagnóstico inicialmente equivocado pero justificado, y luego permanencia inexcusable en el error:

Este es el escenario en que el médico ha errado en el diagnóstico sin que este error configure responsabilidad, pero posteriormente, se mantiene en él sin tomarse el trabajo de repararlo.

⁶² *Ut Infra*. P. 67.

En otros términos, es el evento en el que el médico, habiendo errado, no toma ningún tipo de conducta destinada a tratar de superar el error en el que se ha visto incurso, por falta de buen juicio.

3.5 Tratamiento erróneo a consecuencia de un diagnóstico imperfecto:

Este escenario de error en el diagnóstico, en nuestro sentir resalta la importancia de la diligencia del médico a la hora de diagnosticar, pues el daño que causa el mal diagnóstico no termina con la emisión del diagnóstico, sino que continúa en que tal error deriva en la escogencia de un tratamiento inadecuado que a la postre puede generar más daños y deficiencias en la salud del paciente.

Tan relacionado estará el diagnóstico con el consecuente tratamiento, que afirma López Mesa que en caso de que el diagnóstico errado sea producto de un actuar culposo del galeno, el error en el tratamiento también lo será.

4.- LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y AQUELLA DERIVADA DEL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO (EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL COLOMBIANA)

Lejos de querer hacer una línea jurisprudencial, el objetivo en este acápite es reseñar algunos pronunciamientos jurisprudenciales que a nuestro juicio son de relevancia en la jurisprudencia de las altas cortes de cada una de las especialidades de la jurisdicción (Corte suprema de Justicia Sala Civil y Penal, Consejo de Estado), para así exponer cual ha sido el tratamiento que la jurisprudencia colombiana ha dado a la responsabilidad médica derivada del error en el diagnóstico.

Es de precisar que la jurisprudencia nacional no es muy nutrida tratando específicamente el tema del error en el diagnóstico; sin embargo, si ha abordado con amplitud y sindéresis el tema de la responsabilidad médica, por tanto, la

mayoría de la jurisprudencia que reseñaremos aborda genéricamente el tema de la responsabilidad médica.

4.1.- Jurisprudencia corte suprema de justicia sala civil:

4.1.1.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de marzo de 1940

El caso estudiado por la jurisprudencia fue el evento en que un paciente sufrió la pérdida de su ojo por un error en el tratamiento escogido. A pesar de que el acto médico analizado no es el error en el diagnóstico sino el error en el tratamiento, esta sentencia decantó con verdad lo siguiente:

“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 cuidados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este”⁶³

Desde antaño la Corte ha decantado que las obligaciones de los médicos, corresponde a típicas obligaciones de medio, siguiendo un régimen de responsabilidad netamente subjetivo.

4.1.2.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 14 de marzo de 1942.

En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia estudió el caso de un militar que había sido mordido por un perro hidrofóbico (perro con rabia), el cual, a pesar de tener los síntomas característicos de esta enfermedad no recibió el tratamiento oportuno, con todo y que, según se narra en la sentencia, los síntomas eran evidentes.

En punto de analizar el error en el diagnóstico cometido por el médico tratante, afirmó la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia:

⁶³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de marzo de 1940, Gaceta Judicial núm. 1953. Pág. 118.

*“el error en el diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aun excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trata de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, en sí, en aquellos casos que, como el presente, la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente a su saber y diligencia se confía”*⁶⁴

A pesar de que la sentencia en cita no es reciente, es evidente que la Corte desde antaño ha venido erigiendo, en línea de principio, la subjetividad de la responsabilidad galénica y que las obligaciones adquiridas por el médico son de las denominadas de medio, puesto que para ese momento, esta categoría ya había sido introducida en nuestro derecho.

Decimos esto pues, del aparte jurisprudencial citado se concluye sin ambages que la Corte para determinar la responsabilidad del galeno trae a colación el criterio de diligencia y de culpa, lo cual conduce a concluir que desde ese momento la jurisprudencia ya decantaba los derroteros para determinar la responsabilidad médica los cuales son la debida diligencia y la culpa.

Es de anotar que no porque esta sentencia tenga ya muchos años, pierde vigencia la afirmación consistente en que *“el error en el diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aun excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trata de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica”* pues como reza una máxima del derecho de obligaciones *“nadie está obligado a lo imposible”*.

Lo que si no compartimos es el hecho de que en su momento la Corte equiparó el error en el diagnóstico al error en el tratamiento, pues debemos recordar que son dos eventos que, aunque consecutivos (pues del error en el diagnóstico puede derivar un error de tratamiento) son actos médicos diferentes. Sin embargo, pareciera que para la jurisprudencia la distinción entre los distintos actos médicos que generan responsabilidad no resulta tan relevante, toda vez que como hasta

⁶⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 14 de marzo de 1942, Gaceta Judicial núm. 1953. Pág. 118.

ahora se ha visto, los trata indistintamente, concentrándose más en un régimen de responsabilidad general aplicable a cualquier acto médico.

Tampoco se comparte el hecho de que la jurisprudencia en este momento trate la responsabilidad extracontractual médica bajo el régimen previsto en el artículo 2356 del Código Civil, es decir, el de las actividades peligrosas. Sin embargo, esta posición fue superada por pronunciamientos jurisprudenciales del año 2001.

4.1.3.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1986.

Esta sentencia reviste importancia pues la Corte analizó el caso de un cirujano plástico que se había obligado a realizar una “Ridectomía o ritidectomía”⁶⁵. En la sentencia, respecto de la responsabilidad médica se dijo:

“El médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o intervenga a sus pacientes con el fin de procurar su curación o mejoría, así que cuando por su negligencia, descuido u omisión causa perjuicios en la salud de aquellos, incurre en una conducta ilícita, que será calificada por el juez según su magnitud desde la simple culpa hasta la más grave

(...)

Por tal razón, la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios, si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haber utilizado el tratamiento adecuado a sus dolencias, a pesar de que sabía que ese era el indicado.

(...)

⁶⁵ “Plastia que consiste en la eliminación de las arrugas, la flacidez o el relajamiento de los tejidos envejecidos mediante el estiramiento de la piel. Suele aplicarse en concreto al estiramiento y la resección cutánea realizada en el lifting facial, considerándose sinónimo de esta palabra inglesa.” EN: Diccionario Médico, Universidad de Navarra. (en línea), [consultado el 8 de octubre de 2018]. Recuperado de <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/ritidectomia>>

por lo que la cirugía estética se refiere, o sea cuando el fin buscado con la intervención es la corrección de un defecto físico, pueden darse situaciones diversas que así mismo tendrán consecuencias distintas respecto de la responsabilidad del cirujano. Así las cosas, deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con el paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiere asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada. Pero si tal resultado no se ha asegurado expresamente, cuando se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o ausencia de esta.»⁶⁶

Sin duda esta sentencia marcó la pauta para una diferenciación importante. Tal como se lee en el fragmento citado, en este pronunciamiento se diferenció el régimen de responsabilidad entre la actividad médica y la de la cirugía plástica o estética, pues respecto de esta última se indicó que el régimen de responsabilidad que seguiría sería el de obligaciones de resultado dependiendo de la naturaleza de la prestación a la que se obligó el médico, siendo la única excepción que hasta el momento se admite a la regla general ya decantada.

Por ejemplo, si el médico esteta se obliga con su paciente a lograr dejar la nariz de la paciente con contornos específicos, o si se obliga a que alguna parte de su cuerpo adquiriera características puntuales y especiales, estaría asumiendo una obligación de resultado. Por el contrario, si simplemente se obliga a realizar un procedimiento sin asegurar características específicas, la obligación que asume será de medio, tal como es el caso de la generalidad de los actos médicos.

En punto del DGP, la posición asumida por la Corte en esta sentencia tiene aún más relevancia. Se dice esto, pues tal como se advirtió en el capítulo primero, el DGP tiene dos perspectivas, aquella dirigida a la curación de patologías genéticas teniendo un fin netamente terapéutico, finalidad que sigue el régimen común de los actos médicos, o aquella dirigida a la perfectibilidad y mejoramiento de

⁶⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1986, Gaceta Judicial num. 2423. Pág. 359 y ss.

condiciones genéticas de los humanos, caso en el cual sería aplicable el régimen de obligaciones de resultado como se indica en la sentencia.

Así las cosas, en caso de querer aplicar el DGP con una finalidad perfectiva, es decir, obligándose al mejoramiento de condiciones genéticas del embrión con el fin de perfeccionarlo, siguiendo lo dicho por la jurisprudencia, el grupo médico que realice el diagnóstico con este fin, en caso de obligarse a que el bebé que posteriormente nazca tenga alguna característica genotípica o fenotípica específica, estaría de suyo asumiendo obligaciones de resultado, lo que en consecuencia haría que solo pudieran exonerarse probando la causa extraña.

4.1.4.- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de enero de 2001.

La Corte Suprema de Justicia, estudiando el caso de un paciente que luego de una intervención quirúrgica resultó con ruptura del tímpano y tinitus permanente rechazó de tajo la posibilidad de equiparar la responsabilidad extracontractual médica con el régimen de actividades peligrosas al afirmar:

“(...) Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del Código Civil, la corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducirse responsabilidad civil extracontractual por el acto médico

(...)

descantándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del Código Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosas (...)

Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero este, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y se requiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no solo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el

*artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1, parágrafo 1º, de la ley 23 de 1981.*⁶⁷

Este pronunciamiento jurisprudencial sin duda zanja una discusión muy importante pues la postura que se seguía hasta este momento, en punto de la responsabilidad extra contractual médica, hacía de la profesión médica una actividad peligrosa, y de haberse mantenido así, los médicos en su actuar estarían sometidos al temor de errar, toda vez que a costas llevaban el régimen objetivo de responsabilidad propia de las actividades peligrosas, haciendo que la debida diligencia se viera disminuida por el exceso de prudencia, lo cual, en ocasiones, termina siendo contrario a un comportamiento diligente.

De hecho, si se analiza minuciosamente, poco importaría la prueba de la diligencia, pues como se dijo, como el régimen de actividades peligrosas se ciñe bajo la égida de un régimen objetivo de responsabilidad, el galeno solo hubiera podido exonerarse probando la causa extraña.

4.1.5.- Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de mayo de 2005.

En esta sentencia, la Corte analizó un caso de responsabilidad por la muerte de una persona derivado de un olvido quirúrgico, y tocó el tema de la responsabilidad del acto médico cuando en el intervienen múltiples profesionales, es decir, el acto médico que es ejecutado por un equipo médico. Al respecto la corte afirmó:

“El hecho generador de la responsabilidad radicada en el citado galeno, como puede verse, se produjo durante el acto quirúrgico ejecutado por un grupo de profesionales de la medicina, especialistas en diferentes ramos, junto con otro personal auxiliar, que simultáneamente intervinieron en esa fase del tratamiento del padecimiento que aquejaba a la señora Ruge Ortega, que es lo que doctrinariamente se considera “equipo médico”, hipótesis en la que, valga anotar, la tendencia de la doctrina actual es hacer gravitar, en principio, la responsabilidad sobre todo el equipo como tal, entendiéndose que se trata de una responsabilidad “...in solidum – consorcial “en mano

⁶⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de enero de 2001.

común”, conjunta o colectiva, exigible al grupo o equipo como tal” (Eugenio Llamas Pombo, “La responsabilidad Civil del Médico” págs. 326 a 331).

(...)

En el caso, la imputación de responsabilidad al facultativo demandado, provino de su coparticipación en la acción productora del daño, como miembro del equipo médico que realizó la intervención quirúrgica en la cual se dejó un cuerpo extraño al cerrar la cavidad abdominal de la paciente, grupo a todos cuyos integrantes atribuyó el sentenciador el comportamiento culposo generador del perjuicio, al señalar que “...este descuido –se refiere a no tener la precaución de revisar la región en la que se practicó la operación- provino de todo el equipo que intervino en la operación”, hecho que además juzgó más reprochable respecto de “...quienes actuaron como director y primer auxiliar”, es decir, de los doctores Beltrán Mejía y Ardila Cuellar, por tener a su cargo “...la supervisión de la actividad del resto de personal interviniente”.

Es decir, partiendo del hecho indiscutido de que a la paciente se le dejó una compresa en su vientre al realizar el procedimiento quirúrgico mencionado, y con abstracción de la persona que materialmente la introdujo en él, lo que se le reprochó al citado facultativo, y en general, a todos los partícipes del acto quirúrgico, fue no haber tenido el cuidado de examinar la cavidad donde se verificó, para constatar que no quedara en ella ningún cuerpo extraño, omisión que se consideró de mayor entidad respecto del citado profesional y de quien presidió la intervención, por tener a su cargo la vigilancia del que hacer de los demás, luego si esa fue la conducta culposa que se le endilgó, para devastarla tenía el recurrente que comprobar que no incurrió en la falta que se le imputó, porque no tenía a su cargo ninguno de los deberes de conducta de cuyo abandono se desgajó, nada de lo cual ocurrió, puesto que su disentimiento a ese respecto se forjó alrededor del papel que jugó en el acto médico -primer ayudante-, que por lo demás, fue fidedignamente constatado por el sentenciador, y en la suposición de las pruebas que demostraran que fue la persona “...que dejara dentro del vientre de la paciente, la compresa que, posteriormente, se encapsuló...” y que tuvo, “...durante la intervención quirúrgica (...) acceso al vientre de la paciente, para que pudiera haber allí dejado la compresa que motivó la reintervención de la señora”, esfuerzo que obviamente resulta vano, porque si la culpa por negligencia de la cual se le sindicó, no provino de haber sido quien directamente introdujo y dejó en el abdomen de la víctima el elemento en cuestión, el juicio del fallador a ese respecto permanece indemne, porque en definitiva y debido al desenfoque del ataque, quedó libre de reclamo.”⁶⁸

Es clara la corte en afirmar que cuando el acto médico es ejecutado por un equipo médico, todos responderán en conjunto, sin embargo, también se dice en la jurisprudencia, que tendrá un grado mayor de responsabilidad el galeno que estaba a cargo del equipo médico, el cual, como se lee, solo podrá disculpar su

⁶⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 2005, Exp. 14415.

responsabilidad de vigilancia respecto del actuar de los demás, probando que dentro de sus obligaciones no se encontraba la de dirección del procedimiento.

Esta sentencia, en aras de acoplar el régimen de responsabilidad médica colombiano al DGP, es sustancialmente importante pues como se puntualizó en el primer capítulo, el DGP es ejecutado por un número plural de profesionales, es decir, es realizado por un equipo médico.

La duda que nos deja la sentencia es qué pasa cuando el equipo médico no solo está formado por profesionales de la salud, como en el caso analizado, sino como sucede en el DGP que además de médicos intervienen bacteriólogos, microbiólogos, etc. Sin embargo, sobre todos estos cuestionamientos ahondaremos en el siguiente capítulo.

4.1.6.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017.

La jurisprudencia no ha variado los criterios que utiliza de antaño para determinar la responsabilidad de los médicos, pues se continúa haciendo alusión a las sentencias antes citadas. Sin embargo, en este reciente pronunciamiento jurisprudencial la Corte analizando un caso de responsabilidad médica en ginecobstetricia, nutre el criterio subjetivo de la *lex artis* diciendo.

*“El cumplimiento de los parámetros exigidos por la *lex artis medicorum* otorga significado a la noción de “buen técnico o profesional de la medicina”, pues ésta sin aquélla es un concepto vago, impreciso e imposible de ser tomado como patrón objetivo para la determinación de la culpa médica. La expresión “buen técnico o profesional de la medicina” sólo adquiere sentido cuando se contrasta con los criterios aportados por el conocimiento científico afianzado, porque de lo contrario se estaría admitiendo como patrón de prudencia o buena praxis médica un comportamiento no profesional basado en la intuición, la mera costumbre, la aplicación irracional de lineamientos, la experiencia no sistemática y el diagnóstico*

con base en el “ojo clínico”, más cercanos a las prácticas mágicas o supersticiosas que a la medicina fundamentada en la evidencia científica.”⁶⁹

Esta sentencia reitera sin ambages qué deben hacer los jueces a la hora de determinar la responsabilidad galénica, puesto que, sin dejar de lado el régimen subjetivo de la responsabilidad médica, si le da herramientas suficientes al juez para poder determinar cuando realmente se ha actuado con culpa o se ha empleado la debida diligencia.

Nos queda claro entonces que la jurisprudencia ha decantado un criterio concreto para poder evaluar el actuar del profesional de la medicina, toda vez que, es de recordar que por tratarse de un régimen subjetivo de responsabilidad, de no haberlo, tendría que recurrirse al viejo criterio abstracto del “buen padre de familia” que trae el Código Civil.

4.2.- JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO:

La mención que haremos frente a los pronunciamientos del Consejo de Estado se limitará a un caso en particular, dado que la mayoría de casos no versan sobre la responsabilidad profesional individualmente considerada, sino en el contexto de la prestación del servicio de salud por una institución del Estado.

4.2.1.- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Julio de 2008.

En esta oportunidad el Consejo de Estado, analizó la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, derivado de que el anestesiólogo encargado suministró de forma indebida los sedantes al paciente que iba a ser intervenido. En consecuencia, en uso del medio de control de reparación directa, los familiares del fallecido solicitaron los padecidos a raíz de la muerte de su familiar.

⁶⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017. Rad. 2011-00108-01.

Respecto de la falla en la prestación del servicio médico, dijo el Consejo de Estado:

“Sobre el régimen que gobierna la acción de reparación directa por falla en la prestación del servicio médico, esta corporación ha sostenido:

(...)

“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente”

Así, siendo evidente la falla en la prestación del servicio médico dentro del asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se condenará a la demandada al pago de los perjuicios morales y materiales solicitados con la demanda.”⁷⁰

El Consejo de Estado en un momento sostuvo que en los casos donde el daño se hubiese originado derivado de la práctica médica, la falla en el servicio sería presunta, configurando un evento de responsabilidad objetiva, lo cual hacía inútil la necesidad de probar la diligencia y el buen actuar del médico que con su actuar generó el daño, toda vez que con la presunción de la falla del servicio, lo único que podía salvar su responsabilidad era probando el acaecimiento de una causa extraña.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: Myriam Guerrero de Escobar. Rad: 15726

Con la sentencia que se cita, en nuestro criterio el Consejo de Estado se acompasa con la casación civil en el sentido en que afirma que el régimen de responsabilidad es subjetivo, toda vez que se trata de la falla del servicio. Sin embargo, también concluimos que la falla no es presunta en todos los casos, por lo tanto, es menester valorar los elementos probatorios que se aporten al proceso para determinar si finalmente existió o no la falla del servicio.

Lo anterior quiere significar que la teoría de la falla médica presunta queda en el olvido, así como la de la carga dinámica de la prueba, para pasar a sostener que es necesario probar todos los elementos de la responsabilidad.

Así las cosas, nuevamente se evidencia que las bases de la responsabilidad médica radican en criterios subjetivos, los cuales se reducen a la necesidad de acreditar si el actuar del médico estuvo o no apegado a la *lex artis*.

4.3.- JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL:

4.3.1.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de junio de 2013:

"Es de este modo claro que la obligación del galeno de actuar con el cuidado que el ordenamiento le impone para evitar la creación o intensificación de un riesgo innecesario -fuera del admitido en la praxis- y la consecuente realización de un daño relacionado con la fuente de riesgo que debe custodiar, determina la asunción de la posición de garante que se materializa en no ejecutar ninguna conducta que perturbe la idoneidad del tratamiento médico especializado que la ciencia y las normas jurídicas mandan en cada evento o, en otras palabras, en adecuar su comportamiento al cuidado que le es debido de acuerdo con las fórmulas generales de la actividad".

De esta manera, si la conducta del médico, no obstante crear o aumentar un riesgo se manifiesta dentro del ámbito del peligro que la comunidad normativa ha edificado como límite a la práctica médica respectiva y, en todo caso, se produce el resultado infausto o, si consolidado el daño -agravación de la condición clínica primaria, por ejemplo- el galeno respeta las pautas o protocolos tendiendo a aminorar los riesgos propios de la intervención corporal o psíquica o, si pese a la creación o, incremento del peligro permitido, la acción comisiva u omisiva no se representa en un resultado dañino derivado necesariamente de aquella y relevante para el derecho penal o en todo caso, este se realiza por fuera del espectro de protección de la norma, o se

constata que no había un comportamiento alternativo dentro del ámbito de guarda del bien jurídico que hubiera podido impedir la consumación censurada, no habrá lugar a deducir el delito de omisión impropia, también llamado de comisión por omisión.

Para establecer si el facultativo violó o no el deber objetivo de cuidado y, con ello, creó o amplió el radio de acción del riesgo porque su actuar lo situó más allá del estándar autorizado o relevante, es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución -protocolo, norma, manual, baremo o actividad concreta conforme a la lex artis^- que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente -con la misma especialidad y experiencia- en similares circunstancias, para enseguida, confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato".

Y es que si hay una actividad peligrosa en la que se debe consentir la existencia de un riesgo permitido, esa es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a la estructuración de una aproximación al daño evitable o no tolerado"⁷¹.

En esta sentencia, es evidente que la Casación Penal también sigue lo dicho por la Casación Civil en cuanto analiza la culpa como el elemento fundante de la responsabilidad de los galenos. A pesar de que aborda el criterio de la culpa desde la perspectiva penal, coincide la Casación penal con la Civil en utilizar el criterio de la Lex Artis como rector para determinar si el médico en su actuar empleó el cuidado y la debida diligencia que su profesión le exige.

También se diferencian en que la casación penal sigue dando el tratamiento de actividad peligrosa a la práctica médica, postura que ya había sido ampliamente superada en sentencia del año 2001 en la cual, la Sala Civil de Casación de la Corte había claramente especificado que no era admisible seguir con tal planteamiento.

De hecho, encuadrar el ejercicio de la medicina como una actividad peligrosa es lo que funda o sustenta el argumento de que el médico se encuentra en posición de garante.

⁷¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de junio de 2013. Rad: 38904.

Sostener lo que indica la jurisprudencia penal, desconocería la posibilidad de que el médico pudiera exculpar su responsabilidad probando la diligencia y el actuar conforme la “lex artis medicorum” (en los términos de la casación civil), toda vez que, como se dijo, la única vía que le queda al galeno para no ser responsable es la prueba de la causa extraña.

4.3.2.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de junio de 2016.

Esta sentencia que fue muy sonada tanto en el mundo médico como en el mundo jurídico, trató el caso de un patólogo que erró en el diagnóstico de una patología denominada “adenosis esclerosante” al confundirla con el cáncer de mama, lo cual derivó en que el seno de la paciente fuera totalmente extirpado.

Nos llama la atención este caso, pues además de ser importante en la jurisprudencia y ser un evento de responsabilidad por error en el diagnóstico, también resulta, como quedó probado en el proceso, que la “adenosis esclerosante” es un caso de difícil diagnóstico, toda vez que puede ser confundido un carcinoma invasor.

En dicha sentencia en punto del error en el diagnóstico dijo la Corte:

“La jurisprudencia de la Sala ha reconocido que los actos propios de la práctica médica naturalmente acarrearán riesgos y estos pueden generar daños personales; los riesgos asumidos por el profesional de la salud serán penalmente relevantes si para su producción ha mediado la violación del deber objetivo de cuidado por parte de aquel. De manera correlativa, no lo serán cuando el daño ha sido generado dentro del riesgo permitido y la observación de la lex artis. Así lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala penal en pronunciamiento citado en acápite anterior.

(...)

*Lo relevante en este caso fue que, conociendo el dr. **Duque** -como bien la conoce cualquier patólogo competente- la dificultad inherente a la distinción entre la lesión maligna y la benigna -pues ya se ha dicho que la lesión benigna se suele presentar como si fuera maligna o, lo que es lo mismo, la lesión maligna enmascara una*

condición que en realidad no lo es, se quedó con su observación inicial y pasó por alto algunos de los factores para valorar la pertinencia de la lex artis del oficio al tratamiento de la paciente Restrepo Cañón, en particular la trascendencia vital que para la condición de vida de aquella suponía un diagnóstico de carcinoma, así como los antecedentes del propio caso.

Lo primero, porque era previsible que un diagnóstico de cáncer incidiría de manera decisiva en la determinación del mastólogo de realizar la resección total del seno, con las nocivas consecuencias físicas, psicológicas y daño en la autoestima personal que semejante lesión supone para una mujer, con el agravante adicional de que -como lo enseña la experiencia y las características de la propia enfermedad- el carcinoma bien podría estar ocultando o enmascarando una adenosis esclerosante, lesión de carácter benigno, cuyo tratamiento resultaría menos drástico que la mastectomía radical.

En conclusión, un diagnóstico inicial de carcinoma, sin procurar su confirmación, constituía de por sí, en este caso particular, una elevación del riesgo no amparada por la lex artis, pues los métodos y prácticas propias de la patología enseñan que nada tiene de raro que la lesión maligna en realidad no lo sea.

Ahora bien, asegura el demandante que la responsabilidad de la situación que condujo a la determinación de hacer la mastectomía fue en realidad del ginecólogo, por no localizar debidamente el origen del tejido examinado, según el cuadrante de donde fue extraído.

Al respecto debe decirse que, al contrario de lo que sugiere la defensa, esa circunstancia no exculpa la omisión del patólogo consistente en no confirmar su hallazgo inicial, sino que era precisamente un factor importante para tener en cuenta a la hora de valorar la lex artis aplicable. Por no hacerlo así incurrió en una segunda conducta que elevó el riesgo permitido.

Así, la conducta negligente de un tercero - el ginecólogo- ha debido llevar al agente a incrementar el cuidado debido y su posición de garante y, en consecuencia, adecuar la lex artis de su disciplina, para así conjurar o, al menos, minimizar los efectos de la aludida omisión: lo anterior, porque la ya conocida falta de precisión sobre la ubicación de la lesión seguramente -era lo previsible- conduciría a que el mastólogo tuviera que extraer todos los cuadrantes, mientras que, de haberse localizado con precisión el origen del tejido enfermo, hubiera determinado la extracción del cuadrante correspondiente.

En estas condiciones, la lex artis de la patología aplicable al caso de la paciente María Teresa Restrepo Cañón, ha debido tener en cuenta la trascendencia vital que para la vida de relación de aquella habría de traer un diagnóstico no confirmado de carcinoma ductal tubular: razones de sobra había para ello, pues dos situaciones claramente contribuyeron a incrementar el riesgo de no confirmar el diagnóstico a

través de un estudio de inmunohistoquímica: la reconocida posibilidad de que la lesión maligna en realidad no fuera tal y la omisión negligente del ginecólogo.”⁷²

Dice la jurisprudencia, que el yerro que finalmente llevó al patólogo enjuiciado a asumir responsabilidad respecto del daño que le fue causado a la paciente, consistió en la omisión del examen denominado “inmunohistoquímica”, el cual era el idóneo para poder diferenciar si en efecto lo hallado en el seno de la paciente.

Sin duda, el análisis de responsabilidad hecho por la Corte es acertado en indicar que el patólogo no debió inferir, derivado de su experiencia y los antecedentes de cáncer de mama en la familia de la paciente, que se trataba de un carcinoma maligno, sino que debió efectuar el examen que a la postre era el que determinaba la naturaleza de la patología de la paciente.

Así las cosas, la Corte basó su decisión en la falta de diligencia del patólogo que se concretó en no haber cumplido lo que designa la *lex artis* para casos como al que estuvo enfrentado pues no debió prescindir de la inmunohistoquímica. Este argumento de la Corte deja claro que los criterios para determinar la responsabilidad de los médicos, desde la órbita del derecho penal, se basan en criterios subjetivos como lo son el hecho de actuar con culpa y de exigir en su actuar conductas diligentes; criterios que son dotados de contenido por la *lex artis* para el caso específico de la responsabilidad médica.

⁷² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de junio de 2016. Rad: 41245.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL DGP: ESPECÍFICAMENTE AQUELLA DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN.

“Lo que es válido para la bacteria lo es para el elefante”

Jacques Monod

Como lo hemos advertido en capítulos anteriores, el DGP se compone de dos grandes actos, el primero, aquel en que el médico una vez realizados los estudios informa a sus pacientes respecto de las posibles anomalías genéticas o enfermedades hereditarias que el embrión puede llegar a padecer y el segundo que tiene lugar como consecuencia del primero, es la realización de la selección embrionaria haciendo uso de las técnicas propias del DGP. Decimos que el segundo evento es consecuencia del primero, toda vez que, en nuestro criterio, la decisión que tomen los pacientes respecto de si se decide proceder o no a la selección de embriones, está estrechamente atada a la información que transmitió el médico en el primer escenario, es decir, aquel en donde el médico emite un asesoramiento previo.

Por tanto, a continuación, trataremos la responsabilidad de los médicos en el primer escenario del DGP, es decir, la responsabilidad que enfrenta el galeno al haber transmitido de forma errada o incompleta información al paciente que lo consulta, lo cual, sin lugar a dudas, deriva en la posibilidad de concebir un hijo con alguna enfermedad genética que precisamente se quiso evitar acudiendo al DGP.

3.1.- ¿Qué tipo de acto constitutivo de error en el diagnóstico es el DGP?

Tal como está reseñado en el numeral tercero del capítulo segundo⁷³ de este trabajo, LÓPEZ MESA hace una distinción de 5 eventos en los cuales el médico incurre en error en el diagnóstico. Esta distinción resulta útil puesto que permite desglosar las diferentes hipótesis en las que un médico puede ver comprometida su responsabilidad a la hora de emitir un diagnóstico, lo que nos permite encuadrar el error en el DGP en situaciones específicas.

A pesar de que somos conscientes de que cualquiera de los 5 eventos que distingue LÓPEZ MESA puede acontecer en cualquier tipo de diagnóstico, consideramos que el que más se ajusta, o mejor, el que sería de mayor relevancia es el denominado error en el diagnóstico *por tratamiento erróneo a consecuencia de un diagnóstico imperfecto*.

En efecto, este evento constitutivo de error en el diagnóstico consiste en que como consecuencia de un mal diagnóstico realizado por el médico, bien sea porque realmente no pudo dar con la patología que le fue consultada o porque faltó a su deber de diligencia, deriva en que así mismo se efectúe un tratamiento no adecuado para curar la patología que realmente padece el paciente.

Así las cosas, traspolado a lo que pueda acontecer en la denominada primera etapa del DGP, decimos que este evento es el que más se le ajusta por lo siguiente:

Cuando una pareja o una mujer acude a donde su médico (el cual es la cabeza visible del equipo médico que realiza el DGP), quien cuenta con toda la experiencia e idoneidad para realizar diagnósticos como el DGP, lo hace con el objetivo de que el galeno le informe qué posibilidades existen de que su futuro hijo padezca de enfermedades genéticas o hereditarias.

⁷³ *Ud Supra* P. 48

Derivado de la información que transmita el galeno, la pareja o la mujer estarán enfrentados a tomar la decisión consistente en si deciden optar por concebir su hijo sin ayuda de la selección embrionaria propia del DGP o si derivado de la información que les ha sido suministrada deciden acudir a la selección embrionaria, para concebir su hijo libre de las enfermedades genéticas y hereditarias que le fueron diagnosticadas.

Así las cosas, derivado del diagnóstico que emita el equipo médico dirigido a la probabilidad que tiene la pareja o la mujer sola de concebir o no un hijo sano, es que tomarán la decisión de llevar el embarazo a término o proceder a dar aplicación a la selección embrionaria para así lograr su cometido, que no es otro diferente a librar a su futuro hijo de padecer una enfermedad genética.

En consecuencia, en caso de que el médico incurra en error a la hora de emitir ese diagnóstico viciará la voluntad de su paciente, motivo por el cual, si el médico informa erradamente o por falta de indagación no pueda llegar a un diagnóstico acertado, este error podría llegar a materializarse en que el paciente que acude a recibir el diagnóstico decida no optar por someterse a tratamiento o a realizar la respectiva selección embrionaria, resultando esto en la posibilidad de que nazca un bebé padeciendo enfermedades genéticas que precisamente se le quisieron evitar.

Podría pensarse que esta hipótesis de responsabilidad derivado del errado diagnóstico que emitió el médico podría ser superada en el evento en que el paciente aun recibiendo, por ejemplo, errada información respecto de la salud genética de sus futuros hijos, de forma precavida decida acudir a la aplicación de las técnicas del DGP y a la selección embrionaria; sin embargo, esto no es del todo cierto toda vez que, tal como lo afirma FERMENÍA LÓPEZ parafraseando a ROMEO CASANOBA:

“El ofrecimiento de dichas pruebas dependerá, en cada caso, de la existencia del procedimientos diagnósticos adecuados a la situación concreta de los consultantes (fase del embarazo, edad de la embarazada, sometimiento a técnicas de reproducción asistida etc.) y a la enfermedad transmisible hereditariamente que se está tomando en consideración (...)”⁷⁴

De lo dicho por el autor en cita reluce la importancia de este primer escenario del DGP, pues sin duda la información que recaude el médico y el posterior diagnóstico que emita, marcará la pauta para una decisión que resultará trascendental no solo para la vida de la pareja o la madre soltera consultante, sino para la calidad de vida de la persona que se quiere concebir, pues de nada sirve una impecable ejecución de la técnica que se seleccione, si el diagnóstico fue errado.

Con esto en ningún momento queremos significar que el escenario en donde se dan aplicación a las técnicas propias del DGP no sea importante, lo que queremos significar es que en esta etapa informativa o de simple diagnóstico se toman decisiones absolutamente trascendentales, decisiones que no solo condicionan la posterior aplicación de las técnicas que se pretendan utilizar, sino incluso la vida de una futura persona.

Es de precisar que, en punto de empezar a analizar la responsabilidad del médico, no le es posible en ningún caso al facultativo, exonerarse de responsabilidad aduciendo que existió error en el tratamiento disculpándolo en el error primigenio del diagnóstico. Dicho en otras palabras, el médico no podrá excusar su responsabilidad indicando que erró también en el tratamiento porque el diagnóstico a su vez fue errado, toda vez que si el error en el diagnóstico fue producto de su actuar culposos, el error en el tratamiento también lo será. Al respecto MARCELO LÓPEZ INDICA:

⁷⁴FERMENÍA, PEDRO. (2018). *“Responsabilidad Médica Derivada del Diagnóstico Genético Preimplantacional”*. Ob Cit. P. 4

“(…) Si el diagnóstico erróneo es culposo, el tratamiento erróneo también lo será y ambos comprometerán la responsabilidad galénica”⁷⁵

En nuestro criterio esto ocurrirá así, en el caso en que el equipo médico que realice el diagnóstico⁷⁶ sea el mismo que ejecute el tratamiento. En caso de que sea diferente, es decir, en el evento en que el equipo médico que efectúe el diagnóstico no sea el mismo que ejecutará el tratamiento, consideramos que ambos hechos lesivos deberán ser tomados en consideración de forma separada siempre y cuando el equipo médico que ejecute el tratamiento no esté en la posición de poder corroborar lo dicho en el diagnóstico, pues, en el caso en que sí pueda hacer, o mejor, esté en la obligación de hacerlo, deberá aplicarse lo dicho por LÓPEZ MESA.

3.2.- Sobre La Naturaleza De La Responsabilidad

3.2.1.- Breve referencia a la responsabilidad contractual y extracontractual:

Como es sabido, en nuestro derecho la responsabilidad civil ha gravitado en torno a la *summa divisio* efectuada por Gayo que indicaba que se será responsable bien sea por el incumplimiento del contrato o por la comisión de un delito, lo cual fue decantado en las dos grandes categorías que rigen nuestra responsabilidad: la denominada responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad contractual, en palabras de ALBERTO TAMAYO LOMBANA

“resulta de la inexecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato valido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en el”⁷⁷

⁷⁵ Cf LÓPEZ, MARCELO, *et alli*, Op Cit. P. 295

⁷⁶ Se recuerda que el DGP no es ejecutado por un solo profesional, sino por un equipo médico conformado por médicos, biólogos, microbiólogos, patólogos etc.

⁷⁷ TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Tercera edición. Ob Cit. P. 32.

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien no existe una definición propia de responsabilidad contractual, en el título XII de nuestro Código Civil relativo al “efecto de las obligaciones” se da una suerte de aproximación a lo que es la responsabilidad contractual. Específicamente en el artículo 1604⁷⁸ en donde se indica que será responsable el deudor que incumple con sus obligaciones dependiendo de la utilidad que el contrato represente para cada una de las partes contratantes y el grado de culpa que empleó en su incumplimiento.

Del contenido del artículo en comento debemos resaltar varias cosas:

En primer lugar, el artículo 1604 del código civil condiciona la existencia de la responsabilidad, en caso de que las partes no hayan acordado lo contrario, a que deberá determinarse cuál era la utilidad que los contratantes percibirían del contrato celebrado para así pasar así determinar, dependiendo del grado de culpa con el que hayan actuado si existe o no responsabilidad.

En segundo término, el inciso tercero del artículo en comento presupone que la parte incumplida ha actuado con culpa, toda vez que indica que *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

En otros términos, la responsabilidad contractual pertenece a un régimen de culpa presunta, toda vez que será carga de la parte incumplida demostrar que no actuó con culpa, caso en el cual no lo haga, su contraparte contractual estará relevada

⁷⁸ **“ARTICULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>.** *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

de demostrar que el daño que ha sufrido fue derivado de un actuar culposo de su deudor.

En tercer lugar, es de resaltar que el artículo en cita trae a colación nuevamente la tripartición de culpa prevista en el artículo 63⁷⁹ de la misma codificación; sin embargo, con sorpresa y a modo de crítica observamos que tal distinción no pasa de ser teórica, al menos en punto de la responsabilidad médica, toda vez que en la jurisprudencia no es palmario que esta tridivisión de culpa sea utilizada para *determinar* la responsabilidad de los contratantes, lo cual la deja sin ningún tipo de utilidad.

Por su parte, la responsabilidad *aquiliana*, delictual o extracontractual, tiene fundamento en el viejo aforisma *neminem laedere*, relativo a aquella genérica prohibición de dañar al otro. La doctrina ha definido la responsabilidad aquiliana en los siguientes términos:

“El segundo tipo de responsabilidad civil, la extracontractual o delictual (delictual propiamente dicha o cuasidelictual), se da en ausencia de un contrato. Resulta de un hecho cualquiera”⁸⁰

A diferencia de la definición de responsabilidad contractual, la cual, como afirmamos, no se encuentra explícita en nuestro ordenamiento jurídico, la definición de responsabilidad extracontractual si se dejó plasmada en la Ley,

⁷⁹ **ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>**. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁸⁰ TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Tercera edición. Ob Cit. P. 32.

específicamente en el Título XXXIV denominado *responsabilidad común por delitos o culpa*, específicamente en el artículo 2341 cuyo tenor es el siguiente:

ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL>. *El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*

Del artículo en cita, debemos indicar que en el escenario de la responsabilidad extracontractual no se prevé ningún tipo de distinción de culpa, y mucho menos se establece que parte debe hacer el ejercicio probatorio para demostrar el actuar culposo como sí ocurre en la responsabilidad contractual, lo que nos deja entrever que estará en cabeza de la víctima del daño acreditar todos los elementos de la responsabilidad.

3.2.2.- Responsabilidad médica en el DGP ¿contractual o extracontractual?

En principio, para hablar de la responsabilidad médica en general, es posible identificar eventos tanto de responsabilidad contractual, así como eventos de responsabilidad extracontractual.

La doctrina lo reconoce así, afirmando que en las más de las veces la responsabilidad de los médicos se circunscribe al escenario contractual. Al respecto afirma MARCELO LÓPEZ:

“verdaderamente en la mayoría de los casos concretos la responsabilidad del galeno habrá de ser de esencia contractual. Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno.

Normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle; esta es una situación excepcional. Lo corriente es que entre médico y paciente se celebre, formal o informalmente y muchas veces en forma verbal un contrato de asistencia médica.”⁸¹

⁸¹ LÓPEZ, MARCELO, *et alli*, Op Cit. P. 19

Según lo dicho por la doctrina, la responsabilidad de los médicos será contractual, en el evento en que entre paciente y galeno medie un contrato de asistencia médica, en el cual el médico ejecuta diferentes actos que están dirigidos al mejoramiento de las condiciones de salud del paciente en la medida de lo posible.

A su vez, será extracontractual en el evento en que el médico deba ejecutar, bien sea un acto de diagnóstico, terapéutico o intervencionista, sin que medie el contrato de asistencia médica como, por ejemplo, en un caso de absoluta urgencia en donde el médico deba actuar de forma inesperada.

Sin duda estamos de acuerdo en que los eventos de responsabilidad extracontractual de los galenos son excepcionales, sin desde luego, llegar a negar su existencia pues en virtud del juramento hipocrático efectuado por los profesionales de la salud, ellos deberán auxiliar a quien lo necesite, lo que deja abierta la posibilidad de que un acto médico deba ser ejecutado de urgencia y, en consecuencia, ese actuar, en caso de ser lesivo, deberá ser evaluado a la luz de la responsabilidad extracontractual.

Para hablar propiamente del DGP, consideramos que la responsabilidad que enfrenta el equipo médico se enmarca en el ámbito de la responsabilidad contractual, pues difícilmente un galeno deberá o, mejor, podrá proceder a efectuar el DGP de forma urgente o inesperada sin que de por medio exista el debido contrato de asistencia médica o al menos el consentimiento del paciente.

Sin embargo, a pesar de que resulta evidente que la responsabilidad derivada del DGP estará bajo la órbita de la responsabilidad contractual, en este punto debemos traer a colación la novedosa tendencia de la responsabilidad civil dirigida a unificar la responsabilidad contractual y extracontractual.

Esta teoría de la unificación de la responsabilidad tiene asidero en que no existe fundamento suficiente para proceder a distinguir de responsabilidad contractual y

extracontractual pues, al final, todo se resume en la necesidad de reparar un daño causado sin importar si existió o no un contrato de por medio. Autores como CLARA ASÚA GONZÁLES al respecto afirman:

“Lo anterior ha resultado posible porque se ha considerado que un hecho dañoso puede ser violación de una obligación contractual (o similar) y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro. Es decir, que el daño puede ser contractual sin dejar de ser extracontractual o al revés; lo que ha conducido necesariamente a la ya aludida aceptación de la extracontractualidad en casos, por cierto la mayoría si se traían al ámbito obligatorio a los servicios públicos de salud, en los que existían una relación obligatoria con el demandado o alguno de los demandados (extracontractualidad que ciertamente resulta indiscutible en lo que se refiere a eventuales responsables ajenos a la relación previa).”⁸²

Específicamente respecto de la actividad médica y la diferenciación de responsabilidad contractual y extracontractual opina JAIME SANTOS BRIZ lo siguiente:

“(…) pero la diversidad de supuestos de hecho en que puede darse aquel tratamiento obliga a distinguir y aclarar porqué, sin embargo, los daños derivado de estas situaciones son, en general, considerados como de relaciones extracontractuales aun sin negar su origen en muchos casos contractual.

a) a la forma normal de contrato de servicios, no siempre concertado en forma expresa, hay que añadir los casos en que la asistencia médica se basa en una gestión de negocios sin mandato. Este es el caso de la asistencia consecuencia de accidente a persona que se halle inconsciente cuando el facultativo no recibió un requerimiento expreso”⁸³

Debemos resaltar que el autor antes citado incluso indica que es posible encuadrar en un ámbito contractual aquellos actos que habíamos dicho que eran típicamente extracontractuales. En efecto, el autor afirma que es posible encuadrar en la gestión de negocios sin mandato (figura negocial) aquellos actos de que realiza el facultativo de urgencia, demostrando que la distinción entre

⁸² REGLERO, FERNANDO; ASÚA, CLARA; BUSTO, JOSÉ, *ET ALLI*, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Vol 2., Navarra, Aranzadi S.A., 2002, P. 973.

⁸³ SANTOS, JAIME, “*La Responsabilidad Civil Derechos Sustantivos y Derecho Procesal*”, Vol 2., Madrid, Montecorvo S.A., 1993, P. 887-888.

responsabilidad contractual y extracontractual resulta ser algo más dogmático que práctico.

En nuestro criterio, en punto de la responsabilidad médica, suscribimos plenamente que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, no resulta ser más que categorías dogmáticas que fueron decantadas en nuestro Código Civil, toda vez que la realidad judicial ni si quiera se toma el trabajo de dar cabal aplicación a la distinción que realiza el Código.

Decimos esto, por ejemplo, toda vez que la Corte Suprema de Justicia, al fallar casos de responsabilidad contractual de los médicos, no recurre a analizar estrictamente los elementos que diferencian la responsabilidad contractual de la extracontractual. Por ejemplo, se echa de menos que la jurisprudencia no identifique en cuál de los 3 grados de culpa se encuentra la conducta ejecutada por el médico, pues parece obviarlo a conciencia al dedicarse a analizar un único criterio de culpa.

Desde un punto de vista netamente procesal, también pierde sustento la diferenciación de los tipos de responsabilidad, toda vez que, en nuestro criterio, la eliminación de la tarifa legal, y la inclusión del criterio de la carga dinámica de la prueba, permite, en las más de las veces, que el extremo procesal que esté en mejor posibilidad de probar el hecho que pretende demostrar deba hacerlo, por lo que se eliminan de tajo la necesidad de que solamente el demandado sea quien deba probar el daño y el nexo causal.

En suma, si se quiere encuadrar en las categorías tradicionales de responsabilidad aquella derivada del DGP, sin duda afirmamos que el escenario de la responsabilidad contractual es el que mejor se ajusta; sin embargo, por lo argumentos ya expuestos, consideramos que desde un punto de vista práctico tal distinción resulta poca útil.

3.3.- Sobre La Concreción Del Daño.

3.3.1.- Del Daño

En el escenario del DGP que es objeto de análisis, consideramos que el daño que podría llegar a padecer la pareja o la mujer consultante, se concretaría en el nacimiento de un bebé con malformaciones genéticas o el padecimiento de enfermedades genéticas o hereditarias, toda vez que el error en la transferencia de información del médico a los padres consultantes hizo que ellos desistieran de proceder a realizar la selección embrionaria con el fin de evitar que el futuro hijo que querían tener naciera completamente sano, lo cual acarrea también la lesión al derecho de concebir hijos sanos.

A la luz de los criterios tradicionales de daño⁸⁴, se dice que el daño debe ser consolidado, es decir, que para que pueda ser reparado el daño debe existir, no podrá repararse un daño que no haya ocurrido. Siguiendo esa línea argumentativa, podría decirse entonces que solo habrá daño en el escenario que se estudia en el evento en el que el bebé nazca, toda vez que, de no nacer, el daño no se habría producido pues dijimos que el daño en este escenario sería el nacimiento de un hijo con enfermedades genéticas o hereditarias.

Sin embargo, en situaciones como la que se analiza cobra especial relevancia la definición de daño propuesta por JUAN CARLOS HENAO, bajo el entendido que para este autor el daño se concreta desde la simple afrenta a un interés lícito de una persona. Tal definición es del siguiente tenor:

“Daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva a un derecho o con alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los

⁸⁴ Por ejemplo, el Maestro Hinestrosa define el daño así: *“Daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”* En: HINESTROSA, FERNANDO, *“derecho de obligaciones”*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1967, P. 529.

otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar –se encuentran reunidos.”⁸⁵

Decimos que de esta forma debe ser entendido el daño causado toda vez que, de no entender que el daño se concrete desde el momento en que la madre o la pareja saben que derivado de la mala información que transmitió el galeno su hijo padecerá de enfermedades genéticas o hereditarias que precisamente quisieron evitarle acudiendo al DGP, la extensión de la reparación se vería reducida toda vez que no sería posible incluir en la reparación la tristeza y sufrimiento que los padres de ese futuro bebé sufrieron a lo largo del embarazo, así como tampoco podría ser reparado el interés lícito de concebir un hijo sano.

Así las cosas, el daño que se concreta es tanto patrimonial como inmaterial. Será patrimonial toda vez que la pareja o la madre deberá incurrir en gastos superiores a los que la generalidad de los padres incurre pues su hijo tiene necesidades superiores a la de la generalidad de los niños debido a la enfermedad que padece. El daño moral consistirá en la congoja que padecerá la madre o la pareja que tendrá un hijo enfermo, tristeza que sin duda será mucho mayor pues precisamente acudieron al DGP para evitar esa situación⁸⁶.

3.3.2.- Sobre el deber de mitigar el daño

Toda víctima de un daño, a pesar de ser la que, en término coloquiales, “se llevó la peor parte”, adquiere por su condición de víctima el denominado deber de mitigación del daño, el cual consiste en que deberá emplear todo lo que esté a su alcance para no acrecentar el daño. En otros términos, la víctima deberá tratar de aminorar los efectos lesivos del daño que ha padecido, pues de no hacerlo, el agresor solo deberá responder por los efectos propios del daño causado y no, por

⁸⁵ HENAO, JUAN CARLOS, “*Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l’État*” EN: HENAO, JUAN CARLOS; OSPINA, ANDRÉS FERNANDO, “*La responsabilidad extracontractual del Estado*”. 1ª Ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, P. 35.

⁸⁶ cf. FERMENÍA, PEDRO, op. cit., P.6

aquellos daños que se concretaron derivado de la omisión del deber de mitigar el daño.

El deber de mitigación del daño no es para nada despreciable, toda vez que es una muestra genuina de buena fe. Sobre el deber de mitigación del daño MAXIMILIANO RODRÍGUEZ ha dicho:

“(…) Y es que ya ha sido reiterado en diversas oportunidades que el deber de mitigar el daño refleja un requerimiento de buena fe. Una persona normalmente tiende a hacer su mejor esfuerzo para evitar pérdidas que le serán imputadas, pero en el caso del deber de mitigar se requiere de la víctima la evasión de pérdidas imputables a otro, ya que en los casos en que el principio se aplica de manera adecuada, la mitigación del daño beneficiará al responsable sin lastimar los intereses de la víctima²⁰. Esa consideración acerca de los intereses ajenos, más aún, de los intereses del responsable, no puede considerarse como cosa distinta de una aplicación del principio de la buena fe.”⁸⁷

Podría llegar a pensarse entonces que en virtud del deber de mitigación del daño, la pareja o la mujer que tendrá un hijo que padecerá de enfermedades genéticas o hereditarias estarían casi en la obligación de interrumpir el embarazo para así evitar el nacimiento del bebé y aminorar el daño que se le ha causado. Si bien es una posibilidad, no consideramos que el ordenamiento jurídico pueda constreñir a la pareja o la madre que padeció el daño a ejecutar una conducta como estas, menos aún en el marco del cumplimiento de un deber legal. En este punto suscribimos lo que a continuación dijo MAXIMILIANO:

“Primero, el afectado deberá tomar las medidas razonables para mitigar su pérdida y ponerse, en la medida de lo posible, en una situación equivalente a aquella en la cual no se hubiese presentado el incumplimiento. Por ejemplo, un empleado despedido de manera irregular deberá hacer lo posible para obtener un trabajo similar, y en aquellos casos en que el vendedor falla en la entrega de las mercancías, el comprador deberá acudir al mercado pertinente para adquirir unas sustitutas; Segundo, el afectado no deberá actuar de manera irracional al punto de incrementar su pérdida. así, al determinar las reglas de mitigación, las cortes se

⁸⁷ RODRÍGUEZ, MAXIMILIANO, “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, En: Revista de Derecho Privado, núm 15, 2008. P. 114.

encuentran con el conflicto de no reprimir a las partes de un remedio legal y a su vez, de no promover un uso innecesario de recursos.”⁸⁸

Entonces consideramos que el deber de mitigar el daño se encontraría cumplido, por ejemplo, si la pareja o la madre cuyo hijo es enfermo es rigurosa en la asistencia a los tratamientos médicos que puedan mitigar los efectos de la patología que su hijo padece, o tratando que el Estado proporcione, en lo posible, los medicamentos que su hijo necesita para tener una buena calidad de vida.

3.4.- Sobre el nexo de causalidad

Como está ampliamente decantado en la doctrina y la jurisprudencia, el nexo de causalidad es aquella relación necesaria entre el hecho dañino y la conducta que generó el daño y, para determinarlo debe echarse mano al criterio de la causalidad adecuada, pues a lo largo del devenir jurisprudencial se rechazó de tajo aquellas viejas teorías que hacían del nexo causal una regresión al infinito, las cuales imposibilitaban realmente determinar cuál había sido el hecho generador del daño.

Dicho criterio consiste en que la relación necesaria que existe entre el daño y el hecho que lo genera esté soportada en criterios jurídicos y científicos. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, la causalidad adecuada se define así:

“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.”⁸⁹

Aplicando lo que bien nos enseña la jurisprudencia, encontramos que el nexo de causalidad en el escenario que se analiza, recae no en el actuar del equipo médico y el nacimiento de un bebé que padece de enfermedades genéticas o

⁸⁸ Ibid. P. 133.

⁸⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de septiembre de 2016, MP. Dr Ariel Salazar Ramírez. Rad: 2005-174-01.

hereditarias, sino se identifica en el actuar negligente del equipo médico y la lesión al derecho de ser informado de forma completa que tenía la pareja o la mujer que acudió a recibir el respectivo diagnóstico. Decimos esto, puesto que finalmente es esa falta de información la que vicia la decisión de la pareja o la mujer de someterse o no a la aplicación de las técnicas propias del DGP y la realización de la consecuente selección embrionaria.

Podría llegar a pensarse que el nexo de causalidad está circunscrito al actuar del médico y el nacimiento de un bebé que padece enfermedades genéticas o hereditarias; sin embargo, no lo consideramos así pues el nacimiento del bebé con tales condiciones, sin dejar de ser el daño que debe ser reparado, corresponde a un hecho de la naturaleza. Lo que jurídicamente impide que el niño nazca sano, es la omisión en la transmisión de información que, si insiste, es la causante de impedir que la pareja o la mujer decida, conociendo todas las vicisitudes y situaciones del caso, si decide emprender su embarazo sin la intervención de ninguna técnica genética o técnica de reproducción humanamente asistida, o sí, por el contrario, decide acudir a la implementación de la Técnicas de Reproducción Humanamente Asistida previo a la respectiva selección embrionaria.

3.5.- Breves consideraciones sobre la responsabilidad individual y colectiva del equipo médico.

A lo largo de este trabajo, nos hemos referido a la responsabilidad individual de los galenos; sin embargo, a pesar de haberlo anunciado en reiteradas ocasiones, no hemos ahondado en que el DGP es realizado por un equipo médico.

La jurisprudencia nacional no es muy nutrida hablando de este tipo de eventos en donde el acto médico es ejecutado por pluralidad de profesionales; empero, en sentencia del 18 de mayo de 2005 (citada en el capítulo segundo de este trabajo)

la Corte analizó un evento de olvido quirúrgico en donde intervinieron pluralidad de profesionales.

En esa oportunidad la Corte puntualizó que en principio la responsabilidad de los intervinientes del acto médico era conjunta; sin embargo, también dijo que quien tenía la calidad de director del acto médico tenía una suerte de obligación de vigilancia respecto del actuar de los demás.

Lo dicho por la Corte en esta oportunidad no encuentra respaldo o asidero en la Ley 23 de 1981, la cual regula lo atinente a la ética médica, pues dicha norma nada dijo respecto de este punto.

En países como España si se tiene regulación específica respecto de que sucede en el caso en que el acto médico sea ejecutado por varios profesionales. En dicha legislación, a lo que la Corte llama “*médico director*” se le dice “*médico responsable*”. Sobre el actuar del médico responsable, la Ley 41 de 2002 indica:

“Artículo 3. Las definiciones legales.

(...)

Médico responsable: el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

(...)

Artículo 4. Derecho a la información asistencial:

(...)

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.”⁹⁰

⁹⁰ ESPAÑA, ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. Ley 41 del 14 de noviembre de 2002. “Reguladora de la Autonomía del Paciente Y de Derechos Y Obligaciones En Materia De Información Y Documentación Clínica”. 14 de noviembre de 2002. Artículos 3 y 4 numeral 3. Reino de España.

Siguiendo lo dicho en la norma en cita, al médico responsable se le impone una obligación de garantía, la cual es típicamente de resultado, lo cual sin duda eleva la responsabilidad de los galenos que adquieran tal identidad.

Pues bien, la jurisprudencia nacional no dista de lo dicho por la ley española toda vez que consideró que en caso de que exista mérito a imputar responsabilidad derivado de un acto médico realizado por pluralidad de profesionales, quien asuma la dirección del equipo deberá vigilar el actuar de todos los profesionales, caso en el cual, en caso de existir error de alguno de los miembros del equipo médico, el profesional deberá advertirlo so pena de ser responsable así no sea él quien materialmente sea el autor del hecho lesivo.

Para el caso en concreto del DGP, no consideramos adecuado sostener que el médico responsable deba hacerse garante de la información que suministra el equipo que realiza los análisis. Decimos esto, pues la jurisprudencia colombiana toma este criterio analizando el evento en que el equipo médico esté integrado exclusivamente por profesionales de la salud, caso en el cual entendemos lo dicho pues el médico que sea director del acto médico está en capacidad de determinar si lo hecho por los demás profesionales está o no bien ejecutado.

Sin embargo, en caso del DGP el equipo médico está integrado por profesionales de distinta índole, en consecuencia, desproporcionado resulta, en nuestro criterio, hacer garante al médico responsable de la falta de información en que pueda incurrir un profesional ajeno a la medicina, toda vez que el médico responsable, contrario a lo que ocurre en donde el acto médico solo es ejecutado por profesionales de la salud, no está en capacidad de discernir si la información que suministran los demás profesionales está o no completa, lo cual hace que su responsabilidad se eleve de forma desorbitante.

CONCLUSIONES

“Quien se dedica con vocación y amor –sin los cuales nada se logra que embellezca y dignifique la vida- al estudio del derecho y al ejercicio de la abogacía o a la misión de administrar justicia, nobles si las hay, ha de resignarse a vivirla angustiosamente, asaltado con la cruel constancia por el dolor de la complejidad, desvelado en la búsqueda del sendero cierto y de la solución precisa, poseído del sagrado temor de equivocarse, que siempre está vigilando alerta en la conciencia del hombre de bien.”

Ricardo Hinestrosa Daza.

1.- El Diagnóstico Genético Preimplantatorio a pesar de pertenecer al género de Diagnóstico Prenatal, debe ser tratado con especial atención, toda vez que de su aplicación se derivan no solamente efectos que las demás técnicas tienen, sino que también suscitan problemas éticos y jurídicos que retan las tradicionales disposiciones de los ordenamientos jurídicos del mundo.

2.- En nuestro criterio, el Diagnóstico Genético Preimplantatorio deberá ser permitido únicamente para efectos curativos, toda vez que de admitirlo como lícito en su faceta perfectiva, se estaría dando paso a tratamientos eugenésicos (en su sentido negativo) y discriminatorios, los cuales son discordantes con el principio de igualdad y no discriminación que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

3.- Si bien la actividad médica acarrea elevados riesgos, no consideramos que la responsabilidad de los médicos deba ser elevada al punto de cohibir al galeno en el ejercicio de su profesión, toda vez que la consecuencia que ello genera, es que su actuar se vea entorpecido por procedimientos excesivos que, a la postre, termina perjudicando al paciente.

4.- En punto de la responsabilidad médica, y sabiendo que sigue un régimen subjetivo, consideramos que es necesario que la jurisprudencia siga nutriendo de contenido los criterios abstractos que la determinan, como por ejemplo el de la lex

artis, para así, de a poco, ir erradicando la inseguridad jurídica y la excesiva subjetividad a la que deben recurrir los jueces.

5.- Como la división entre responsabilidad contractual y extracontractual sigue vigente en nuestro ordenamiento jurídico, es labor de la jurisprudencia dar cabal aplicación a ella, toda vez que de no refrendar esa diferenciación que el Código plantea, tal distinción quedaría reducida al papel de la norma, al menos, para el caso de la responsabilidad médica.

6.- En materia de responsabilidad médica, la teoría de la unificación de la responsabilidad resulta bastante benéfica, puesto que, en ocasiones, determinar si el acto médico debe ser analizado bajo la óptica de la responsabilidad contractual o extracontractual resulta ser una tarea bastante compleja, o también, el mismo acto puede encuadrarse en cualquiera de los dos regímenes.

7.- Es necesario que en los países en donde se pretenda dar aplicación al DGP, exista legislación específica sobre la materia, pues la ejecución de esta técnica genética, en nuestro criterio, no da lugar a realizar analogías o a tener leyes desprovistas de un contenido estricto y serio.

8.- Si bien las categorías tradicionales de la responsabilidad hasta el momento han resultado suficientes, y para el caso que fue objeto de análisis lo son, no está demás que en nuestro ordenamiento jurídico se empiecen a tomar en cuenta teorías como la de la unificación de la responsabilidad en materias como la responsabilidad médica, pues en ocasiones, el exceso de dogmatismo es lo que dificulta conseguir lo que a la postre es el fin último del derecho, la Justicia.

BIBLIOGRAFÍA.

I.- LIBROS.

1.1.- ABELLÁN FERNANDO. “Selección genética de embriones, entre la libertad reproductiva y la eugenesia”, Granada, Comares, 2007.

1.2.- CAVALIERI FILHO, SERGIO. *Programa de responsabilidade civil*. Sexta edición, malheiros editores, San Pablo, 2005.

1.3.- HENAO, JUAN CARLOS; OSPINA, ANDRÉS FERNANDO, “*La responsabilidad extracontractual del Estado*”. 1ª Ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

1.4.- HINESTROSA, FERNANDO, “*derecho de obligaciones*”, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1967.

1.5.- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, Tercera edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007.

1.6.- LÓPEZ, MARCELO, BELLO, DOMINGO, CARRILLO, REYNA, *ET ALII*, “*tratado de responsabilidad médica*” (1ª. Ed.), Buenos Aires, Legis Argentina, 2007.

1.7.- LE TOURNEAU, PHILIPPE, *droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2006, 6ª ed.

1.8.- REGLERO, FERNANDO; ASÚA, CLARA; BUSTO, JOSÉ, *ET ALLI*, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Vol 2., Navarra, Aranzadi S.A., 2002.

1.9.- RIVERA, JAIRO, “*La Vida Humana In Vitro: un espacio constitucional de disponibilidad para la investigación*” (1ª. Ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

1.10.- RODRÍGUEZ, MARÍA. “*Consideraciones Bioéticas y Jurídicas de la Información Genética y el Diagnóstico Prenatal*”, Revista VOX JURIS, Vol. 2, No. 28, Lima (Perú), Noviembre, 2014.

1.11.- SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Responsabilidad civil; parte especial*, tercera edición, Bogotá D.C., Temis, 2012.

1.12.- SANTOS, JAIME, “*La Responsabilidad Civil Derechos Sustantivos y Derecho Procesal*”, Vol 2., Madrid, Montecorvo S.A., 1993.

1.13.- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Tercera edición, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2009.

1.14.- VALENCIA ZEA, ARTURO, ORTIZ, ALVARO, *Derecho civil, de las obligaciones*. Temis, Bogotá, 1998.

1.15.- MOORE, KATE Y T. V. N. PERSAUD “*Embriología Clínica: el desarrollo del ser humano*” (7ª. Ed. En español). Madrid, Elseiver España S.A., 2004.

II.- JURISPRUDENCIA.

2.1.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de marzo de 2003, Exp. 7141.

2.2.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de marzo de 1940, Gaceta Judicial núm. 1953.

2.4.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 14 de marzo de 1942, Gaceta Judicial núm. 1953.

2.5.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1986, Gaceta Judicial num. 2423.

2.6.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de enero de 2001.

2.7.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 2005, Exp. 14415.

2.8.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2017. Rad. 2011-00108-01.

2.9.- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: Myriam Guerrero de Escobar. Rad: 15726

2.10.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de junio de 2013. Rad: 38904.

2.11.- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de junio de 2016. Rad: 41245.

III.- DOCUMENTOS LEGALES Y REGLAMENTARIOS.

3.1.- Código Civil Colombiano

3.2.- Code de la santé publique (Francia)

3.3.- CORTES GENERALES DE ESPAÑA, ley 14 del 26 de mayo de 2006, “*Sobre Técnicas de Reproducción Humanamente asistida*”, 26 de mayo de 2006, Artículo 12 numeral 2, Reino de España.

3.4.- Congreso de la República de Colombia, Ley 23 de 1981, “*por la cual se dictan en materia de ética médica*”, en Diario Oficial núm. 35.711, febrero 18 de 1981, Bogotá.

IV.- ARTÍCULOS DE REVISTAS E INTERNET.

4.1.- CORTÉS, EDGAR. “*culpa y responsabilidad médica en Colombia y Chile*” En: Revista Roma e América. Diritto Romano Commune, Vol. 21 (Colombia 2006).

4.2.- Diccionario Médico, Universidad de Navarra. (en línea), [consultado el 8 de octubre de 2018]. Recuperado de <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/ritidectomia>>

4.3.- ENGUER, GOSÁLBEZ, P. y Ramón Fernández, F. (2018). “*Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España*”. Revista Latinoamericana de Bioética, vol. 18, núm. 1, disponible en: <<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/3160/2819>> .

4.4.- FERMENÍA, PEDRO. (2018). “*Responsabilidad Médica Derivada del Diagnóstico Genético Preimplantacional*”. (en línea), [consultado el 20 de abril, 2018], Recuperado de < [http:// vlex.com/vid/diagnostico-genetico-preimplantacional-41307317](http://vlex.com/vid/diagnostico-genetico-preimplantacional-41307317) >

4.5.- GUZMÁN, FERNANDO; FRANCO, EDUARDO; MORALES DE BARRIOS, MA CRISTINA; *et alli*. “*El acto médico, implicaciones éticas y legales*” En: Acta médica colombiana, núm. 3, Vol. 19, (mayo-junio 1999).

4.6.- LENOIR, NOEL, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal”, En: RODRÌGUEZ, María. “Consideraciones Bioéticas y Jurídicas de la Información Genética y el Diagnóstico Prenatal”. Revista VOX JURIS, Vol. 2, No. 28, Lima (Perú), Noviembre, 2014.

4.7.- MÉNDEZ, YOELI Y VILLAMEDIANA, PATRICIA, “consideraciones bioéticas, biojurídicas y sociales sobre la aplicación del diagnóstico genético preimplantacional”, En Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela (en línea), junio de 2012, [consultado el 19 de mayo de 2018], Disponible en < http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S004877322012000200006&script=sci_arttext >

4.8.- MOYA, MARINA Y RAMÓN, FRANCISCA, “El Diagnóstico Genético Preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español”, En: Revista de Derecho Privado, núm. 34, (2018).

4.9.- ORTIZ, JUAN. “Diagnóstico prenatal: ¿prueba diagnóstica o prueba terapéutica? En: Comunidad online del Instituto Borja de Bioética, Universidad Ramón Llull, 2006, [consultado el 9 de mayo de 2018], Recuperado de < <http://www.bioetica-debat.org/modules/news/article.php?storeid=89> >

4.10.- RAMOS, FJ Y RIBATE, M.P, “Diagnóstico Genético Preimplantacional, en Revista Española de Pediatría Clínica e Investigación”, vol. 63, núm. 6 (2007), [consultado el 19 de mayo de 2018], Disponible en < www.seinap.es/wp-content/uploads/Revista-de-Pediatria/2007/REP%2063-6.PDF >

4.11.- RIVERA, MARTHA. “¿Que se entiende por Responsabilidad del Acto Médico? Una reflexión de la biojurídica”, En: Escritos, núm. 48, Vol. 22 (enero – junio de 2018).

4.12.- Santos Alcántara, Manuel. "Manipulación genética de seres humanos." *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, vol. 35, núm. 2 (2006).

4.13.- SOTO NIETO, FRANCISCO, "*La responsabilidad civil del médico en la esfera penal*", *Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*, Madrid, enero de 1993.

4.14.- LLAMAS, EUGENIO, "*un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ta, DEL 25 DE ENERO DE 2005*", *Práctica. Derecho de Daños*, No. 32, noviembre de 2005.